

**De quien es este embrión?**  
**El poder de disposición de los embriones sobrantes**

**Lucia Vera Raposo<sup>1</sup>**

**RESUMEN**

Para el mundo legal es un conflicto muy reciente el relativo a disposición de los embriones sobrantes y a las innovaciones en las técnicas reproductivas. Hasta hace algunos años las soluciones nos llegaban de la sensata apreciación de los médicos, que actuaban recurriendo a sus *leges artis* pero, también, de la doctrina jurídica con el apoyo de los principios básicos del sistema jurídico. Esto significaba que constantemente los jueces experimentaban dificultades por no poder encontrar respuestas en el derecho constitucional, lo que ha dado lugar a soluciones diversas respecto a este tipo de conflictos.

Uno de los vacíos legales que más discusión ha provocado es el relativo a los conflictos de voluntad que ocurren en el momento de decidir el destino de los embriones excedentarios, especialmente cuando los padres no logran llegar a un acuerdo, situación muy frecuentemente en caso de separación o divorcio.

No existen leyes que establezcan, por ejemplo, las condiciones en las cuales uno de los miembros de la pareja puede retirar su consentimiento para la transferencia uterina de los embriones o, en su lugar, para determinar los destinos que considere admisibles para esos embriones; y naturalmente, al no prever la hipótesis específica del conflicto entre

---

<sup>1</sup> Título de Master en Ciencias Políticas y Jurídicas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra; investigadora en biomedicina y derecho en el Instituto Kennedy, en Georgetown, Washington D.C; estudios de postgrado en el curso europeo de Jurisprudencia en Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra; profesora, investigadora y conferencista en múltiples eventos académicos internacionales con varias publicaciones y participación en cursos relacionados con derechos reproductivos. Profesora Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra

los padres, las leyes no pueden encontrar soluciones para muchas disputas jurídicas en este campo controversial.

Estos conflictos de voluntad pueden ser de variada especie,: que los dos miembros de la pareja deseen para si los embriones; o que, uno de ellos, pretenda la implantación de los embriones y su posterior nacimiento, mientras el otro se oponga vehementemente a ser padre o madre, aunque no se le obligue a mantener contacto con el niño ni le sea impuesta responsabilidad parental alguna.

Posibles decisiones para este tipo de disputas nos llegan de varios países, ofreciendo las más dispares soluciones y encuadramientos jurídicos. Pero, la decisión judicial que más curiosidad nos ha despertado, es precisamente un reciente pronunciamiento del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) que, en realidad, se ha limitado a confirmar la línea de raciocinio primeramente delineada por la jurisprudencia norte-americana en esta materia.

## **ABSTRACT**

Its is considered that the creation of an excessive number of embryos (as a way to guarantee some success from the in vitro reproductive techniques) and their subsequent cryopreservation have caused a new type of conflict in the courts of law, related with the destiny of those embryos. The problem is particularly serious when a couple splits and therefore we are faced with what to do with those embryos, and the share of parental power. ¿Who decides who is the owner of the embryos?

This situation creates a controversy regarding if to consider embryos as creatures situated between people and things. Because of this situation and considering the fact that the national juridical system does not have any specific norm to this situation, and any other applicable norm to provide us a satisfactory solution, we have to analyze the existing jurisprudence until the present moment in order to find a clarification to this parental conflict, specially given the fact that science does allows to determine the offspring but does not mean that the juridical world also authorized it .

¿ Is science bringing more misdeed than benefits, or on the contrary, could it be that we have finally found a way to fight against our own physical weaknesses ?

**KEY WORDS:** Human embryos, cryopreservation, parental and juridical conflicts, misdeed and benefits.

## **De quien es este embrión?**

### **El poder de disposición de los embriones sobrantes**

La entrada en el mundo legal de las cuestiones relativas a las técnicas reproductivas es un problema legal muy reciente. Hasta hace poco las soluciones nos llegaban de la sensata apreciación de los médicos, que actuaban recurriendo a sus *leges artis*, pero también de la doctrina jurídica, con el auxilio de los principios básicos del sistema jurídico y de las soluciones previstas para problemas conexos con el nuestro.

Aun así, mucho quedaba por esclarecer, de tal forma que los jueces constantemente confrontaban dificultades para encontrar respuesta en el derecho constitucional, lo que ha sido causa para que surjan soluciones diversas respecto a la misma cuestión.

Uno de los vacíos legales que más discusión ha provocado es la cuestión relativa a los conflictos de voluntad, que se ocurren el momento de decidir el destino de los embriones excedentarios, especialmente cuando los padres no llegan a un acuerdo, situación muy frecuentemente en caso de separación o divorcio.

Muchas leyes nos ofrecen pistas para la resolución del impasse, por ejemplo, disponiendo las condiciones en las cuales puede uno de los miembros de la pareja retirar su consentimiento para la transferencia uterina de los embriones o, en su lugar para determinar los destinos admisibles para esos embriones. Pero, al no prever la hipótesis específica motivo del conflicto entre los padres, las leyes dejan sin solución muchas disputas jurídicas.

Estos conflictos de voluntad pueden ser varios, que los dos miembros de la pareja deseen para si los embriones, que uno de ellos pretenda la implantación de los embriones y su posterior nacimiento, mientras el otro se oponga vehementemente a ser padre o madre, aunque no se le obligue a mantener contacto con el niño ni le imponga responsabilidad parental alguna.

Las posibles decisiones sobre este tipo de disputas nos llegan de varios países, ofreciendo las más dispares soluciones y encuadramientos jurídicos. Pero, la decisión

judicial que más curiosidad nos ha despertado, es precisamente una reciente pronunciación del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) que, en realidad, se ha limitado a confirmar la línea de raciocinio primeramente delineada por la jurisprudencia norte-americana en esta materia.

## 1. El poder sobre los embriones

La primera cuestión a esclarecer es la definición del tipo de poder que los padres tienen sobre sus embriones. Se tratará de un derecho de propiedad, equivalente al poder que tenemos sobre las cosas, lo que significaría que el embriones es igualmente una cosa? O un poder que el derecho de la familia concede a los padres sobre sus hijos, considerando al embrión como una persona humana y no solamente potencial?

La teoría del derecho de propiedad sobre los embriones<sup>2</sup> (que algunos extienden también a los niños nacidos) se funda en la doctrina que propugna derechos de propiedad sobre el propio cuerpo.

Una de las versiones de esta teoría considera que las partes, órganos y fluidos del cuerpo son nuestra propiedad cuando ligadas a ese cuerpo, pero perderíamos tal derecho en el momento en que se desprendiesen. Lo que significaría que, por ejemplo, el espermatozoides y los ovocitos serían nuestros solo en cuanto estuvieran dentro de nuestro organismo, pero después de su extracción perderíamos por completo el control sobre ellos. Lo mismo sucedería con los embriones resultantes de nuestros gametos, que por no conservar ninguna ligación física con el donante de los gametos se quedarían a entera disposición de las clínicas, sin que los padres biológicos tuvieran algún derecho a emitir su opinión<sup>3</sup> Otra versión de esta teoría mantiene el derecho de propiedad después de la desagregación del cuerpo, aplicando la teoría clásica de los frutos, vigente en el derecho civil, según el cual el propietario de los árboles es también el propietario de los frutos que de ellos derivan. Por tanto, la persona tendría un derecho de propiedad sobre su cuerpo que se extendería a todo lo que derivara de ese cuerpo, tal como los gametos y los embriones, que representan los referidos frutos. Lo que impide esta proposición

---

<sup>2</sup> Jessica BERG, "Owning Persons: The Application of Property Theory to Embryos and Fetuses", *Wake Forest Law Review*, 40, 2005, p. 159, 162. El raciocinio de esta autora es particularmente interesante porque entienda que no es antinómico, por una parte, reconocer los embriones como personas y, por otra parte, conceder sobre ellos derechos de propiedad.

<sup>3</sup> Cfr. Michael FREEMAN, "The Unscrambling of Egg Donation", *Law Reform and Human Reproduction*, (Sheila McLean, ed.), Dartmouth, Aldershot, Brookfield USA, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1992, p. 283.

teórica es el "mero y simple" detalle que los embriones difícilmente pueden ser clasificados como frutos, ya que aún admitiéndose que no sean personas efectivas, son al menos personas potenciales. Además, no olvidar los peligros que esta teoría entraña, primero por cosificar a los embriones y, consecuentemente, a las personas; segundo, el riesgo de que siendo los embriones cosas, los podríamos cualificar de *res nullius* (cosas abandonas) cuando los padres ya no desean los embriones, lo que permitiría que puedan ser apropiados por el primero que tuviera oportunidad, casi siempre el médico, que entonces estaría muy cerca de poder ser considerado padre de los niños que nazcan de esos embriones, algo que representa obviamente una solución aberrante.

Pero, también la tesis personalista, comprende una doble dificultad, por un lado la clasificación de los embriones como niños y, consecuencialmente, personas en contradicción con la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, por lo menos europeos (en América Latina el panorama legal es distinto, ya que ahí el legislador estipula expresamente que la persona humana remonta su existencia al momento de la concepción). Tal es el caso que consigna el art. 70.º del Código Civil argentino: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiese nacido". Una afirmación de este tipo es perfectamente congruente con el art. 4.º/1 de la Convención Inter-Americana de Derechos del Hombre, según el cual toda persona tiene derecho a que su vida sea respetada, siendo este derecho protegido por ley desde el momento de la concepción. Por otra parte, la imposibilidad de transponer los derechos y deberes parentales para criaturas que sobreviven en estado de congelación.

Atendiendo a estas consideraciones, la posición que nos parece más sensata es la de cualificar el embrión como un *tertium genus*, que no es persona ni es cosa. Por lo tanto, la relación que se establece entre los embriones y sus progenitores no deberá encuadrarse en el derecho de propiedad y tampoco en el derecho de familia, sino en una nueva categoría de relaciones, por ahora aún innominada y que, a falta de mejor designación, denominaremos de "deber de cuidado". Esta figura jurídica se aproxima bastante a las posiciones positivas y negativas que se atribuyen a los padres en su trato con los hijos – en la medida en que atribuye a los progenitores más deberes que derechos – pero no coincide íntegramente con aquellas.

Hemos encontrado la evocación del "deber de cuidado" en una curiosa historia de la jurisprudencia brasileña. El protagonista aquí no se trata de un embrión, pero otro ser que tampoco es persona o cosa: un perro. El relato se justifica porque no sólo los

embriones, sino también los animales, se encuentran jurídicamente en un limbo conceptual. Efectivamente, según el derecho penal, la lesión causada a un animal apenas configura un crimen, y un crimen de daño, para su legítimo propietario, siendo que en su ausencia, o sea, tratándose de un animal sin dueño, no hay crimen, por más bárbara que sea la conducta practicada en el animal, es decir se trata el animal como una cosa. Concomitantemente, para el derecho civil los animales pueden ser mercantilizados como meras cosas, comprados y vendidos por un precio. Sin embargo, no son verdaderamente objetos, idea esta que se ha tornado más evidente en los últimos tiempos, en que tanto se habla de los supuestos “derechos de los animales”. Pues bien, los embriones sufren sensiblemente de la misma indeterminación jurídica, también ellos son seres vivos, pero no personas. La diferencia – que no es pequeña – es la siguiente: los animales jamás podrán ser personas; en contrapartida, los embriones no lo son, pero tienen la potencialidad de ser, aunque esta distinción no sea suficientemente relevante para que la ley de la mayoría de los Estados los considere como personas y les atribuya derechos. Nuestro relato trata de la historia de un hombre que se ha dirigido a un tribunal reivindicando el derecho de visitar a su perro, que después del divorcio había sido a su ex – mujer, veredicto este con el cual el hombre no se conformaba en virtud de la falta que le hacía su compañía canina. En realidad, toda la cuestión se inició con las dudas acerca del tribunal competente para decidir la querrela: un tribunal civil o un tribunal familiar? La respuesta implica que primeramente se decida cuál es el núcleo del problema: serán derechos patrimoniales o derechos de visita, semejantes a los existentes entre padres e hijos? El fallo que la doctrina brasileña ha avanzado fue la invocación de un deber de cuidado para con los animales, que sirve de fundamento a derechos sobre ellos, pero también a deberes.

## **2. La existencia de embriones sobrantes**

Embriones sobrantes son aquellos que rebasan el número considerado médicamente justificado para una transferencia uterina, teniendo en atención tanto la preservación de la vida o salud de la madre como la de los propios embriones. La fijación de un número límite se explica porque la ciencia ya nos ha demostrado que los embarazos múltiples conducen frecuentemente al aborto de uno o más embriones o fetos.

Conscientes de este peligro, aún si los médicos estuvieran forzados a generar una cantidad excesiva de embriones para prevenir las enormes dificultades que la reproducción humana presenta aún en la reproducción natural. Estas particularidades

justifican que los equipos médicos retiren del cuerpo de la mujer más ovocitos de los estrictamente necesarios, de lo cual resulta que el número de ovocitos fertilizados – digamos, de embriones o preembriones<sup>4</sup> disponibles – es muy superior a los que se aconseja transferir al útero femenino. Esta práctica, sin embargo, se mantiene porque al final pocos embriones sobreviven hasta al término del embarazo. Sin esta previsión médica no se cumpliera y no se garantizara un margen de excedentes, podría suceder que se llegara al final sin ningún embrión y se tuviera que repetir todo el procedimiento, lo que no sólo es económicamente costoso sino, también emocionalmente, con el posible agravante de riesgo físico para la mujer<sup>5</sup>.

Llegados a este momento estamos en condiciones de definir los embriones sobrantes como aglomerados de células que constituyen una forma de vida humana, o sea, criaturas pertenecientes a la especie humana (algunos dirán incluso una persona, pero nosotros nos distanciamos de tal posición), cuya existencia permanece en *stand by*, preservada a bajísimas temperaturas (criopreservación), mientras esperan su destino definitivo, lo cual deberá llegar antes que perezca su viabilidad, cuando los únicos destinos posibles serían su utilización científica o su destrucción.

### **3. Los conflictos de voluntad**

Durante este periodo de indeterminación en que están congelados puede suceder que sobrevengan acontecimientos muchas veces totalmente imprevisibles; por ejemplo, que durante ese lapso uno o ambos progenitores mueren, queden incapacitados o simplemente se desinteresan de los embriones.

Otro tipo distinto de contingencias se relaciona con conflictos de voluntad entre los padres biológicos que puede desembocar en la ruptura conyugal y, por consiguiente, en el desvanecerse de su proyecto parental común, basado en la generación de una nueva vida o nuevas vidas.

Es, de esa manera, como se producen los divorcios con los problemas de la distribución del acervo matrimonial y del debate acerca de la tutela de los hijos e,

---

<sup>4</sup> Explicando la automatización del polémico concepto de preembrión, Pedro FEMENÍA LÓPEZ, *Status Jurídico del Embrión Humano, con Especial Consideración al Concebido In Vitro*, McGrawHill, Madrid, 1999. p. 13; María CARCABA FERNÁNDEZ, *Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, p. 153

<sup>5</sup> G. de WERT, “Recherches sur l’Émbrion In Vitro : Considérations Étiques”, in Yvon ENGLERT, Alfons Van ORSHOVEN edit., *L’Embryon Humain in Vitro*, De Boeck Université, Paris, Bruxells, 2000, p. 81; José Antonio RUIZ BALDA, “Aspectos Científicos de la Fecundación in Vitro”, in *Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*, (Javier Gafo ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.

igualmente, de la discusión sobre el poder del control de los embriones excedentarios. Esta discusión puede girar en torno a dos polos conceptuales distintos: que a los embriones se les aplique el derechos de las cosas, asociado a los efectos patrimoniales resultantes de la disolución del matrimonio; o se les considere personas, susceptibles de acogerse al derecho de la familia y las respectivas disposiciones aplicables al poder paternal<sup>6</sup>.

#### 4. Legitimidad decisoria

Las decisiones concernientes a los embriones uterinos corresponden, de manera absoluta, a la madre (desde que no se sobrepasen los límites legalmente fijados para las interrupciones voluntarias del embarazo), siendo la voluntad del padre absolutamente irrelevante, quien no puede forzar a la madre que aborte, cuando ese no sea su deseo, ni tampoco impedirle de hacerlo cuando ella lo disponga. Con acuidad se puede decir que el embrión/feto pertenece a la madre<sup>7</sup> y no al padre.

Por el contrario, la decisión acerca del destino de los embriones excedentes puede dar lugar a una pluralidad de protagonistas. Restringiendo esta posibilidad solamente a los progenitores diremos que, teóricamente, puede corresponder a los dos. Aunque el derecho a disponer de los embriones es algo distinto del derecho a la reproducción<sup>8</sup>, la verdad es que se encuentran tan íntimamente ligados que, en principio, la titularidad de ambos derechos coincide en la misma persona. Ambos – padre y madre – han ejercido sus derechos reproductivos y, por tanto, a los dos cabe el poder de disponer de los embriones.

Además de los progenitores, otros protagonistas pueden reclamar para sí el poder de decisión sobre esos embriones, fundados en el papel, más o menos directo, que desempeñen en este “drama reproductivo”: los tribunales, las entidades públicas con específicas competencias en cuestiones reproductivas o el centro asistencial responsable de la creación y conservación de los embriones. Su interposición solo se justifica dado

---

<sup>6</sup> Sobre la calificación - como persona, como cosa, o como algo distinto - del embrión *in vitro*, Vera Lúcia RAPOSO, Eduardo OSUNA, “Embryo Dignity: The Status and Juridical Protection of the *In Vitro* Embryo”, trabajo presentado en la 16.ª Conferencia Mundial de Derecho Biomédico (Toulouse, Agosto de 2006), también publicado en la revista *Medicine and Law*, Dec., 26 (4) 2007.

<sup>7</sup> Cfr. Luís ZARRALUQUI, *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 115.

<sup>8</sup> Describiendo las características del derecho a la reproducción, Vera Lúcia RAPOSO, “Direitos Reprodutivos”, *Lex Medicinæ*, Revista do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, 2005; Vera Lúcia RAPOSO, “Questões Éticas nos Direitos Reprodutivos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto*, Luanda, Angola, n.º 5, 2005.

el carácter *sui generis* del proceso de reproducción médicamente asistida, que se caracteriza por la multiplicidad de intervinientes, completamente ausentes en la reproducción sexual.

En el contexto de la ley portuguesa – la ley 32/2006, de 26 de Julio de 2006 – son los beneficiarios de las técnicas reproductivas quienes deciden el destino de los embriones sobrantes, independientemente de que se trate de reproducción homóloga o heteróloga (art. 25.º/3). Está prevista la existencia de un organismo con competencia para decidir muchas de las cuestiones que se susciten en materia reproductiva – el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida – que ni siquiera es consultado en este particular. Dado el silencio legislativo se deduce que, en Portugal, los eventuales conflictos de voluntad parentales acerca del destino de los embriones sobrantes serán remitidos a los tribunales, como los restantes litigios judiciales. Aun no disponemos de ninguna decisión judicial de esta índole, pero es posible anticipar cual será la decisión, por lo menos parcialmente, la ley expresamente demanda el acuerdo de ambos progenitores para proceder a la transferencia uterina, lo que significa que en su ausencia difícilmente el juez decretará la transferencia. La duda reside en saber cuál de las alternativas anteriormente referidas será considerada: el derecho de las cosas o el derecho de las personas?

Esta solución no es excepcional, por ser la más común en los restantes ordenamientos jurídicos, que se limitan a formular reglas en cuanto a la legitimidad inicial para decidir el destino de los embriones – según los principios del consentimiento libre y esclarecido, revocable hasta el preciso momento de la transferencia (pese a que en esta cuestión del límite temporal de la revocabilidad los diversos régimen se diferencian un poco entre sí) – pero nada dicen sobre el desacuerdo de las partes. No podemos tampoco dejar de subrayar que, excepcionalmente, algunos ordenamientos jurídicos permitan que la mujer proceda a la transferencia de los embriones, sin el consentimiento del varón, solución ante la cual expresamos nuestro rechazo.

## **5. Soluciones teóricamente posibles para desbloquear conflictos de voluntad**

Los múltiples tipos de conflictos de voluntad se pueden resumir en dos versiones básicas: cuando ambos progenitores coinciden en un mismo deseo, o sea que los dos quieren para si los embriones; en otros casos cuando uno de ellos pretende la transferencia uterina de los embriones y el otro se opone.

Analicemos primeramente esta última versión del conflicto, para la cual existen varias posibilidades de resolución. La más obvia y, también, más frecuente es la destrucción de los embriones, en el supuesto de que el derecho a la no reproducción prevalece sobre el derecho a la reproducción, en la medida en que es de mayor gravedad forzar a alguien a tener un hijo que no desea (por lo menos no en aquellas condiciones) que privarle de tener el hijo que ansía. Esta hipótesis no elimina la interrogación de qué sería más beneficioso (para la sociedad en general y quizás para los propios embriones) si atribuirles una finalidad científica o destruirlos, en nombre de un supuesto respeto al principio de la no instrumentalización que, según creemos, se presta a lecturas diversas y, quizás, más beneficiosas<sup>9</sup>. Otra hipótesis consiste en prolongar el tiempo de criopreservación de los embriones, ante la cual no vemos la ventaja de posponer un final inevitable, por lo que preferimos la anterior solución.

Quienes consideran que el embrión es una persona humana, por supuesto, estarán de acuerdo con la transferencia del embrión, proposición discutible, por basarse en la suposición de que el mejor interés del embrión coincide siempre y necesariamente con su nacimiento, esto es, con la vida. Esta tesis carece de la comprobación previa de dos premisas: primero, que el embrión es una persona; segundo, que lo mejor para la persona embrionaria es nacer y vivir. La primera suscita importantes dudas y la segunda por no fundamentarse en evidencias, tampoco cuenta con nuestra completa aceptación, pues no siendo el embrión persona nos causa alguna perplejidad hablar de un supuesto “mejor interés de” (mucho menos de un “derecho a nacer y vivir”), figuras jurídicas estas que son privilegio de las personas humanas. Es dudoso que la protección debida al no nacido garantice la vida a embriones de pocos días, que aun no están anidados en el útero, ni se encuentran en el interior del cuerpo materno.

Otra posibilidad de resolución de este litigio consiste en centrarnos – no en la posición del embrión y su supuesto mejor interés - pero en la posición de los progenitores y sus respectivos derechos e intereses. En esta perspectiva tendremos que conferir prioridad al derecho que consideremos más relevante el en caso concreto. Las conjeturas aquí pueden ser las más variadas:

i) Cuando ambos desean para si los embriones, y en la imposibilidad de dividirlos equitativamente, creemos que debe preferirse a quien nunca tuvo descendencia y que, por razones médicas, no podrá tenerla en el futuro, siendo ésta su única posibilidad de

---

<sup>9</sup> Conectando la dignidad del embrión con su utilización científica, Vera Lúcia RAPOSO, Eduardo OSUNA, “Embryo Dignity...”, *cit.*

ser padre o madre. Desde luego, esta todavía no es la opción mas frecuente en los tribunales. Particularmente la jurisprudencia norte-americana y, también, la del TEDH en el caso *Evans* no defienden esta opinión y, sistemáticamente, hacen prevalecer el derecho a la no reproducción, adoptando la idea (para nosotros también correcta, aun que no la sigamos tan literalmente) de que es más grave forzar a una persona tener hijos que impedirla.

ii) El grado de compromiso de cada uno de los miembros de la pareja en el proceso reproductivo es otro de los posibles criterios a tener en consideración para la resolución del conflicto. En la reproducción sexual la participación de la mujer es siempre más importante, en virtud de su experiencia de la gestación. Por el contrario, en la reproducción asistida esta conclusión no es tan clara, por lo menos en cuanto a que no se procede a la transferencia de los embriones. Alguna doctrina defiende que aun aquí la mujer mantiene el predominio, una vez que la recogida de ovocitos se presenta como un proceso más invasivo para las mujeres que la extracción de esperma para los hombres, y también más desgastante y medicamente arriesgado. Aun así, creemos que en este particular contexto, no se evidencian los argumentos usualmente expuestos para justificar la superioridad de la voluntad de la mujer. Es cierto que durante la gestación la proximidad e intimidad corporal de la madre representa una realidad que el padre no la experimenta, dada la íntima conexión entre el cuerpo femenino y el embrión o feto. Pero lo mismo no se verifica cuando el embrión aun sobrevive extra corporalmente.

Atendiendo a la insuficiencia de los criterios señalados, recientemente se ha sugerido la previa celebración de un acuerdo destinado a determinar el destino de los embriones en caso de querrela entre la pareja, alternativa que no está libre de críticas porque en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no esté expresamente previsto por ley, es muy probable que los tribunales recusen la validez de este criterio. No olvidar que, siendo legal y jurídicamente aceptable, un acuerdo de este tipo siempre tendría que salvaguardar una eventual alteración grave – vale la pena realzar el grado de gravedad a través de todas las circunstancias, desde el momento de su celebración hasta el momento en que se demanda su cumplimiento<sup>10</sup>. Este es uno de los argumentos más invocados para su rechazo – parece que la contractualización en una materia tan sensible, como es la filiación, contraria a los más básicos valores de nuestra civilización y al principio que reiteradamente aleja las relaciones familiares del comercio jurídico.

---

<sup>10</sup> En el mismo sentido, Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia nel Diritto Internazionale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 202.

## 6. Decisiones judiciales relevantes

Atendiendo a las insuficiencias legales para resolver estas disputas, las soluciones que vienen siendo aplicadas resultan principalmente de las varias decisiones judiciales que han sido propuestas, especialmente por los tribunales norte-americanos. Del amplio rol de casos se destacan dos, por ser los primeros y, por lo tanto, los que han delineado el camino para los demás<sup>11</sup>, que no se distanciaron mucho de sus principios básicos: el caso *Davis v. Davis*<sup>12</sup> y el caso *Kass v. Kass*<sup>13</sup>. Aparte de estos, otro de los *leading cases* en esta materia nos llega de Israel - caso *Nachmani v. Nachmani*<sup>14</sup> – cuyo particular interés reside en el hecho de la decisión final (y el propio encuadramiento de la cuestión) se distancian de las propuestas en Estados Unidos.

Muy recientemente, el TEDH ha adoptado su primera decisión sobre los embriones *in vitro* (hasta el momento apenas se había pronunciado acerca los embriones in útero y de la problemática del aborto) en el caso *Evans v. United Kingdom*<sup>15</sup>.

### 6.1. Caso *Davis*

Cuando los Davis optaron por divorciarse tuvieron que decidir que hacer con un grupo de siete embriones criopreservados, fruto de un proceso de fertilización *in vitro*, a los cuales urgía dar un destino. Las partes entraron en discusión, por cuanto la señora Davis anhelaba la transferencia y el señor Davis se oponía.

Al pronunciarse sobre este conflicto el tribunal tuvo que tomar posición acerca del estatuto de los embriones: considerarlos “cosas” susceptibles de apropiación y distribución de la pareja o, por el contrario, “personas” (digamos, niños), regulados por las reglas del poder paternal, orientadas por el criterio del “mejor interés del niño”?

El tribunal de primera instancia decidió a favor de la mujer, o sea, entendió que el caso debería ser resuelto como si se tratase de una gestación uterina, aunque en verdad el

---

<sup>11</sup> Comentando estos y otros casos semejantes, Sérgio FERRAZ, *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*, Sérgio António Fabros Editor, Porto Alegre, 1991, p. 60, 61; Heidi FORSTER, “Law and Ethics Meet: When Couples Fight over their Frozen Embryos”, *Journal of Andrology*, Vol. 21, n.º 4, July/August 2000; Helene SHAPO, “Frozen Pre-Embryos and the Right to Change One’s Mind”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 12, 2002, p. 75 ss.

<sup>12</sup> Case *Davis v. Davis* (842 Sw 2d 588, 1992, Tennessee, Supreme Court).

<sup>13</sup> Case *Kass v. Kass* (23 Jan., 1995 at 34, 23 Jan., 1995, New York Supreme Court).

<sup>14</sup> Case *Nachmani v. Nachmani*, 50(4) P.D. 661 (Isr).

<sup>15</sup> Case *Evans v. The United Kingdom*, no. 6339/05, Decision of 7 March 2006, ECHR; Case *Evans v. The United Kingdom* (GC), no. 6339/05, Decision of 10 April 2007, ECHR.

principal argumento no haya sido la equiparación entre la reproducción asistida y la reproducción sexual, y si lo que se consideró ser lo mejor para los embriones, futuros niños, a los cuales inclusive se apellidó “children in vitro”.

En tanto que el tribunal de recurso decidió la cuestión de otra manera, principalmente porque no reconoció al embrión ningún interés digno de tutela, ni siquiera el interés en nacer. El juez decidió no referirse a la posición jurídica del embrión ( lo que no significa que lo haya transformado en cosa, pues ha reconocido su naturaleza mixta, entre las personas y las cosas) y fundamentó su decisión exclusivamente en la posición jurídica de los progenitores. Por tanto, se concluyó que debería preponderar la posición del hombre, dado que el derecho a la no reproducción es considerado más relevante que el derecho a la reproducción. En las palabras del *Tennessee Supreme Court*: "For the purposes of this litigation it is sufficient to note that, whatever its ultimate constitutional boundaries, the right of procreational autonomy is composed of two rights of equal significance the right to procreate and the right to avoid procreation." Se concedió menor importancia al argumento de la señora Davis por la circunstancia de que aún se encontraba en edad de procrear y, por tanto, su posibilidad de tener hijos no dependía exclusivamente de los embriones.

No obstante que las dos decisiones eran contradictorias, presentaban un punto en común (más evidente en la primera de ellas do que en la segunda): ambas consideraban los embriones no como cosas susceptibles de ser objeto de derechos de propiedad, sino como individuos (o, al menos, entidades que a ellos se asemejan).

## **6.2. Caso *Kass***

La particularidad del caso *Kass* reside en el hecho de que existía un acuerdo previo, signado por las partes en el momento en que iniciaron el proceso reproductivo, destinado a fijar el destino de los embriones en caso de que ocurriera algún imprevisto en el decurso normal de los acontecimientos. Estipulaba el acuerdo que: “Our frozen pre-zygotes will not be released from storage for any purpose without the written consent of both of us, consistent with the policies of the IVF Program and applicable law. In the event of divorce, we understand that legal ownership of any stored pre-zygotes must be determined in a property settlement and will be released as directed by order of a court of competent jurisdiction”. O sea, la clínica apenas podría entregar los embriones congelados a una de las partes mediante el consentimiento escrito de la otra

y, en la eventualidad de no haber consenso entre ambas, podría la clínica entonces utilizarlos en experimentación científica.

Todavía, y no obstante la pareja haber previsto un eventual litigio judicial, este objetivo salió frustrado, una vez que los términos contractuales suscitaban dudas de interpretación: el hombre entendía que sería necesario el mutuo consenso para la transferencia uterina de los embriones, en tanto que la mujer defendía lo opuesto, y solicitaba la transferencia de los embriones para su útero, aunque ya se hubiera previamente demostrado, por otras tentativas fracasadas, que sus hipótesis de conducir con éxito un embarazo a término eran muy escasas.

La primera de las decisiones adoptadas en este litigio concedió razón a la señora Kass, desconsiderando el contenido del acuerdo previamente celebrado, argumentando el carácter excesivamente vago de sus disposiciones. Luego, todo se procesó como si no existiera acuerdo alguno y así la resolución del caso se centró en la ponderación de los dos derechos en presencia. Pero, curiosamente, y al contrario del resultado de la ponderación de derechos establecida en el caso *Davis*, no se privilegió el derecho a la no reproducción, dado que “a husband’s right and control over the procreative process ends with ejaculation” (el derecho y el control del hombre en el proceso reproductivo cesan con la eyaculación), todos los acontecimientos que tuviesen lugar a partir de ese momento deberían ser decididas únicamente en base a la voluntad femenina.

Esta decisión fue revertida por el tribunal de recurso – el *New York Court of Appeal* – invocando dos argumentos. Por un lado, que el acuerdo inicial era suficientemente claro para que sus términos fuesen respetados. Por otro lado, que pese a las semejanzas entre la reproducción sexual y la asistida, tales analogías no son tan evidentes para que las reglas que se apliquen a la primera tengan que aplicarse necesariamente a la segunda, o sea, no siempre la voluntad de la mujer debe dominar en la solución. Inversamente, deberán ser analizados los derechos de cada parte, así como los argumentos que cada uno de ellos tendrá que sustentar. Finalmente, se ha decidido aplicar el acuerdo que había sido libremente estipulado por la pareja. Su contenido, juntamente con la confrontación de los derechos en presencia, dictó la entrega de los embriones a la clínica para uso científico.

### **6.3. Caso *Nachmani***

La complejidad de este caso deriva del recurso a una figura jurídica y éticamente controvertida (sin embrago legal en Israel), la maternidad de sustitución. En realidad,

el único contrato que existía había sido estipulado entre la pareja y la madre de sustitución y, en tal contrato nada se estipulaba en cuanto a las relaciones entre la pareja y la clínica con relación al destino de los embriones en caso de separación conyugal. Irónicamente, la pareja se separó antes que los embriones fuesen transferidos para el útero de la madre de sustitución. La señora Nachmani mantenía la intención de continuar el proceso. Su deseo era reforzado por el hecho de no poseer más ovocitos para fertilizar, por lo que su única posibilidad de ser madre residía en aquellos embriones criopreservados y generados con esperma del entonces marido. El problema era que este ya había formado una nueva familia y, lógicamente, manifestó su oposición. La decisión inicial fue favorable a la señora Nachmani, sustentando lo siguiente: si en la reproducción sexual el hombre está impedido de bloquear el proceso reproductivo después de la fertilización causada por el acto sexual, lo mismo debería suceder en los procesos reproductivos originados por fertilización *in vitro*. No solamente porque la destrucción de vidas humanas debería ser evitada a toda costa, sino también porque la mujer había alimentado legítimas expectativas que ahora no podrían ser defraudadas.

Esta sentencia fue revertida por la *Supreme Court* que, en una decisión adoptada por un panel de 5 jueces, en la cual prevaleció el derecho a la no reproducción del hombre, en la línea de la argumentación expedida por la jurisprudencia norte-americana. Paradójicamente, algún tiempo después, en el juzgamiento del recurso, este mismo tribunal invirtió su posición y decidió, nuevamente, a favor de la parte femenina, adoptando así una decisión prácticamente excepcional en esta materia.

#### **6.4. Caso Evans**

Cuando la señora Evans fue informada de que padecía de un cáncer en los ovarios, por lo cual tenían que ser removidos, ya había iniciado un tratamiento reproductivo con el hombre que era para entonces su compañero. La noticia apresuró todo el procedimiento ante la amenaza de perder la posibilidad de generar ovocitos, los dos concluyeron que se debía proceder inmediatamente a la fertilización de los ovocitos que restaban, utilizando la esperma del compañero, para conservarlos y fertilizarlos con el proceso de criopreservación.

Siguiendo lo estipulado en la ley inglesa que reglamenta esta materia – the *Human Fertilization and Embriology Act* (HFEA) – la decisión de los participantes en el proceso fue plasmada en un documento escrito, en el cual se disponía que cualquiera de

ellos podría retirar su consentimiento hasta el preciso momento de la transferencia para impedir la continuación del proceso. Esta salvaguardia – digamos de “arrepentimiento” – respetaba por entero los principios nucleares del sistema jurídico inglés, que se asienta en dos pilares básicos: el consentimiento libre y esclarecido de los intervinientes, por un lado; la licencia concedida por una entidad especializada (la *Human Fertilization and Embryology Authority*), con competencias específicas en la materia, por otro lado<sup>16</sup>. Las mencionadas licencias solamente son concedidas respetando los requisitos relativos al consentimiento<sup>17</sup> (requisitos estos que a su vez están estipulados en el Schedule 3 del HFEA). Por consiguiente, se puede decir que todas estas formalidades se interconectan entre sí, creando un círculo cerrado y perfecto, centrado primordialmente en el consentimiento.

En el caso que se analiza se decidió, efectivamente, la revocación del consentimiento, una vez que la pareja se separó y la parte masculina notificó a la clínica lo ocurrido, solicitando la inmediata destrucción de los embriones, de acuerdo con el contenido de la sección 8(2) do Schedule 3 del HFEA: “An embryo the creation of which was brought about *in vitro* must not be kept in storage unless there is an effective consent, by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo, to the storage of the embryo and the embryo is stored in accordance with those consents”.

Insatisfecha con la perspectiva de la destrucción de sus embriones, la señora Evans apeló a los tribunales británicos, solicitando la condenación de su ex – compañero al cumplimiento del compromiso anteriormente asumido. Pedía, igualmente, la desaplicación de la referida sección 8(2) del Schedule 3 do HFEA, por violación de sus derechos fundamentales, consagrados en los arts. 8.<sup>o18</sup> (derecho a la privacidad), 12.<sup>o19</sup> (derecho al matrimonio) y 14.<sup>o20</sup> (prohibición de la discriminación) de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDH). Reforzó su pedido alegando, incluso, la necesidad de proteger los embriones criopreservados, cuya vida estaría supuestamente asegurada por el art. 2.<sup>o</sup> CEDH<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> “Section 3(1) HFEA – No person shall (a) bring about the creation of an embryo, or (b) keep or use an embryo, except in pursuance of a licence”.

<sup>17</sup> “Section 12 HFEA – The following shall be conditions of every licence granted under this Act (...) (c) that the provisions of Schedule 3 to this Act shall be complied wit...”.

Sin embargo, ninguna de las decisiones adoptadas por los dos tribunales nacionales fueron ratificadas<sup>22</sup>, ambas sentencias estipulaban que la parte masculina simplemente está vinculada al cumplimiento del acuerdo en la medida en que las circunstancias a la fecha de su ejecución sean las mismas que en el momento de la manifestación inicial de voluntad, o que si no sucediera porque el ideal de vida en común había desembocado en representar una obligación demasiado onerosa, tanto más por considerar que si la situación fuera la opuesta y se tratase de un hombre interesado en la transferencia de los embriones en contra de la voluntad de la mujer, sería impensable forzarla a recibir en su útero los embriones (esta analogía no es enteramente correcta, pues el hecho de que en el segundo ejemplo estaría en juego la integridad física de la mujer, atacada tan fuertemente en su voluntad y libertad que impediría la total transposición de soluciones). Los tribunales ingleses replicaron también que ni siquiera era posible invocar una eventual violación del derecho a la reserva de la vida privada, como pretendía la señora Evans, por cuanto esta intromisión prohibitiva del Estado encontraba justificación en la protección de intereses superiores. Nótese que estos intereses no se limitan a la protección de la vida del embrión – una vez que la vida humana no nacida no es objeto de la tutela jurídica que la demandante invocaba, como tampoco en el ordenamiento británico ni en la CEDH – por intereses relacionados con la propia ordenación de la vida social, finalmente, los tribunales dejaron claro que las particularidades del tratamiento jurídico de la reproducción asistida no configuran como un tratamiento discriminatorio en comparación con la reproducción natural, una vez que las dos situaciones no son totalmente equivalentes. Sin embargo, subrayó que salvaguardando algunas diferencias en los respectivos regímenes jurídicos, lo esencial del poder de decisión conferido a la mujer en la reproducción sexual se mantiene en la reproducción asistida, siendo que en ambos casos este poder/libertad se confronta con límites: así como en el primer caso la mujer necesita de la contribución masculina (materializada en un comportamiento sexual) para la fertilización del ovocito, también en este segundo caso la mujer carece del mismo consentimiento para la transferencia uterina del ovocito fertilizado.

Agotados los mecanismos de derecho interno, la señora Evans presentó queja al TEDH, alegando de nuevo la violación de los art. 8.º y 14.º CEDH en respecto a ella misma, y del art. 2.º CEDH con relación al embrión.

---

<sup>22</sup> Decisión de 1 de Octubre de 2003, *Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others*, [2003] EWHC 2161 (Fam) y decisión de 25 de Junio de 2004, *Evans v. Amicus Healthcare Ltd*, [2004] EWCA Civ 727.

Ninguno de estos argumentos convenció al TEDH. En lo que respecta en particular al art. 2.º CEDH, la decisión se limitó a reiterar la jurisprudencia constante de Estrasburgo en lo que respecta a la aplicación de este precepto a embriones y fetos. Hasta el momento la norma había sido aplicada únicamente a la vida humana existente *in utero* (vea-se, entre otros, los casos *Brüggemann y Scheuten v. República Federal de Alemania*<sup>23</sup>, *X v Reino Unido*<sup>24</sup> y *Vo v Francia*<sup>25</sup>), pero la argumentación expedida en las decisiones anteriores vale igualmente para la vida humana *in vitro*. De las referidas decisiones se reitera la idea de que la determinación del inicio de protección de la vida humana y de las condiciones de esta protección es una cuestión que debe ser remitida para la libre apreciación de cada Estado-parte. Lo que significa que deberán ser los legisladores nacionales quienes decidan si el ser humano aún no nacido goza o no del derecho a la vida, sin que la CEDH le exija la consagración de obligaciones de protección (aunque el propio TEDH haya reconocido que, efectivamente, alguna protección cabe por fuerza de este art. 2.º CEDH).

La requirente alegó que, de acuerdo al art.8º CEDH, la reglamentación estatal representaba una ilegítima intrusión en su derecho a la privacidad. Sin embargo, el TEDH entendió que la conducta del Estado no era en realidad intrusiva, sino regulativa, en cumplimiento de la obligación positiva de reglamentación de una materia compleja e íntimamente conexas con los derechos fundamentales. Al Estado cabe pues la delicada tarea de realizar el equilibrio posible entre los diversos intereses particulares y el interés público.

En relación al art. 14.º CEDH, el TEDH entendió que la analogía entre la reproducción sexual y la reproducción asistida no podría ser acogida. Es cierto que la mujer que se reproduce sexualmente retiene el control exclusivo sobre sus embriones – en la medida que la voluntad masculina es irrelevante para el efecto de decidir si continuará con su embarazo o lo interrumpirá dentro de los límites legales – ese hecho no implica que lo mismo deba suceder con la mujer que se reproduce con el auxilio de la ciencia, dada la asimetría de situaciones. La señora Evans invocó el art. 14.º CEDH porque consideraba ilegítima la diferencia de tratamiento entre las dos modalidades de reproducción, argumentando que en la reproducción sexual la mujer dispone por entero del control sobre sus embriones desde el momento de la fecundación hasta el parto, en tanto que la

---

<sup>23</sup> *Rosemarie Brüggemann and Adelheid Scheuten v Federal Republic of Germany*, N° 6959/75, decisión de 19 Mayo de 1976, Comisión.

<sup>24</sup> *X v. the United Kingdom*, N°18416/79, decisión de 13 Mayo de 1980, Comisión (Plenario).

<sup>25</sup> *Vo v. France (GC)*, No. 53924/00, decisión de 8 Julio de 2004, TEDH.

mujer que se sujeta a la procreación asistida se encuentra en la contingencia de sujetarse al control estatal y a la dependencia de las variaciones de voluntad del proveedor de espermatozoides. Ante ello el TEDH sustentó que las diferencias de regímenes jurídicos son perfectamente justificadas por la disparidad de circunstancias.

El TEDH confirmó que, en el caso concreto, la señora Evans tenía conocimiento de que el consentimiento de la otra parte podría ser revocado a cualquier momento hasta la transferencia, y aún así decidió proseguir con el tratamiento reproductivo. Esta, su decisión, había sido libremente admitida una vez que, en esa fecha, aceptó los riesgos involucrados en su proyecto parental, debería ahora aceptar las respectivas consecuencias y conformarse con ellas. Fundado en estas consideraciones, el TEDH declaró que ninguna de las disposiciones de la ley inglesa (HFEA) violaba los derechos de la señora Evans, por lo que no había fundamento para excluir las normas nacionales que impedían la transferencia de embriones.

## **7. Breve explicación sobre las soluciones presentadas**

En esta querrela siempre habrá una parte perjudicada, dado que la solución usualmente se aplica a los conflictos de derechos – esta solución se materializa en la restricción de cada derecho en presencia, hasta que se llegue a un punto óptimo, que permita la sobrevivencia del núcleo esencial de cada uno de los derechos, sin anular por completo ningún de ellos – En este particular conflicto la satisfacción de uno de los derechos implica necesariamente el sacrificio del otro con la imposibilidad de lograr una armonía resultante de recíprocas limitaciones.

La línea más fuerte en las decisiones judiciales sobre esta temática (exceptuando en el caso *Nachmani*) se fundamenta en el predominio del derecho a la no reproducción sobre el derecho a la reproducción. Generalmente esta conclusión merece nuestra aprobación, con la consideración de que la regla admite algunas excepciones frente a las cuales se encuentra la protección del derecho a tener hijos de la persona que no disponga de ninguna otra posibilidad de procrear. Luego, el legislador debe dejar en la norma un margen de apertura suficiente para decidir el caso concreto teniendo en cuenta sus especificidades.

El caso *Evans* es paradigmático en este respecto: el hecho de que la señora Evans hubiera perdido por completo su capacidad reproductiva – lo que significa que la única posibilidad de ser madre dependía de aquellos embriones criopreservados – representa un evento suficientemente relevante para tornar su derecho reproductivo en un derecho

cualificado que, por lo tanto, debe prevalecer sobre el derecho a la no reproducción de su ex – compañero, así nos alejamos de la regla general antes enunciada. Ciertamente que el deseo de tener hijos, por más significativo que sea, no es suficiente para obligar otra persona a colaborar en esa aspiración en contra de su voluntad. No concuerdo con esta afirmación. Pero, si la otra persona previamente estuvo de acuerdo en colaborar para el logro de esa aspiración, alimentó las legítimas expectativas de la parte contraria. Aunque exista una ley que admita la revocación del consentimiento hasta un momento bastante avanzado del procedimiento, no olvidemos que en el mundo jurídico desde siempre se asentó en los principios de confianza y buena fe. Trasladando este razonamiento al caso concreto de litigio, tendremos que concluir que si la parte que ahora pretende contrariar lo previamente estipulado (sea hombre o mujer) hubiese manifestado sus dudas al inicio, la contraparte hubiera encontrado otra persona que contribuya con los respectivos gametos. Este “arrepentimiento” es particularmente grave cuando en el futuro no hay más oportunidades de procreación. En el caso de que este sea el criterio de la resolución de estos casos, debe fundamentarse en la evaluación del compromiso asumido por cada una de las partes aunque su derecho reproductivo sea sacrificado. Puede suceder que, finalmente, se falle a favor de la parte que no desea reproducirse. Lo que nos parece excesivo es conferir, inmediata y necesariamente, predominio a una de las partes en base a reglas abstractas, construidas *a priori* y aplicadas de modo ciego a las particularidades de cada caso.

Entre estas reglas abstractas se encuentra aquella que nos dice que debe predominar sin más el derecho de la mujer porque su integridad física está en riesgo. Analicemos un poco sobre esta regla, pues su validez sólo se podrá afirmar cuando los embriones se encuentren en el útero materno. En contrapartida, en los casos de existencia *in vitro*, no hay motivo para conferir inmediato predominio a la reivindicación femenina. Algunos autores argumentan que aún en esas condiciones la regla se debe mantener, pues que la extracción de los ovocitos es un procedimiento bastante más complejo, incómodo y arriesgado que la de recoger le semen. No obstante, para nuestro entender, este último procedimiento es substancialmente más simple, no creemos que la diferencia sea suficiente para fundar la superioridad de la posición de la mujer, tanto más que en el momento de la decisión acerca del destino de los embriones las incomodidades y los riesgos ya han sido superados<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> “[W]hen the act of conception takes place outside the woman’s body, it brings about a fundamental change in privacy rights. The woman’s interest in controlling her own body is no longer present, ... so

Tampoco consideramos viable la solución de atribuir sistemáticamente primacía a la parte que pretende la transferencia de los embriones, exclamando el hipotético derecho a la vida de los embriones, como hacen otros autores (“Questa soluzione consentirebbe nel contempo di salvare almeno un embrione, che potrebbe completare ilm próprio sviluppo e dare origine ad un nuovo essere umano”<sup>27</sup>). Pues bien, esta tesis se basa en la presunción de que el embrión es ya una persona, con sus derechos fundamentales, a la cual el sistema jurídico debe total protección. Pero, esta premisa es fácilmente rebatida, atendiendo al propio ordenamiento jurídico que, en Portugal y en la gran mayoría de los restantes ordenamientos europeos (en América Latina la situación es diferente), no se acepta la total equiparación entre el nacido y el no nacido. Estos ordenamientos no sólo rehusan aceptar la personalidad jurídica del no nacido (art. 66.º/1 Código Civil portugués), sino que distinguen entre los crímenes de aborto y de homicidio (art. 131.º ss; arts. 140.º ss Código Penal portugués). Véase, paradigmáticamente, el art. 24.º/1 de la Constitución portuguesa que se limita a declarar la inviolabilidad de la vida humana, en una fórmula que, según el Tribunal Constitucional portugués, confiere a la vida ya nacida una protección objetiva y subjetiva, pero a la vida no nacida tan sólo una protección objetiva<sup>28</sup>.

## **8. Propuestas para una nueva solución**

En nuestro entendimiento el destino de los embriones criopreservados deberá basarse, primordialmente, en la voluntad de las partes. En caso las partes lleguen a un acuerdo en el momento de la decisión final y, suponiendo que su decisión no atente contra lo establecido en la ley, habrá que respetar las respectivas voluntades.

Pero este escenario ideal difícilmente ocurre; por lo tanto, es más prudente determinar de antemano - en el momento que se inicia el proceso reproductivo – el procedimiento a seguir en caso de que las partes entren en discusión. Esta es la razón porque acentuamos los beneficios de la celebración *a priori* de un contrato escrito, que funcione como manual de las reglas del juego y, simultáneamente, prevea sanciones para los

---

there is no longer any reason why she should be the primary decision-maker. Once the privacy interest in bodily integrity is removed from the equation, only the right to become or not to become a genetic parent remain. Here, the parties are on equal terms”. Ellen ALDERMAN, Caroline KENNEDY, *The Right to Privacy*, Vintage Books, New York, 1997, p. 80.

<sup>27</sup> Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia...*, cit., p. 206.

<sup>28</sup> Vera Lúcia RAPOSO, Eduardo OSUNA, “Embryo Dignity: The Status and Juridical Protection...”, cit.

prevaricadores<sup>29</sup>. No nos parece que a esta solución se oponga el clásico argumento, muy enraizado en ciertos ordenamientos jurídicos, de que en el dominio de las relaciones personales el fenómeno de la contractualización no tendría lugar. Si este argumento fuera verdadero tampoco habría matrimonios, ya que también son contratos.

No sólo en el matrimonio sino, también, en la filiación se asiste (hoy más que nunca) a la contractualización de las relaciones personales, en una situación conocida como “parenthood by contract”. Esta figura pretende provocar dos tipos de efectos: en sentido positivo, el establecimiento de vínculos de filiación entre el niño y aquellos que previamente, utilizando la forma contractual, se comprometieron a asumir el estatuto de padres (padres contratantes o padres sociales, por contraposición a los padres genéticos) y, paralelamente en sentido negativo, el rechazo de vínculos familiares con aquellos que por vía del contrato renunciaron a ellos (dadores de gametos, madres de sustitución).

Algunos tribunales tratan de ignorar el contenido de estos acuerdos, argumentando que, aunque sean lícitos, su validez depende de las circunstancias existentes a la fecha de su celebración. Tales circunstancias se materializan sobretodo en la conservación del matrimonio, por lo que el divorcio alteraría todo el contexto de aplicación del contrato. La verdad es que, del mismo modo que no es permitido terminar un embarazo ni tampoco devolver los niños adoptados solo porque la unión matrimonial se disolvió, también nuestro problema debe merecer idéntica solución.

Lo que sucede es que muy raramente existe acuerdo escrito y previo. Por este motivo, proponemos que cuando las partes entren en abierto conflicto los tribunales procedan a la apreciación de la posición jurídica concreta de cada uno de los intervinientes, utilizando el criterio del encargo más pesado, lo cual tenderá a privilegiar la posición jurídica del titular del derecho a la no reproducción, independientemente de ser hombre o mujer.

La aparente simplicidad de esta regla puede todavía ser abalada por la consideración de las muy particulares circunstancias del caso, especialmente del hecho de que una de las partes dependa de los embriones criopreservados para poder realizar su derecho reproductivo. Pues en tal situación han sido creadas legítimas expectativas, que ahora no pueden ser frustradas debido a un súbito cambio de voluntad. Recuérdese que también el Rey Salomón, de que nos habla la Biblia (si es que se permite a una agnóstica una

---

<sup>29</sup> John ROBERTSON, “Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos”, *Ohio State Law Journal*, 51, 1990, p. 407 ss.

referencia bíblica), decidió entregar el niño a la mujer que más lo deseaba, en alternativa de simplemente lo cortar a medias. Lo que significa que la verdad siempre ha tenido lugar en las más ancestrales y primordiales ideas de justicia.