

Embriones congelados y desistimiento de uno de los miembros de la pareja en Derecho español

Sumario: RESUMEN.—I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. NATURALEZA DE LOS LLAMADOS “PREEMBRIONES”.—III. DEFINICIÓN CIENTÍFICA DEL INICIO DE LA VIDA.—IV. DEFINICIÓN FILOSÓFICA DEL INICIO DE LA VIDA.—V. LA CONCEPCIÓN TRINITARIA. VI. LA TESIS DUALISTA.—6.1. El derecho a “no procrear”.—6.2. El derecho a “procrear”.—6.3. Fundamento de ambos “derechos”.—VII. LA LEY BRITÁNICA.—VIII. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.—8.1. Sólo los embriones sobrantes pueden ser congelados.—8.2. El consentimiento del otro miembro de la pareja.—8.3. La revocabilidad del consentimiento.—8.4. Basta que un sólo miembro revoque.—8.5. Se puede revocar sin “justa” causa.—8.6. Desistimiento del miembro que puso sus gametos.—8.7. Desistimiento del miembro que no puso gametos.—IX. RENUNCIABILIDAD DEL DERECHO A DESISTIR.—9.1. No cabe renunciar. 9.2.—Sí es renunciable.—9.3. Pactos anti revocación frente a ambos miembros.—9.4. Pactos pro revocación.—X. LA EXCEPCIÓN QUE PUEDE SALVAR A LOS EMBRIONES.—10.1. ¿Es bidireccional la excepción?—XI. LA SUPUESTA INMUNIDAD JURÍDICO-FAMILIAR.—XII. MEJOR LA CONGELACIÓN DE ÓVULOS.—XIII. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

La Ley española de técnicas de reproducción humana asistida no se pronuncia específicamente sobre la cuestión del desistimiento de uno de los miembros de la pareja que procreó y congeló embriones. Parece conceder a cada miembro el derecho a dejarlos morir, incluso en caso de que para el otro miembro constituya la

★ Notario.

única posibilidad de ser progenitor biológico. Cuenta sólo el derecho a que le sea respetada su vida privada, aunque dicho respeto choque con este mismo derecho del otro miembro de la pareja y ello vaya contra el derecho a la vida de los nascituros. Ante este panorama, se alza la pregunta sobre si el derecho a desistir es renunciabile al tiempo de o antes de procrear los embriones a congelar, especialmente por medio de pactos entre ambos miembros de la pareja.

PALABRAS CLAVE: Preembriones. Crioconservación. Desistimiento. Derecho a procrear. Derecho a no procrear. Pactos sobre el desistimiento, a favor y en contra.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

¿Qué hacer (*quid iuris*) con los embriones crioconservados que resultan de la fecundación *in vitro*, si uno de los miembros de la pareja —casada o de hecho— se retracta, con el andar del tiempo, del consentimiento que prestó al generarlos y congelarlos, y se niega a la pretensión del otro miembro de que sean implantados en un útero y se prosiga con su desarrollo, el que quedó paralizado al ser congelados? El supuesto más frecuente es el de pareja heterosexual, fecundación homóloga —en la que los gametos los aportan el varón y la mujer de la pareja— y desistimiento del varón. Todas las sentencias de Tribunales de justicia conocidas hasta ahora muestran al hombre intentando vetar el empeño de la mujer en la anidación de los embriones. Mas también puede ser ésta quien retire su consentimiento y se niegue a implantárselos ella o a que sean implantados en otra mujer, pese a la pretensión del varón en tal sentido.

En estas líneas, nos interesa conocer qué establece el Derecho español al respecto, si es que establece algo. Y más concretamente, queremos saber si les cabe a los miembros de la pareja renunciar a los derechos a desistir, si es que los ostentan. Y si les cabe pactar sobre el destino de los embriones congelados para dicho caso de desistimiento de uno de los miembros de la pareja, pactar no tanto al tiempo de “utilizar” los embriones, cuanto que, anticipadamente, al generarlos y en el período que va entre su generación y su “utilización”. Para determinar la cuestión bajo el ordenamiento español, nos conviene dirigir la mirada a la muy similar legislación británica, que se ha aplicado en el famoso caso *Evans (Natalie) vs the United Kingdom*, resuelto en sentencia de 10 de abril de 2007 de la Gran Sala del Tribunal europeo de derechos humanos, que confirma la sentencia de 7 de marzo de 2006 del mismo Tribunal.

II. NATURALEZA DE LOS LLAMADOS “PREEMBRIONES”

Prioritariamente hemos de saber si son un *quién* o un *qué*, si son personas o simples cosas, y, dentro de esta segunda categoría, si son tratados como seres vivos, asimilables, al menos, a los animales.

En Derecho español, sólo se atribuye la personalidad jurídica a los nacidos, teniéndose por tales a los enteramente desprendidos del seno materno (art. 30 del Código Civil). Ciertamente los embriones congelados están enteramente desprendidos del seno materno, ni siquiera han entrado en él todavía, pero son seres preuterinos y el Código civil sólo piensa en los postuterinos —en los nacidos—, en los que ya han salido del útero tras la gestación. Y al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables (art. 29 del mismo Código), pero, por un lado, entre los efectos favorables para los verdaderos concebidos sólo están los intereses de orden patrimonial, como el derecho a ser llamado a la herencia, no así el interés superior, el derecho a la vida. Y, por otro lado, a los embriones congelados no se les tiene ni siquiera como concebidos.

En Derecho español, los no nacidos no son titulares ni gozan del derecho fundamental a la vida del artículo 15 de la Constitución española, según la doctrina del Tribunal Constitucional español, contenida principalmente en la sentencia 53/1985, de 11 de abril sobre la primera ley de aborto, la sentencia 212/1996, de 19 de diciembre sobre la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos y la sentencia 116/1999, de 17 de junio sobre la primera Ley de técnicas de reproducción asistida, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Tan alto Tribunal se atreve a afirmar sin sonrojo que ello no significa que resulten privados de toda protección constitucional, dado que son bienes jurídicos que someten al Estado a una doble obligación: 1.^a, la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación; y 2.^a, la de establecer un sistema legal de defensa de la vida, que incluya, como garantía última, las normas penales. Esta doctrina constitucional reza plenamente sólo para los no nacidos cuya gestación ya ha comenzado, pero el TC nunca ha manifestado que los no nacidos que no han sido todavía implantados en un útero no constituyan, cuando menos, bienes jurídicos o intereses legítimos a proteger.

Sin embargo, la civilista española Mónica Navarro Michel, en “crisis de pareja y destino de los embriones”, *Revista jurídica de Catalunya*, 2008, al hablar de cómo se enfrentan en la pareja o ex pareja el derecho a procrear de la mujer y el derecho a no procrear del marido, implícitamente considera a los concebidos in vitro y criopreservados no como nascituros sino como conceptuos, es decir, preseres que tienen por delante el ser concebidos, que todavía no han sido concebidos, como si la procreación —la concepción— no viniese dada por la fecundación sino por la anidación en un útero. En el fondo, otorga a los preembriones la misma conceptualización que los gametos (esperma y óvulos), son tenidos simplemente por material reproductor, cosas humanas, en definitiva, meras cosas. Ya el uso del prefijo “pre” antepuesto a “embriones” denota que no se les considera todavía como embriones, como concebidos.

Tan es así que en el caso Evans se habla de que el ex marido pide la “destrucción” de los embriones y la vigente ley española de técnicas de reproducción asistida 14/2006, de 26 de mayo (p. ej., art. 11.4) prefiere usar eufónicamente

la expresión “cese de su conservación”. Pero sólo las cosas se destruyen —un reloj, v.gr.— o se cesa en su conservación —p. ej., una cosecha—. Los seres vivos, por el contrario, no se destruyen ni se cesa en su conservación, sino que se matan —por acción— o se les deja morir —por inacción—. Ni siquiera merecen, pues, en la ley, los embriones la estima que se tributa a los animales. Los animalistas, en cambio, hasta humanizan a los animales y usan el término “asesinato” cuando se les mata.

Sin embargo, la profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid Alma María Rodríguez Guitián entiende que la LTRA española no trata como mero material reproductor a los preembriones, como pone de manifiesto la regulación en su artículo 9 de la premoriencia del marido y la fecundación asistida “post mortem”. Así, en el apartado 1, se establece que “no podrá determinarse legalmente la filiación, ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”. Sin embargo, en el segundo párrafo del apartado 2 se prescribe que “se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior” —es decir, el prestado por el marido para que su mujer sea fecundada tras la muerte del marido— “cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”. Por tanto, los preembriones procreados en vida del marido, ya estén crioconservados o no, pueden ser transferidos a la viuda, aunque no lo haya permitido expresamente el marido en su testamento, en su documento de instrucciones previas, en escritura pública o en el documento ante la Clínica para la práctica de TRA. En cambio, la viuda no podrá ser inseminada con semen -crioconservado o no— del marido difunto si éste no lo ha consentido en cualquiera de las cuatro posibles formas antedichas. Y no podrán sin consentimiento marital expreso —no vale el presunto— ser procreados *in vitro* preembriones tras la muerte del marido con semen de éste; menos aún serle transferidos a la viuda. Luego es evidente que la ley no trata de igual modo el semen crioconservado que los embriones crioconservados. Ciertamente, el citado caso del artículo 9.2.2 LTRA es el único supuesto en que la ley humaniza —descosifica— a los preembriones.

En su recurso al TEDH, Natalie Evans invocó “el derecho de toda persona a la vida” que reconoce el artículo 2 del Convenio europeo de derechos humanos. En realidad, ella no tenía interés en salvar la vida de todos y cada uno de sus seis (6) embriones crioconservados; lo que le interesaba simplemente era salvar aquel o aquellos embriones que le fueran precisos para quedar embarazada y dar a luz uno o varios hijos genéticamente suyos, sin importarle demasiado la suerte —la vida— de los demás embriones congelados. Para Natalie, el derecho a la vida de sus embriones no es sino un argumento más y podríamos decir que accesorio del principal

consistente en la falta de respeto de su ex pareja, de la clínica y del Reino Unido a su vida privada y familiar, como accesorio fue el tercer argumento de sufrir la discriminación respecto de las mujeres que procrean por medios naturales.

A diferencia de Natalie, a Marie Sue Davis, en el “*leading case*”, el primer caso realmente popular de embriones congelados y divorcio de los progenitores, el caso Davis (Marie Sue) vs Davis (Junior), que, tras varias instancias, culmina con sentencia de 1992 de la Corte Suprema de Tennessee (EEUU), sí que le importaron todos y cada uno de sus siete (7) embriones criopreservados: pretendió salvar la vida de todos ellos por la vía de donárselos de otras parejas o mujeres para terminar la reproducción.

A la falta de fe de Natalie Evans en el invocado derecho a la vida de sus embriones, le corresponde el TEDH indicando que, a falta de consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida depende del margen de apreciación de los Estados y la legislación británica no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo ni le autoriza a prevalecerse —por persona interpuesta— del citado derecho a la vida. Así de escueta, de simplista y de dogmáticamente relativista es la doctrina del Tribunal europeo sobre materia tan importante como el derecho a la vida.

III. DEFINICIÓN CIENTÍFICA DEL INICIO DE LA VIDA

Sobre el estado de la ciencia en punto al inicio de la vida humana, la mayoría de los científicos lo cifran en la singamia o fusión de los gametos masculino y femenino, ya tenga lugar en la trompa de Falopio ya in vitro, surgiendo el cigoto, que ya contiene la identidad genética, toda la información del genoma individual sobre cómo es ya y cómo va a ser el nuevo individuo humano, características del nuevo ser humano que ya no variarán hasta la muerte e irán aflorando a medida que llegue su turno durante el desarrollo.

Así lo entiende Nicolás Jouve de la Barreda, catedrático de Genética, de la Universidad de Alcalá de Henares, que señala cómo hay pruebas científicas irrefutables desde la genética, la biología celular y la embriología en el sentido indicado, y, sobre dicha base científica, él se atreve a afirmar que los embriones humanos son vidas humanas nacientes, aboga por vedar su congelación y habla de holocausto de decenas de miles de embriones en España.

En esta misma línea, Jerome Lejeune, genetista francés (1926-1994), conocido por descubrir, entre otras cosas, el ácido fólico y cómo el síndrome de Down se debe a la presencia de un cromosoma más, dictaminó que los embriones congelados son seres humanos increíblemente jóvenes, dotados del patrimonio e información necesarios y suficientes desde el momento de la concepción. Al bajar la temperatura, se detiene el movimiento molecular,

se deja el tiempo en suspenso, se les ralentiza de un modo horrible la vida. Habló de “*concentration can*” para aludir a que se les concentra en frascos; los periodistas confundieron tales palabras con “*concentration camp*”, a los que él contestó que en los campos de concentración se aceleraba de un modo horrible la muerte y que, en ambos casos, se trata de inocentes. Todo ello lo pronunció cuando fue citado por Marie Sue Davis como perito en la primera instancia -en Maryville, Tennessee— del antedicho caso Davis vs Davis, cuya sentencia les daría la razón a Marie Sue y al doctor Lejeune: los hijos se deben confiar a quien tiene intención de mantenerlos con vida. Desgraciadamente, el fallo sería luego revocado en apelación y ante la Corte Suprema.

Shinya Yamanaka, japonés, Premio Nobel de Medicina y Fisiología 2012, cuenta cómo miró un embrión humano al microscopio, pensó que la diferencia entre aquel conglomerado de células y sus hijas era mínima y se dijo a sí mismo que lo ideal sería poder devolver las células adultas a su estado pluripotencial sin destruir embriones humanos. Y descubrió, lo que le valió el galardón, cómo reprogramar aquéllas para rejuvenecerlas de modo que puedan convertirse en cualquier tejido del cuerpo humano, como las células madre embrionarias. A él —según dice— no le mueve una preocupación ética sino ir hasta el fondo de la realidad.

Sin embargo, la ley española de TRA vigente ha optado por una teoría controvertida, sobre la que no hay consenso científico alguno, según la cual hasta el día decimoquinto de la singamia no hay embrión alguno. Así define en su artículo 1.2 lo que llama preembrión, como “el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”. Se trata de un plazo durante el cual se permiten las actuaciones de las técnicas de reproducción asistida, de crioconservación e investigación y experimentación reguladas por dicha ley, algunas de las cuales pueden llevar a la muerte del cigoto. 14 es el número de la muerte impune en la legislación española: 14 los días del preembrión eliminable y 14 las semanas del embrión o feto en el plazo general para abortar (art. 14 de la Ley orgánica 2/2010).

¿Y qué tienen de característicos los primeros 14 días del embrión para que merezca para algunos científicos y para nuestra ley el nombre de preembrión y las actuaciones de la LTRA? No lo dice la ley. Ni siquiera hay consenso entre los partidarios del concepto de la etapa preembrionaria: unos señalan que durante la misma las células que forman el cigoto son indiferenciadas y totipotenciales, es decir, capaces de diferenciarse hacia cualquier célula especializada del organismo, pero la diferenciación celular no empieza el día 15.º sino el 7.º, por lo que no parece que plausible esta primera posición. Otros, en cambio, apuntan a la posibilidad de gemelación: durante los primeros 14 días, el cigoto puede dividirse formando dos gemelos monocigóticos; pasado ese plazo ya no es posible la división.

Resulta difícil de entender que no suscite reparo ético alguno acabar con la vida humana mientras se ignore si el grupo de células resultantes de la fecundación son sólo uno o dos seres vivos: si son sólo uno, ya puede tenerse

por inmoral terminar con su vida, pero si puede que sean más de uno, peor aún acabar con varias vidas humanas. Como tampoco se entiende fácilmente el porqué de las 14 semanas de aborto como derecho. La etapa embrionaria se sabe que empieza con la singamia y termina a los 90 días porque ya ha desarrollado el organismo y puede ser reconocido por su aspecto externo como un bebé muy pequeñito, pasándose a denominar feto, mas repárese en que las 14 semanas del derecho al aborto suponen 98 días, luego éste mata no sólo al embrión sino incluso al feto.

IV. DEFINICIÓN FILOSÓFICA DEL INICIO DE LA VIDA

No dejan de ser harto arbitrarios los plazos legales para acabar con la vida humana so pretexto de que científicamente no se ha iniciado aún la misma pese a haberse dado ya la concepción. En realidad, la cuestión sobre el comienzo de la vida humana no pertenece tanto al campo de la ciencia como al de la filosofía; es un asunto metajurídico o prejurídico: se trata de saber cuándo principia la dignidad humana de la vida humana, en qué momento empieza a ser digna del nombre “humana” la vida humana y por ende —cuestión ésta ya jurídica— a partir de qué instante hemos de protegerla con el derecho a la vida.

Y en la filosofía es verdad que no existe un consenso: a este terreno y no tanto al de la ciencia debió de referirse —suponemos— y debió referirse —ordenamos— el TEDH en su sentencia del caso Evans cuando habló de la falta de consenso sobre el inicio de la vida. Así, los hay como Pablo de Lora Deltoro, Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, en “¿Ser o no ser?”. El misterioso caso de los embriones “supernumerarios”, Anuario del Derecho Civil 2003, que creen que no hay que glorificar la concepción como momento inicial de la vida propiamente humana o, al menos, como *dies a quo* de su reconocimiento como sujeto de derechos y, en particular, del derecho a la vida.

En cambio, el insigne Julián Marias sostiene cómo ponerle plazos al aborto “equivale a ver que es bueno disparar a una persona a veinte metros, discutible a diez metros, inadmisible a quemarropa”; si me alejo lo suficiente hasta verla cada vez más pequeña, entonces deviene admisible lo que de cerca repugna. En el caso de los embriones congelados, añadimos nosotros, la distancia que se interpone al disparo es la máxima posible, siendo visible sólo mediante microscopio la vida humana con la que se termina.

El literato Miguel Delibes, en parecida línea, decía que el aborto se piensa actualmente como una cuestión de bulto, como la de la caza, sobre la cual los hay que sostienen que no cabe la caza mayor pero sí la menor, cuando, a su juicio, tan animal es el pequeño como el grande, tan mala o tan buena, éticamente hablando, y según se opine, es la caza sea de uno u otro tipo de animal. No porque abulte el animal ha de reputarse inmoral su caza. Él, por su parte, aprobaba toda caza —incluida la mayor, porque sólo afecta a animales, es decir, cosas— y reprochaba todo aborto —incluido el menor, el de menor plazo, porque lo sufren personas—.

V. LA CONCEPCIÓN TRINITARIA

La aproximación al problema del desistimiento de uno de los miembros de la pareja cuyos embriones están crioconservándose depende, pues, enteramente de ese *prius* que es la naturaleza de los embriones. Los que sostenemos la índole humana de éstos ateniéndonos al dato objetivo de que la procreación ya ha tenido lugar —in vitro—, acogemos una concepción trinitaria, por ser tres los intereses o bienes jurídicos en juego: los dos miembros de la pareja o ex pareja y el embrión congelado.

En esta línea, se sitúan, entre otras, las legislaciones italiana, argentina y húngara. En la Ley 40/2004 italiana, a partir de la fecundación, el varón no puede revocar su consentimiento; si lo hace, no se tendrá en cuenta la revocación en atención a los derechos del embrión y no cabe la crioconservación ni la destrucción de embriones. Ahora bien, si es la mujer quien revoca el consentimiento, puede evitar la implantación.

En la húngara, se estima que la reproducción asistida representa una carga más grande para la mujer que para el hombre, por lo que se le autoriza a la mujer a seguir con el tratamiento a pesar de la muerte de la otra parte o el divorcio de la pareja, excepto que se exprese lo contrario por escrito, luego para que el varón pueda impedir la implantación ha de haberse reservado en forma escrita desde el principio el derecho a revocar el consentimiento. Se admite, pues, el pacto pro revocación. El varón que revoca tiene sobre sí la carga de probarlo.

La Justicia argentina en septiembre de 2011 autorizó a una mujer a implantarse embriones criopreservados durante su matrimonio a pesar de que su pareja, de la que estaba separada de hecho y en trámite de divorcio, se opuso terminantemente a dar su consentimiento. Falló en contra de la pretensión del hombre al considerar que desde el momento en que accedió con su aporte al tratamiento de procreación, aceptó su participación biológica, con todas sus consecuencias.

En la concepción trinitaria, la solución al problema propia del caso Evans, la “destrucción” de los embriones, puede calificarse, con toda propiedad, de abortista. Al aborto se le conoce popularmente con la perífrasis eufemística de “interrupción voluntaria del embarazo”: la ley orgánica 2/2010 que lo regula emplea dicha expresión, absolutamente impropia pues aquello que se interrumpe cabe reanudarlo —no así la vida del embrión o feto, con la que se acaba definitivamente— y omite deliberadamente toda referencia al embrión o feto eliminado, como si de una excrescencia o tumor se tratase. Pero lo cierto es que el aborto es algo más que la interrupción del embarazo: se da también el aborto cuando el embrión obtenido por FIV no se implanta en el útero materno y se le deja morir, es decir, cuando no llega a iniciarse nunca embarazo alguno. Y es que etimológicamente aborto significa privar (ab) del nacimiento (orto) y tan se le priva de nacer al embrión o feto al que se arranca sin vida del seno materno como al embrión al que se deja morir sin haberle llegado a implantar en dicho seno; y ontológicamente,

tan hay un ser vivo de la especie humana al que se le priva de nacer en un caso —con acción violenta sobre la gestante— como en el otro —por la inacción de dejarle descongelar—.

VI. LA TESIS DUALISTA

Sin embargo, son mayoría las legislaciones en Derecho Comparado y los civilistas especialistas en Derecho de Familia que reducen los embriones a material reproductor, en una concepción dualista del problema, para la cual sólo hay dos intereses en liza, los de los miembros de la pareja o ex pareja —generalmente, el varón enfrentado a la mujer—. Esta concepción pretiere y censura el dato de la procreación y niega a los progenitores la condición de tales, como si la progenie todavía no se hubiese dado, todo por el mero hecho de existir el embrión en el lugar equivocado, en un lugar distinto del seno materno.

Para los dualistas, se trata tan sólo de elegir entre un “derecho a procrear” —generalmente de la mujer— y un “derecho a no procrear” —que suele ser el del hombre—, a sabiendas que la satisfacción de un miembro de la pareja conllevará la frustración del otro, luego habrá que optar por aquel “derecho” que menor frustración le causa a la contraparte. Y se suele estimar que, por regla general, más frustrante le resulta al varón seguir siendo padre contra su voluntad que a la mujer dejar de ser madre, a menos que para ésta sea la única alternativa de devenir madre genética y legal. En este último caso, la frustración de la madre —por mor de la no maternidad biológica—, por irreversible, debería ser evitada.

6.1. El derecho a “no procrear”

En realidad, como adujo Natalie Evans, su ex marido ya hubo renunciado a su “derecho a no procrear” al procrear in vitro a los embriones después congelados, luego no parece muy apropiado el término “no procrear” para dicho “derecho”; ¿No resulta más adecuado hablar de un supuesto “derecho” a terminar con la procreación ya iniciada, como abortar no es interrumpir sino terminar con el embarazo? Aquí la terminología trata en vano de ocultar el hecho de que el que menos importa —el que, en realidad, casi nada importa— de los intereses en juego es el de los embriones congelados en continuar con su desarrollo humano hasta nacer.

Semejante “derecho a no procrear” emparenta con el “derecho al aborto”, si bien resulta curioso que, en el caso del embrión extrauterino, se le permita terminar con la vida del embrión tanto al hombre como a la mujer, al hombre incluso a pesar de la mujer, en tanto que, tratándose del embrión intrauterino o del feto, sólo a la mujer se le autoriza terminar con la vida del mismo. Supuestamente la diferencia está en que en el uterino hay que violentar el cuerpo de la mujer, lo que no puede hacerse contra su voluntad. Pero ello contradice

uno de los dogmas del abortismo, cual es el negacionismo, según el cual en la “interrupción del embarazo”, no hay violencia alguna sobre el feto ni sobre la mujer, ni hay víctima alguna, pues —se dice— la mujer no sufre ni física ni psicológicamente, ni hay ser vivo dentro que sufra ni muera. Según el abortismo, todo es aséptico, incruento e indoloro en la “interrupción del embarazo”. Si es así, ¿por qué no puede imponerla el varón?, ¿porqué sólo se le permite imponer el aborto de los embriones extrauterinos? No es uno comulgue con todo ello, se trata tan sólo de poner en evidencia, dialécticamente, las contradicciones del abortismo. De hecho, Natalie Evans en su recurso al TEDH habla —y con toda razón— de discriminación, proscribida por el artículo 14 del Convenio europeo de derechos humanos: no se le trataba a Natalie, mujer que no podía concebir por medios naturales, igual que a las mujeres que sí pueden hacerlo: éstas tienen el monopolio del aborto. El TEDH desestimó este argumento pero sin argumentar en absoluto su desestimación.

6.2. El derecho a “procrear”

Este derecho, generalmente invocado por la mujer, es, en realidad, un derecho a llevar a término, mediante la implantación en el útero y gestación, la procreación ya producida. Para los trinitarios bien está que se le reconozca tal derecho a la mujer cuando los embriones congelados le supongan su única posibilidad de ser ella madre natural o cuando los miembros de la pareja pactaron de antemano la renuncia a la facultad de desistir, pero debería basarse únicamente en el propio derecho a la vida de los embriones, por lo que debería prosperar en todo caso.

Se enmarca este derecho a “procrear” dentro del supuesto “derecho a ser padre” —como fin sin importar los medios— cualesquiera sean las circunstancias del adulto que lo invoca, derecho que la cultura postmoderna actual ha conquistado para toda persona mayor de edad. Basta con desear ser padre para ver satisfecho el deseo y aun el capricho: así, pueden adoptar parejas no casadas, matrimonios del mismo sexo, incluso solteros; pueden reproducirse artificialmente mujeres solteras; puede reproducirse por inseminación artificial una mujer casada con otra, asumiendo ésta la maternidad pese a no poner el óvulo, sin necesidad de que adopte a la criatura, bastando su consentimiento a la inseminación; pueden dos varones lograr la inscripción en el Registro Civil español de ambos como padres de hijos gestados mediante vientre de alquiler en el extranjero, pese a estar prohibido por la ley española, etc. Se trata de una evolución para unos y de una involución para otros, que deja atrás el tradicional punto de vista según el cual no hay más derecho que el del niño a tener un padre y una madre. El Derecho de filiación de los últimos treinta años ha desplazado el acento y el centro de gravedad del niño al adulto como titular de los derechos. Se sigue enunciando enfáticamente como superior

el interés del menor, pero en realidad se satisface sólo el del mayor de edad que aspira a ser padre.

6.3. Fundamento de ambos “derechos”

En todo caso, los dualistas encuadran tanto el “derecho a procrear” como el “derecho a no procrear” exclusivamente en el derecho de cada miembro de la pareja o ex pareja a que les sea respetada su vida privada y familiar (del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos), lo que en España se traduce en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y el principio del libre desarrollo de la personalidad (arts. 18 y 10, respectivamente, de la Constitución española).

Enfocado desde el dualismo, el problema del desistimiento de uno de los miembros de la pareja sobre los embriones congelados no da mucho de sí. Así, la lectura de las dos sentencias del caso Evans, decididamente dualistas, resulta no sólo descorazonadora sino infinitamente tediosa: dos adultos, cada uno defendiendo sus propias “vidas privadas”, sin miramientos verdaderos por las criaturas engendradas más que en la medida en que puedan cumplir el anhelo de uno de ellos de ser progenitor.

VII. LA LEY BRITÁNICA

Viene dada por la Human fertilisation and embryology Act de 1990, que no contempla específicamente este problema del desistimiento de uno solo de los miembros de la pareja, pero (en el schedule 3.4) permite la revocación del consentimiento por la persona que lo otorgó en cualquier momento hasta que el embrión haya sido utilizado, lo que se ha interpretado en el sentido de que cada miembro puede por sí solo impedir la implantación, y no contempla, como excepción a la regla, la circunstancia de que para el otro miembro de la pareja los embriones criopreservados sean su única oportunidad de ser progenitor genética y legalmente.

El Tribunal europeo, en el caso Evans, autorizó al Reino Unido para que “destruyese” todos los embriones a petición del ex marido (Howard Johnston), frente la pretensión de Natalie, de que le fueran transferidos, pese a que para ella constituían la única posibilidad de tener para sí un hijo genéticamente suyo. Sendos votos disidentes a ambas sentencias del TEDH de 2006 y 2007 sostuvieron que, pese a no estar prevista la excepción, la petición de Natalie Evans debía haber prosperado en atención a dicha circunstancia de ser su única posibilidad de ser madre biológica y legal. La civilista española Mónica Navarro Michel (en la obra citada) comparte la posición de los votos discrepantes. En el caso Nachmani (esposa) vs Nachmani (esposo), en sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 1996, se salvó la vida de alguno de los embriones en atención precisamente a dicha circunstancia concurrente en la mujer.

VIII. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La legislación española, la ya citada ley de técnicas de reproducción asistida 14/2006, de 26 de mayo, parece acoger la misma regla general consistente en la facultad de desistir de cada miembro de la pareja de la procreación ya iniciada e interrumpida con la congelación. Y tampoco contempla como excepción la de que los embriones criopreservados supongan la última alternativa para el otro miembro de la pareja para llegar a tener para sí su propio hijo biológico: *lege ferendae*, podría incorporarse dicha excepción, que tiene en cuenta no sólo el interés del otro miembro de la pareja sino también —aunque sea indirectamente— el del embrión en proseguir su desarrollo como ser humano.

Pero vayamos paso a paso.

8.1. Sólo los embriones sobrantes pueden ser congelados

En primer lugar, Natalie Evans no estaba en condiciones de transferirse ninguno de los preembriones cuando los obtuvo por FIV; la clínica le había prescrito esperar dos años tras la ablación de los ovarios cancerosos. No se hizo, al procrearse los embriones, ningún intento de implantación. Pudo congelarlos todos ellos con vistas a la futura transferencia a su propio útero. Parece que ello era lícito conforme a la ley británica.

No así en España. La LTRA, en el artículo 11.3 (redacción actual), dispone que “los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello”, luego la crioconservación de embriones sólo se permite en principio para los sobrantes, como la misma ley y el mismo artículo 11.3 en su redacción por Ley 45/2003, de 21 de noviembre, la permitió sólo para los supernumerarios, es decir, los que excedían de los tres ovocitos que, como máximo, se podía fecundar en cada ciclo (art. 4.3 de entonces); los excedentarios sólo cabían excepcionalmente cuando se acreditara una patología de base en los progenitores que desaconsejara limitarlos a tres. Y su crioconservación era —en la ley de 2003— por toda la vida fértil de la mujer, con objeto de que se le pudiesen transferir en intentos posteriores y comprometiéndose la pareja o la mujer para que, de no serles transferidos los embriones congelados, serían donados con fines reproductivos como única alternativa (en la redacción actual del artículo 11.4 caben otras alternativas, como la donación para fines de investigación o “el cese de su conservación”). Ya la Ley originaria, la de 35/1988, de 22 de noviembre, en el mismo artículo 11.3, sólo autorizó la crioconservación de los embriones sobrantes de una FIV.

Ya no se limita a tres el número de embriones que cabe procrear in vitro, pero parece claro, a sensu contrario del artículo 11.3 LTRA en sus tres redacciones sucesivas, que no cabe la congelación de embriones sin una previa transferencia a la mujer en un ciclo reproductivo. Si la mujer no quiere o no puede implantarse actualmente uno o varios de los embriones obtenidos en una FIV, no puede

pedir y obtener en España la congelación de todos los generados: en el ámbito tan artificial, tan poco humano, de la reproducción asistida y en el aun más inhumano de la congelación de embriones, la interpretación de las normas ha de ser, si no restrictiva, cuando menos estricta, de modo que sólo cabe hacer lo que está específicamente permitido —no vale entender que esté autorizado todo aquello que no esté prohibido—. Repárese en que, entre los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones criopreservados, está el de su donación con fines de investigación (art. 11.4 LTRA): ¿cómo va a ser admisible que una mujer pueda, sin un previo intento actual de implantarse algún embrión, obtener la congelación de todos los obtenidos *in vitro*, donándolos todos a la ciencia? El fin único de la ley es regular la reproducción humana asistida, luego, sin al menos intentar ésta, no cabe la generación y congelación de embriones, por más que se prevea intentar la implantación para la reproducción tras la descongelación, aunque sólo sea porque dicha previsión inicial siempre podrá variarla la mujer o la pareja para donar todos los embriones al saber o para dejarlos morir (“cese de su conservación sin otra utilización” dice textualmente dicho artículo legal).

8.2. El consentimiento del otro miembro de la pareja

En segundo lugar, respecto de los embriones sobrantes tras algún previo intento de reproducción asistida y criopreservados, el artículo 11.5 LTRA establece que la utilización de los mismos requerirá del consentimiento informado de la mujer y en el caso de la mujer casada con un hombre, deberá prestarlo también el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones. ¿En qué consiste este consentimiento del marido del artículo 11.5 LTRA?

Parece que coincide con el consentimiento del marido del artículo 6.3 LTRA que precisa la esposa para usar de las TRA, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente.

Ambos consentimientos no pueden consistir en una especie de licencia marital como las que requería, hasta la reforma del Código Civil por ley de 2 de mayo de 1975, la esposa para la validez de casi cualquier acto de la vida civil. El principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y el de igualdad jurídica de los esposos (art. 32 CE) permiten a la esposa actuar con independencia de su marido, incluso para cambiarse de sexo —como le sucede al marido—. Si no puede la esposa usar de las TRA sin el consentimiento del marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente no es por razón de una fiscalización que pueda llevar a cabo el esposo sobre su esposa sino por razón de la filiación que pueda quedar determinada respecto del esposo.

Así, si la mujer pretende usar el semen del marido en una fecundación *in vitro* o inseminación artificial, obviamente no podrá hacerlo sin el consentimiento de éste, ya estén unidos ya separados. Y si cuenta con dicho consentimiento, la paternidad no nacerá “*ex voluntate*” de dicho consentimiento sino “*ex lege*” derivada sólo de la genética.

Y si la esposa acude a semen de donante, hay que distinguir según que estén o no separados:

Si no están separados, la mujer necesita del consentimiento del esposo tanto si quiere éste asumir la paternidad como si no.

Si quiere asumirla —suerte de adopción—, su paternidad será sólo legal y no biológica, derivará sólo del consentimiento del marido, cuya voluntad cobra en este supuesto toda su importancia para la determinación de la filiación paterna.

Y si el marido no quiere asumir la paternidad legal, entonces también es preciso su consentimiento porque, no siendo progenitor, se presumirán hijos del marido los nacidos de su esposa dentro incluso de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 Código Civil). Precisa ella del consentimiento de él para prevenir el que el esposo tenga que cargar con la impugnación de la paternidad matrimonial que se le presumirá y por ello, el artículo 6.3 LTRA —que exige el consentimiento del consorte— no rige para las parejas de hecho heterosexuales ni para los matrimonios entre mujeres, donde no rige o no puede regir la citada presunción del artículo 116 Cc.

Y en el matrimonio entre hombre y mujer, si ella acude a semen de donante, estando separados, puede hacerlo sin necesidad del consentimiento del consorte, si bien lo lógico habría sido exigirlo mientras no hayan transcurrido los 300 días siguientes a la separación, por lo antes apuntado.

Tratándose de mujer casada con mujer, la ley no exige el consentimiento de la consorte (ni en el art. 6 ni en el 11). Aun estando no separadas, no es preciso, a menos, eso sí, que la consorte sea la que aporta el óvulo a fecundar y que se implantará en la otra mujer. Si la consorte —sin aportar óvulo— consiente será no para fiscalizar la vida privada de su mujer sino sólo para asumir, sin adopción, la comaternidad al amparo del artículo 7.3 LTRA redactado por Ley 3/2007, de 15 de marzo.

Y tratándose de pareja heterosexual no casada, la mujer puede acudir a la FIV con semen de donante, aun sin el conocimiento del varón. El consentimiento de éste sólo es preciso: 1.º, si aporta el semen, para la aportación; y 2.º, si no lo aporta, para asumir la paternidad legal. La LTRA artículo 8.2 habla del varón no casado que reconoce en escrito indubitado su paternidad pese a la contribución de donante, luego parece admitir el acceso de las parejas de hecho —al menos, las heterosexuales— a las TRA incluso heterólogas.

8.3. La revocabilidad del consentimiento

En tercer lugar, y llegamos a la regla general en esta materia, dispone el artículo 11.6 LTRA que “el consentimiento para dar a los preembriones o gametos criopreservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación” en la misma línea que la

antes citada ley británica. Concuera con el artículo 3.5 LTRA, que dispone —ya lo dispuso la primera ley, la de 1988— que “la mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria”. El citado artículo 11.6 LTRA —a partir de la redacción vigente, de 2006— parece extender tal derecho a ambos miembros de la pareja o ex pareja. También concuerda con el artículo 9.2 LTRA por el que el consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas (es el marido quien lo ha prestado para la posible fecundación “post mortem” de su mujer con su semen crioconservado).

8.4. Basta que un solo miembro revoque

Ahora bien, ¿ha de ser ejercitada la facultad por los dos conjuntamente, de modo que para desistir de la implantación han de actuar mancomunadamente ante la clínica determinando ambos otro de los destinos posibles del artículo 11.4 de la misma ley (utilización por la esposa de la mujer que puso el óvulo, donación con fines reproductivos o de investigación o cese de su conservación)? No se interpretó así la misma norma británica en el caso Evans y no parece que se vaya a entender así la española por los jueces patrios ni por el TEDH: cada uno de los miembros de la pareja o ex pareja puede por sí solo no tanto cambiar el destino inicial —p. ej., pasar de la implantación en la mujer a la donación a la ciencia— cuanto revocar su consentimiento a que sean implantados los embriones congelados, con el efecto —seguramente— del llamado “cese de su conservación”, consistente en dejarlos morir, como destino subsidiario a falta de nuevo acuerdo entre los progenitores sobre otra “utilización” de los embriones.

8.5. Se puede revocar sin “justa” causa

Lo llamativo es que el miembro que revoca el consentimiento, que pide y obtiene que se les deje morir a todos los embriones, parece que puede desistir “*ad libitum*”, “*ad nutum*”, sin la carga, siquiera, de alegar y acreditar la ruptura del vínculo conyugal o de la convivencia con su pareja o cualquier otra “justa” causa. Normalmente, el desistimiento de uno de los miembros de la pareja vendrá motivado por dicho divorcio o cese de la convivencia —será consecuencia de la ruptura—, o bien habrá sido precisamente la o una de las causas de la ruptura. Pero por poder, puede desistir cada uno de los miembros de la pareja incluso y pese a subsistir el matrimonio y la convivencia. La retractación unilateral tan sólo precisa de ser notificada a su pareja —o ex pareja— y a la clínica o banco donde estén conservados los embriones. *Lege ferendae*, debería exigirse como requisito “*sine qua nom*”, cuando menos, la alegación de la separación de hecho de la pareja u otra “justa” causa.

8.6. Desistimiento del miembro que puso sus gametos

Primero nos planteamos el caso de desistimiento de un solo miembro de la pareja si la fecundación ha sido homóloga propiamente dicha, es decir, la que lo es para ambos miembros de la pareja porque ambos ponen sus propios gametos, masculinos y femeninos —lo que, obviamente, sólo puede pasar con la pareja heterosexual—.

El que desiste conseguirá su objetivo de que se deje morir los embriones. Ni siquiera podrá el otro miembro lograr salvar a los embriones ofreciendo al progenitor que desiste la inmunidad jurídico-familiar, el zafarse éste de la paternidad o maternidad legales, primero porque dicha inmunidad no existe para dicho supuesto en nuestro ordenamiento actual y segundo porque, aunque existiera, el progenitor que desiste debería asumir, si no la carga jurídica y económica de ser padre legal, sí el coste emocional y moral de saber que hay en el mundo hijos genéticamente suyos.

En caso de fecundación mixta, es decir, heteróloga para uno de los miembros de la pareja y homóloga para el otro miembro, si éste, el padre o madre genéticos, trata de revocar el consentimiento que prestó para ser usados sus propios gametos, y el otro miembro de la pareja o ex pareja —el que no es progenitor— pretende salvar la vida de los embriones mediante su transferencia a un útero, parece que se dejará morir a requerimiento del progenitor —del padre o madre genéticos—, quien dispondrá de los mismos como si de una propiedad se tratase (perdónenme la licencia pero aquí rige el dicho de “la maté porque era mía”). No podrá el otro miembro de la pareja invocar siquiera la excepción de ser para él o ella la única posibilidad de ser padre o madre genéticos —pues no son progeñe suya los embriones—.

8.7. Desistimiento del miembro que no puso gametos

Distinto debería ser el caso de fecundación mixta —heteróloga para sólo uno de los miembros de la pareja y homóloga para el otro miembro— con desistimiento del miembro que no puso los gametos.

Si el varón de la pareja no puso sus gametos —se acude a semen de donante—, entonces el consentimiento de tal varón de la pareja del artículo 11.5 LTRA —para la congelación— coincide con el consentimiento del artículo 8.1 LTRA —para la contribución de donantes— y supone una suerte de “adopción” de los embriones resultantes de la FIV, la asunción de una paternidad no genética sino meramente legal: un consentimiento absolutamente necesario para lograr dicho efecto de la asunción de la paternidad legal, pero enteramente innecesario para la viabilidad jurídica de la fecundación y congelación (salvo matrimonio de hombre con mujer, como vimos). Y si luego, durante la congelación, el varón de la pareja o ex pareja se retracta, todo lo más que debería poder lograr —si se admitiese legalmente, y nosotros creemos que debería admitirse— sería zafarse de la paternidad legal sobrevenidamente no deseada,

que no el dejar morir los embriones que no son genéticamente suyos. La mujer debería poder imponer su pretensión de que le sean implantados a ella —o a otra mujer— y ello no sólo en el caso excepcional de que sea su única oportunidad de tener un hijo genéticamente suyo sino en cualquier otro caso.

Si los óvulos fecundados son de donante, que no de la mujer de la pareja, esta mujer, si se retracta durante la congelación, podrá impedir que sean los embriones implantados en su propio útero y devenir madre legal, pero no debería poder conseguir que se les deje morir: el varón de la pareja —cuyo semen fecundó aquéllos— debería poder conseguir que se le transfieran a otra mujer, su nueva pareja o un vientre “de alquiler”, si la legislación aplicable lo permite. El consentimiento de la mujer habrá sido de mera asunción de una maternidad legal, no genética. Luego tan sólo podría —si se admitiese legalmente y nosotros creemos que debería admitirse— revocarlo y dejará de ser madre legal de los embriones que lleguen a nacer.

Y si la pareja está formada por mujer casada con mujer, y una de ellas —la mujer A— pone sus óvulos —fecundados con semen de donante— y la otra —la mujer B— sólo pone el consentimiento para ser madre legal, si la mujer B se echa atrás, tan sólo debería poder dejar de ser madre legal, mas no podrá evitar la transferencia al útero de la mujer A o al de otra mujer, a petición de la mujer A.

En resumen, quien no pone sus gametos —sea el varón o la mujer— podrá revocar su consentimiento para ser padre o madre legales, pero:

1.º, debería invocar justa causa —como la separación de hecho de la pareja—,

2.º, debería poder hacerlo sólo mientras no se hayan implantado los embriones, nunca después. Análogamente, la adopción propiamente tal es irrevocable, artículo 180.1 Código Civil: no cabe su revocación ni siquiera en caso de divorcio de los cónyuges A y B posterior a la adopción por A del hijo del cónyuge B. El catedrático de Derecho Civil Ángel Carrasco Perera en “actualidad jurídica aranzadi”, con la expresión “dejen los niños cuando salgan” propuso que *lege ferendae* fuera revocable la adopción en dicho supuesto de divorcio ulterior, propuesta que no compartimos.

Y 3.º, la revocación no debería poder impedir que, a petición del otro miembro de la pareja, el que sí aportó sus gametos, los embriones sean implantados para proseguir la procreación; tan sólo debería poder impedir que el revocante devenga padre o madre legal. Nótese que así no asume coste jurídico ni económico, pero tampoco emocional pues el que nazca no será hijo genéticamente suyo.

Pero lo expresado es sólo un desiderátum de *lege ferendae* porque la ley española admite omnímodamente la revocación del consentimiento sin distinguir si quien revoca es quien puso los gametos o no, y sin limitar y reconducir, en caso de quien no los pone, su revocación a desligarse de la paternidad legal.

Y, por último, queda el caso de la fecundación es heteróloga para ambos miembros de la pareja —porque acuden tanto a óvulos como a semen de donantes—, y uno de los miembros se retracta de la fecundación y congelación,

tan sólo debería poder el revocante dejar de ser padre o madre legales —si se admitiese legalmente la revocación con limitación de efectos, como vimos—, mas no así impedir la implantación en útero pedida por el otro miembro para proseguir con la procreación. El miembro revocante no podría invocar ni siquiera el coste emocional y moral de un hijo que no es suyo genéticamente. Pero de nuevo, éste es mero “*wishful thinking*” propio de trinitarios, algo que no rige “*lege datae*”: basta con que uno de los miembros revoque su consentimiento para que se tenga que dejar morir a todos los embriones, pues el artículo 11.5 LTRA no distingue. Además, la excepción de ser los congelados la única oportunidad de ser progenitor biológico no vendrá en este caso en auxilio de los embriones

IX. RENUNCIABILIDAD DEL DERECHO A DESISTIR

La facultad de modificar el consentimiento antes de “su aplicación” (art. 11.6 LTRA española) que asiste a cada miembro de la pareja ¿es renunciable anticipadamente, es decir, al tiempo de prestar el consentimiento para la generación y crioconservación de los embriones o en cualquier momento posterior?. ¿Puede renunciar unilateralmente el varón vinculándose así frente a la mujer o ésta frente al varón, es decir, un miembro de la pareja respecto del otro en una sola dirección?. O, lo que sería más normal, ¿pueden ambos renunciar recíproca y bidireccionalmente en pacto pro vida con el efecto de la irrevocabilidad para los dos del consentimiento prestado de modo que cada miembro ya no podrá por sí solo evitar que los embriones sean descongelados, transferidos y lleguen a nacer?. Dicho convenio consistiría, en la mayoría de los casos, en que la mujer pudiera implantárselos ella, pese a la oposición sobrevenida del varón —como deseaba Natalie Evans—, pero ¿podría, asimismo, cifrarse en que la mujer —como quiso Marie Sue Davis— pudiese conseguir, aun contra la voluntad del hombre, la donación a otra mujer o pareja con fines reproductivos?. A la inversa, ¿podría el hombre conseguir, pese a la resistencia de la mujer, no la implantación en el útero de ésta sino la anidación en el de otra mujer, su nueva pareja o, allí donde se permita la gestación por vientre de sustitución, en otro útero?

9.1. No cabe renunciar

Mónica Navarro Michel, en la obra citada, opina que el consentimiento para la reproducción es esencialmente revocable para cada miembro de la pareja por afectar a materia tan íntimamente personal. Cita en apoyo de su tesis, 1.º, la promesa de matrimonio, que (art. 42 del Código Civil) no produce obligación de contraerlo, pero cuya ruptura puede hacer surgir la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido (art. 43 Cc); y 2.º, el más próximo supuesto de la LTRA artículo 5.2, que permite al donante de gametos revocar

su consentimiento cuando precisase para sí los gametos donados, debiendo devolver los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

La posición de esta autora sólo puede entenderse por su pertenencia a la corriente dualista, para la cual los embriones son equiparables al material reproductor y no hay otra intimidad personal que la de los miembros de la pareja. Por lo demás, esta autora critica las sentencias del caso Evans porque no respetan el interés de Natalie en ser madre genética y legal, para lo cual los embriones congelados eran su única posibilidad. Resulta curioso, por ende, que la autora no admita la posibilidad de que renuncie válidamente el varón a su facultad de revocar el consentimiento, convirtiendo éste en irrevocable, al menos, en dicho supuesto excepcional de que para la mujer constituya el único medio de devenir madre biológica. La autora aboga por que incluso en tal caso, el consentimiento sea revocable para el varón, admitiéndose todo lo más un derecho de la mujer a ser indemnizada, por culpa aquiliana o extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, de los daños y perjuicios, incluidos los morales, por frustrársele su razonable expectativa de ser madre.

9.2. Sí es renunciable

Los trinitarios entendemos, por el contrario, que deben admitirse la renuncia a la facultad de revocar y toda clase de pactos anti revocación y no solamente en el supuesto de que para uno o ambos miembros de la pareja los embriones generados y congelados supongan su única opción de seguir siendo progenitores por naturaleza. La facultad de revocar los consentimientos que, como se ha visto, atribuye a cada miembro de la pareja incondicionada e irrestrictamente la LTRA, ha de ser renunciable porque, conforme al principio general del Derecho del artículo 6.2 del Código Civil, la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos son válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros. En nuestro caso, la renuncia a la facultad de revocar no sólo no perjudica a tercero alguno sino que beneficia claramente a ese tercero que es cada embrión congelado, al que se da la oportunidad de cumplir su vocación de ser implantado y llevado a término, respetándosele su vida. En cuanto a las posibles razones de orden o interés público que aconsejen prohibir la renuncia, cierto es que con la no implantación de embriones habrá menos puntos en común entre los miembros de la pareja rota, menos materia sobre la que convenir en el proceso de divorcio y de por vida, pero ello no puede hacerse a costa de la vida ya iniciada de los embriones. Ciertamente, todos los procesos de divorcio se simplificarían de morir los hijos —ya sólo se discutiría sobre los bienes patrimoniales comunes—, pero no parece que la deseable simplificación justifique el indeseable sacrificio de vidas humanas. No hay razones válidas, pues, para entender el artículo 11.6 de la LTRA como norma de Derecho cogente, necesario, imperativo. Antes bien parece meramente dispositiva, pues la propia ley no prohíbe la renuncia al derecho a revocar, a diferencia de otros casos

en que los derechos son irrenunciables porque la propia ley así lo prescribe, como el derecho a pedir el divorcio —al que no cabe renunciar ni siquiera en caso de matrimonio canónico, artículo 85 Cc— o el derecho a revocar el testamento —art. 737 Cc: el testamento es esencialmente revocable, aunque el testador exprese su resolución de no revocarlos—.

9.3. Pactos anti revocación frente a ambos miembros

Por último, en cuanto a pactos anti revocación ¿podrían incluso blindar la vida de los embriones no solamente frente a la oposición de uno de los miembros de la pareja sino también contra el desistimiento de ambos miembros de la pareja, de modo que la clínica habría de negarse a la “destrucción” de los embriones tanto si la pide uno solo de los miembros cuanto si la pretenden ambos, dando cuenta al Ministerio Fiscal para que defienda y represente a aquéllos hasta lograr otra pareja o mujer que los “adopte”?. Estos pactos escandalizarían a los dualistas, en tanto que los propugnamos como válidos los trinitarios, pero no somos tan ingenuos de creer que la Fiscalía en España movería un dedo en el sentido indicado. O al embrión congelado lo defiende uno de sus progenitores o sencillamente morirá.

9.4. Pactos pro revocación

Suponemos que, para los dualistas —que, como hemos visto, niegan la licitud de los pactos anti revocación—, sí que caben en Derecho los pactos contrarios, los pro revocación, aquellos a la húngara —como vimos—, por los que el varón se reserva expresamente la facultad de revocar o, si ésta ya le es reconocida por la ley aplicable —como la británica o la española—, los pactos por los que los miembros de la pareja reafirman la revocabilidad de sus consentimientos, reafirmación que puede ser especialmente conveniente cuando se dé el caso de que para uno o ambos miembros de la pareja los embriones generados y congelados supongan su única opción de seguir siendo progenitores por naturaleza. Los trinitarios reprobamos los pactos pro revocación, pero no podemos negar su admisibilidad en Derecho pese a que perjudiquen a ese tercero que es cada embrión congelado, pues, como vimos, desafortunadamente, no se le reconoce a éste el derecho a la vida en nuestro ordenamiento.

X. LA EXCEPCIÓN QUE PUEDE SALVAR A LOS EMBRIONES

Sólo hay tres posibles argumentos en Derecho que pueden llevar a los Tribunales a no dejar morir a los embriones congelados pese al desistimiento de uno de los miembros de la pareja. El primero sólo lo sostenemos los trinitarios: el derecho a la vida de los embriones, argumento que, dado el dualismo

hegemónico, pesa lo que una pluma en la ponderación de los intereses en juego. El segundo sería el haber renunciado, si es el caso, el varón ex ante a su derecho a desistir, normalmente en pacto anti revocación, pero ya hemos visto cómo se discute la validez y eficacia de semejante renuncia. Y el tercero cobra extraordinaria importancia ante el rechazo generalizado de los dos anteriores: el de que los embriones sean la única posibilidad para la mujer de devenir madre biológica. La regla general ante el desistimiento del varón es la de dejar morir los embriones, pero, si se da la citada circunstancia de que esos embriones representen dicha posibilidad única de una maternidad genética, entonces, con carácter de excepción, debería poder la mujer salvar la vida de alguno o algunos de los embriones.

Lo que sucede es que la excepción, de admitirse, pasaría en la práctica a ser la regla general porque, en la mayoría de los casos que llegan a los Juzgados concurrirá dicho factor, pues raro será la mujer que se tome la molestia, el gasto y el tiempo para litigar contra su ex pareja si ella puede por sí misma devenir madre biológica sin necesidad de acudir a los embriones criopreservados fruto de su anterior relación de pareja.

Pero, como se ha dicho, esta excepción no la contemplan de *lege datae* ni la legislación británica ni la española, por lo que no deja de ser un desiderátum de *lege ferendae* propio de dualistas moderados, no radicales.

Conviene, en todo caso, ahondar en qué consiste la excepción para el dualismo. Los citados votos discrepantes del TEDH exigen que “la mujer a) no tenga otro medio de tener un hijo biológico, b) no tenga hijos y c) no tenga la intención de hacer que una madre portadora tome parte en el proceso de implantación”. Pero más bien, parece que el espíritu de tan sagrada excepción no es otro que el citado de que para la mujer, la implantación de los embriones congelados sea su única oportunidad de tener para sí un hijo biológico.

Es decir, que, en positivo, procedería, de admitirse, la excepción pro-vida aunque, como en el caso Nachmani, la mujer se sirviese de otra mujer —vientre de alquiler— para la gestación del hijo de la primera (la israelí congeló sus embriones con el consentimiento de su marido teniendo ya contratado en California con otra mujer el embarazo y llevanza a término de aquéllos), siempre que, y esto es lo realmente importante, la primera mujer —la israelí del caso— aspire a tener para sí el hijo que llegue a nacer, esto es, a devenir madre no sólo genética sino también legalmente, siempre que la legislación aplicable lo permita (no así la LTRA española, art. 10.2, en que la filiación viene determinada por el parto, es decir, queda en la gestante, y no en la mujer cuyo óvulo generó el embrión ni en la mujer, en su caso, comitente que ha encargado la FIV y la gestación por sustitución).

Y, en negativo, no procedería, de admitirse, la salvífica excepción si la mujer no albergase la intención de tener para sí los hijos nacidos de los embriones congelados, como aconteció en el caso Davis, que desestima la demanda de Marie Sue, quien en un primer momento, había pedido que se le implantaran a ella misma los siete embriones congelados, mas, con el paso de los años,

habiendo formado una nueva familia con otro varón, cambió su petición para que fueran donados a mujeres estériles y así salvaran la vida.

Tan saludable excepción conocería además otro límite atendiendo a su propio espíritu: no procedería en el caso de que tuviese ya la mujer que la alegue algún hijo —es decir, algún hijo distinto de los propios embriones congelados cuya implantación pide—. Ahora bien, sólo no procedería si tuviese algún otro hijo —ya nacido— genéticamente suyo. Y procedería, en cambio, si el que tiene es otro hijo —nacido— procedente de cualquier otra fuente de la filiación diferente de la genética, p. ej., por adopción: en tal caso, parece que sí que se le concedería a la mujer el derecho a satisfacer su deseo de ser madre biológica. ¿Y si ha sido madre biológica ya en el pasado pero todos sus hijos genéticos han fallecido?. Parece que en tal caso, también procedería la excepción redentora.

En todo caso, el supuesto recuerda al de la revocación de donaciones por supervenencia o supervivencia de hijos, que sólo le cabe al donante en el caso de que, al donar, careciere de hijos (art. 644 Código Civil español). Imaginemos que la mujer del caso hubo donado su casa a una sobrina mientras no tenía hijos: podrá tanto imponerse a su ex pareja para lograr la implantación de los embriones —si se estima la excepción como válida en la legislación aplicable—, como imponer a la sobrina la revocación de la donación —si los embriones llegan a darle un hijo y es aplicable la ley civil común española—.

10.1. ¿Es bidireccional la excepción?

Interesa preguntarnos: ¿puede alegarla con éxito no sólo la mujer sino también el hombre? Pensemos en un varón que padece cáncer de testículos, aporta su espermatozoides con que se fecunda *in vitro* los óvulos de su compañera, obtiene embriones que son congelados, es intervenido quirúrgicamente quedando estéril, se separa de su compañera y, no teniendo hijo —ya nacido— genéticamente suyo, pretende que los embriones sean descongelados y se desarrollen como hijos suyos —de tal padre—. Si la compañera o ex compañera se opone, la Corte Suprema de Tennessee en el citado caso Davis sostuvo que la mujer —como el hombre en el caso inverso— no podría impedir que fueran implantados.

Ahora bien, parece evidente que no puede forzársele a aquella mujer “*manu militari*” a que tales embriones le sean implantados precisamente en su útero. De hacerse, siempre podría ella abortar, terminar con el embarazo, lícitamente si acaso la ley aplicable en el lugar donde se practicase el aborto lo permitiese. El juez Wall, de la High Court inglesa del caso Evans, señaló que “nadie concebiría que la mujer no pudiese retirar su consentimiento y negarse a que los embriones se implantasen en su útero”.

Obviamente, la Corte de Tennessee parece que se refería a que el hombre sobrevenidamente estéril y sin otro hijo genéticamente suyo podría, pese a la oposición de su ex mujer, lograr la implantación de los embriones en el útero de otra mujer, ya fuese una gestación por sustitución contratada —allí donde

la legislación la permita—, ya en una nueva pareja. La oposición de la ex mujer no impediría, pues, la implantación, pero sí podría —si así lo permitiese o dispusiese la legislación aplicable, por ejemplo, si fuese la española, donde, como se ha visto, la filiación materna viene determinada por el parto— conseguir como efecto el desligarse la opositora de la maternidad del hijo, que correspondería a otra mujer —a la gestante o, en su caso, la comitente—.

XI. LA SUPUESTA INMUNIDAD JURÍDICO-FAMILIAR

Precisamente, dicha inmunidad jurídico-familiar, es decir, la no determinación de la filiación para el progenitor que se opone a la implantación, se plantea en la doctrina, al menos como hipótesis, para el caso inverso, el del hombre que desiste de la implantación frente a su ex mujer que la exige acogiendo a la antedicha excepción —es la única oportunidad para la mujer de tener para sí un hijo genéticamente suyo—. Mejor dicho, la plantean como posibilidad teórica aquellos civilistas —caso de Mónica Navarro Michel, en la obra citada— que defienden la vigencia de dicha excepción en todo caso, sea cual sea la legislación aplicable, incluidas la británica —caso Evans— y la española. Según este planteamiento, la mujer se sale con la suya —con su llamado “derecho a procrear”—, pero al hombre no se le frustra del todo: no se le atiende su “derecho a no procrear”, mas, al menos, no devendrá legalmente padre de la criatura —genéticamente, eso sí, suya—. Se trataría de una suerte de premio de consolación para el frustrado varón: el hijo no tendrá para él un coste jurídico ni económico —apellidos, alimentos, legítima, intestada, etc.—, todo lo más pechará con la carga moral y psicológica-emocional de saber que pulula por este mundo un hijo genéticamente suyo.

Con todo, para la autora citada no pasa de una mera hipótesis de trabajo, una posibilidad de revisar el concepto de paternidad, basando ésta más en la intención que en la genética. Ella misma sólo la cree admisible para el caso de FIV heteróloga —con gametos ajenos—, no así para el caso en que los gametos empleados fueran propios del matrimonio o pareja —homóloga— que se rompe con desistimiento del varón. Ciertamente esta distinción resulta muy fértil como vimos al tratar sobre el significado del consentimiento de la pareja y su revocación bajo la ley española. Compartimos plenamente el criterio de esta autora: la de que debería poder valer la no determinación de la filiación para el revocante sólo en caso de no ser éste padre o madre biológicos.

Ciertamente, en el ámbito español, la LTRA, al permitir la donación de gametos y la no determinación de la filiación para el donante (art. 8.3) ha abierto una vía tentadora para extender dicha inmunidad jurídico-familiar a otros supuestos y, muy en particular, al del varón que desiste de que se implanten los embriones congelados especialmente tras la ruptura de la pareja con la que consintió la FIV y la congelación. Especialmente atractiva puede resultarles a los trinitarios que, entendiendo que los embriones son personas desde el momento mismo de la fecundación, y por salvar “como sea” la vida humana

de los embriones congelados, serían capaces de transigir renunciando a que el varón —y hasta la mujer— que desiste sea tenido por la ley como padre —o madre—; y ello no sólo en el caso de la tantas veces citada excepción, es decir, no únicamente en el supuesto de que para el hombre o la mujer fuese el único modo de ser padre o madre biológicos, sino en cualquier otro supuesto: también si, no dándose la circunstancia excepcional, el hombre o la mujer o ambos revocasen su consentimiento. Todo con tal de que los progenitores perdonen la vida de sus embriones.

Y no solamente les puede ser apetecible para el caso de los embriones extrauterinos —los congelados— sino también para el de los embriones o fetos intrauterinos cuya madre pretenda abortar. ¿Transigimos con que no devenga madre ella sino alguna otra mujer o persona que lo adopte durante el embarazo con tal de que la primera no lleve a cabo su pretensión?

Más, por tentador que resulte, estamos ante cantos de sirenas que nos pueden llevar directos a las rocas. Si el hombre puede zafarse de la paternidad notificando a su ex el desistimiento a la implantación, bien podría reclamar idéntico expediente el hombre que requiere a su pareja para que aborte terminando con el embarazo ya iniciado: si no abortas, yo al menos no devengo padre. Allá tú. Y si cupiera legalmente el infanticidio, ¿el hombre podría requerir perpetrarlo bajo apercibimiento de que, de no hacerlo la madre, él desiste de ser padre?

Fernando Pantaléon —Catedrático de Derecho Civil, en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 15, de 1993, “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”— cree inconstitucional (art. 39 CE), incluso para el donante de semen, la citada inmunidad jurídico-familiar.

Importa no confundir la inmunidad jurídico-familiar —que rechazamos y que es propia de la fecundación homóloga—, con la revocación del consentimiento por el no progenitor —que propugnamos debe admitirse *lege ferendae* y es privativa de la fecundación heteróloga—. En la primera, un miembro de la pareja que sí es progenitor desiste y pretende que, si ha de tener lugar la implantación —porque así lo quiere el otro progenitor—, el nacido no sea legalmente hijo suyo. En la segunda, un miembro de la pareja que no es progenitor retira su consentimiento y, por más que intente evitar la implantación, tan sólo logra dejar de ser padre legalmente. Esta segunda no atenta contra el derecho del hijo a tener como padre legal a quien es su progenitor —su padre genético—, se acerca antes a la revocación de la adopción que a desentenderse de la progeñie ya engendrada y supone un mal menor si con la misma se evita que prospere la petición del no progenitor de que se deje morir a los embriones congelados.

XII. MEJOR LA CONGELACIÓN DE ÓVULOS

Como *excursus* diremos que si lo que en el caso Evans se hubiese congelado hubieran sido no embriones sino los óvulos de Natalie, no habría sido preciso el consentimiento de su esposo para la congelación, ni, consecuentemente,

habría podido el ex esposo evitar, previa la descongelación, la fecundación in vitro —con semen de un tercero o de donante— con transferencia de los embriones al útero de aquélla. El caso habría sido enteramente otro desde el punto de vista de la bioética —menos objeciones— y del bioderecho —inexistencia de conflicto entre los ex miembros de la pareja y entre uno de éstos y el embrión—. Pero a Natalie, desgraciadamente, le disuadieron de la congelación de sus óvulos tanto la clínica —que le dijo que no practicaban la crioconservación de óvulos y que esta “técnica” tiene menor probabilidad de éxito— como el marido —que le aseguró que la relación entre ambos no se rompería y que la implantación de los embriones tendría lugar—.

XIII. CONCLUSIÓN

Algo falla en la mentalidad actual cuando las sentencias del caso Evans representan la antítesis del juicio de Salomón, cuya sabiduría y el sentido de la justicia se ha ponderado a lo largo de miles de años. Su conocido caso se lee en el Libro de los Reyes de la Biblia: dos mujeres han tenido sendos hijos, uno de los cuales ha muerto; ambas dicen ser madres del vivo. El rey y juez las tienta ordenando partir el vivo en dos para repartir los trozos entre ambas. A la falsa madre le parece bien para que ni una ni otra mujer se lo queden. Pero a la verdadera se le conmueven las entrañas y, antes que matarlo, prefiere que se le dé el hijo a la otra mujer. Salomón descubre a la verdadera madre y ordena que le sea entregado el hijo. Hoy se le da “razón”, si es que cabe hablar aquí de razón, de razonabilidad, al progenitor —en el caso Evans, al hombre— que pide sean “destruidos” todos los embriones. Con decir que éstos no son seres humanos la conciencia queda tranquila y podemos seguir pavoneándonos —con total ingenuidad y ningún fundamento— de que nunca en la historia de la humanidad se ha respetado como en nuestros días la vida humana y, en particular, a la infancia.