

APUNTES SOBRE EL CASO EVANS VS REINO UNIDO. ACERCA DE LOS CASOS HÉRCULES.

José Francisco Castellanos Madrazo.

SUMARIO. I. Planteamiento general del caso. II. Sentencia de la Sección Cuarta y de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos. III. Los casos difíciles. IV. La Ponderación de derechos. V. Aplicación del método ponderativo en el caso Evans contra Reino Unido.

I. Planteamiento general del caso.

En 1995 Natallie Evans, tras el largo intento de tener un hijo con su primer marido, acudió a la clínica privada de Bath en Reino Unido (*Bath Assisted Conception Clinic*), donde empezó un tratamiento inductor de la ovulación. Dicho tratamiento fue interrumpido por consecuencia a la separación con su esposo.

En el año 2000 Natallie Evans y su nueva pareja, Howard Johnston, decidieron tener un hijo, por lo que ella regresó al tratamiento antes señalado. En 10 de octubre del mismo año, durante una visita a la clínica, los doctores le diagnosticaron cáncer en ambos ovarios, los cuales tenían que ser removidos.

Entonces, los médicos explicaron a Evans y a su pareja que sería posible extraer algunos óvulos para el tratamiento de fertilización *in vitro* con esperma del hombre.

Una enfermera advirtió que deberían firmar un contrato de consentimiento para el tratamiento antes mencionado, de conformidad con las

disposiciones de la *Human Fertilisation and Embryology Act* (Ley de 1990), y que sería posible retirar el consentimiento al tratamiento, por alguna de las partes, siempre y cuando fuera anterior a la implantación de los embriones en el útero. Bajo esas circunstancias, Natallie Evans preguntó a la enfermera si era posible sólo congelar sus óvulos sin fertilizar, pero se le informó que ese procedimiento tiene menos probabilidades de éxito y que no se practicaba en la clínica; en ese momento, Howard Johnson tranquilizó a Natallie y prometió que jamás se iban a separar, además de que estaba seguro de tener un hijo con ella.

Ante la efectividad del tratamiento y la promesa de Howard Johnston de que su relación duraría por siempre, ambos otorgaron el consentimiento necesario, mediante la firma de los formularios requeridos por la Ley de 1990.

El 12 de noviembre de 2001, seis embriones fueron creados, y la demandante se sometió a la operación para extirpar sus ovarios. En ese momento se le dijo que tenía que esperar dos años para proceder a implantar dichos embriones en su útero.

En mayo de 2002 la pareja termina su relación. El futuro de los embriones fue discutido entre las partes y, el 4 de julio de 2002, Howard Johnston comunicó su separación a la clínica, declarando que los embriones debían ser destruidos a consecuencia de la revocación en su consentimiento.

La clínica notificó a Natallie Evans que estaba bajo una obligación legal de destruir el material genético de conformidad con el párrafo 8, punto 2, de la lista 3, de la Ley de 1990¹.

¹ (2) Un embrión, cuya creación fue provocada in vitro no se mantendrá en depósito a menos que exista un consentimiento efectivo de cada una de las partes.

En consecuencia, Natallie Evans presentó una demanda ante la *High Court* (Tribunal Superior), en busca de un requerimiento a su ex pareja para restaurar su consentimiento en el uso y almacenamiento de los embriones. El 1 de octubre de 2003, dicho Tribunal desestimó las pretensiones de la demandante, pues se llegaba a la conclusión de que el tratamiento fue consentido de manera conjunta

Por lo anterior, Natallie Evans presentó recurso de cazación ante la *Court Appel* (Tribunal de apelación), el cual fue desestimado en la sentencia dictada el 25 de junio de 2004. El tribunal consideró que la política de la Ley de 1990 era clara, y lo que se buscaba era asegurar el consentimiento de ambas partes desde el inicio del tratamiento hasta la implantación del embrión.

Conforme al artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales², Natallie Evans demandó las sentencias locales ante la Corte Europea de Derechos Humanos, según las cuales vulneran los numerales 2, 8 y 14 de dicho Convenio.

II. Sentencias de la Sección Cuarta y de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos.

De acuerdo con el numeral 27, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³, toco conocer del caso *Evans contra Reino Unido*, a una de las Salas de la

² El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

³ Para el examen de los asuntos que se le sometan, el Tribunal actuará en comités formados por tres jueces o en Salas de siete jueces o en una Gran Sala de diecisiete jueces. Las Salas del Tribunal constituirán los comités por un período determinado.

Corte Europea (*Fourth Section*), compuesta por siete jueces. El 7 de marzo de 2006, dicha Sala declaró la admisibilidad del recurso, determinando que no ha habido violación a los artículos 2, 8 y 14 del citado Convenio⁴, referentes al derecho a la vida, respeto a la vida privada y familiar, y la prohibición de discriminación, respectivamente.

Así, el 5 de junio de 2006, la demandante solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala (*Grand Chamber*), de conformidad con el artículo 43 de la citada Convención⁵. El 3 de julio del mismo año, un Panel de la Gran Sala accedió a la solicitud y, en la misma fecha, su Presidente ordenó se tomaran las medidas necesarias para garantizar que el material genético fuera conservado hasta que se emitiera una sentencia.

La Sección Cuarta y la Gran Sala emitieron sus respectivas sentencias, en base a lo siguiente:

a) Derecho a la vida.

En su escrito de demanda, Natallie Evans se quejó de que las disposiciones del Derecho Inglés, las cuales permiten que los embriones sean destruidos si alguna de las partes revoca su consentimiento al tratamiento, violan lo establecido por el artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,

El contenido de dicho artículo es el siguiente:

⁴ Cinco votos a favor y dos en contra.

⁵ En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala.

“1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”.

Tomando en cuenta el derecho interno del Estado demandado⁶ y considerando que no existe consenso europeo para determinar una definición científica y legal sobre el inicio de la vida, la Sección Cuarta de la Corte Europea de Derechos Humanos concluyó que se debería estar bajo la apreciación de lo que las leyes del Estado demandado determinan, así, están proclaman que el embrión no tiene independencia ni intereses propios, por lo que no se vulnera el citado artículo 2.

Conforme a lo resuelto por la Sección Cuarta, la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que, bajo la ley inglesa los embriones creados por la demandante y su ex pareja, no tienen derecho a la vida en el sentido del artículo 2, y, por tanto, no hay vulneración a dicha disposición.

b) Derecho al respeto de la vida privada y familiar.

La demandante alegó que las disposiciones del anexo 3 de la Ley de 1990, que permiten retirar el consentimiento de ambas partes, viola su derecho al respeto de la vida privada y familiar conforme a lo establecido por el artículo 8 del Convenio. La solicitante acepta que debe haber una reglamentación para determinar el uso de la medicina reproductiva, pero afirma que no es proporcionada para las mujeres en situaciones como las de ella.

⁶ Artículo 52 del Convenio Europeo. A requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, toda Alta Parte Contratante suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones de este Convenio.

La demandante reiteró que el impacto de las normas de consentimiento en la Ley de 1990, era tal que no habría manera para una mujer, como en su caso, de tener un hijo biológico, ya que se podría estar al capricho del donante, sea conocido o anónimo, de retirar el consentimiento para el uso de embriones creados con su esperma.

El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Fundamentales, señala lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

En su sentencia, la Sección Cuarta sostuvo que el artículo 8 era aplicable, puesto que la noción de “vida privada” implicaba el respeto al derecho de decidir tanto ser o no convertirse en padres. Así, la pregunta que surgió en torno al artículo 8, era que si existía una obligación positiva del Estado para garantizar que una mujer que ha iniciado el tratamiento para la fertilización *in vitro*, se le permita proceder a la implantación del embrión a pesar del retiro de la autorización de su ex pareja.

Tomando en cuenta que no había consenso internacional o europeo con respecto a la reglamentación del tratamiento de la fertilización *in vitro*, la

Sección Cuarta llegó a la conclusión de que el margen de apreciación se encontraba en la Ley de 1990, y que ésta, establecía una política consistente en asegurar el continuo consentimiento de las partes sometidas al tratamiento, hasta antes de implantar los embriones.

Por otro lado, la Gran Sala determinó que, aunque el objeto del artículo 8 del Convenio es esencialmente el de protección del individuo a la arbitrariedad de los poderes públicos, no se limita al Estado a abstenerse en tales injerencias, pues en el caso, se está hablando de una obligación positiva por parte de éste a garantizar el efectivo respeto a la vida privada, incluso en la esfera de las relaciones de los individuos entre sí.

Así, la Gran Sala acepta las conclusiones de los tribunales nacionales, en el sentido de que la demandante accedió a la creación conjunta de los embriones, por lo que los derechos de Natallie Evans no deben de prevalecer sobre los que tiene Howard Johnson, su ex pareja.

La Gran Sala, de acuerdo con la resolución de la Sección Cuarta, señaló que, el uso del tratamiento de la fertilización *in vitro* da lugar a temas sensibles morales y éticos, y puesto que no existen cuestiones claras y comunes entre los Estados miembros, se considera que el margen de apreciación es el que preste el Reino Unido. El margen anterior, reiteran, consiste en su decisión de promulgar o no las leyes que rigen el tratamiento de la fertilización *in vitro* y, haciéndolo, estar a lo estipulado en éstas;

En el caso, se señaló, la demandante y su ex pareja firmaron las formas requeridas por la Ley de 1990 y, aunque el carácter de urgente por la condición médica de la solicitante la obligaba a tomar una decisión rápida, consintió que los embriones fueran fertilizados con el esperma de Howard Johnson, a

sabiendas que en cualquier momento éste podía retirar su consentimiento a la implantación. Si bien, la demandante critica la normatividad nacional sobre el consentimiento, pero la Corte Europea no encuentra el carácter absoluto de la ley, puesto que su objetivo es el de garantizar un justo equilibrio entre las partes en el tratamiento de fertilización *in vitro*; además que, el carácter absoluto de la norma sirvió para promover la seguridad jurídica y evitar problemas de arbitrariedad. En opinión del Tribunal, esos intereses generales perseguidos por la normatividad son legítimos y conformes al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Conforme a lo anterior, la Gran Sala concluyó que el derecho al respeto de la vida privada y familiar abarca, entre otras cosas, la identidad social del individuo, la autonomía personal y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos, así como el derecho a decidir ser madre o padre; por lo que la *Human Fertilisation and Embryology* (Ley de 1990), al hacer hincapié en que los donantes del material genético tienen derecho a modificar o reiterar su consentimiento en cualquier momento antes de que los embriones sean utilizados, respeta el derecho antes dicho y, no se acepta que el donante masculino sea necesariamente menos digno de protección que el de una mujer.

c) Prohibición de discriminación.

La demandante se queja de discriminación bajo el razonamiento de que una mujer que fue capaz de concebir naturalmente no está sujeta a ningún tipo de control sobre el destino de los embriones, mientras que una mujer como ella, que sólo podía concebir por medio de la fertilización *in vitro*, en virtud de la Ley de 1990, estaba sujeta a la voluntad del donante del espermatozoide.

El artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establece:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

La Sección Cuarta expuso que no existía discriminación entre las mujeres que conciben de forma normal a las que dependen de la fertilización *in vitro*, pues conforme a lo resuelto por la *Court Appel* (Tribunal local de apelación), la transferencia del embrión creado *in vitro* a la mujer, es el equivalente de la fertilización del ovario después de la relación sexual. Así también, declaró que cada Estado contratante dispone de un margen de apreciación para evaluar en que medida existirá un trato diferenciado en situaciones similares, siempre y cuando se persiga un fin u objetivo legítimo, es decir, una justificación lógica y razonable.

En ese sentido, determinó que la motivación para considerar que no hubo violación del artículo 8, también ofrecía una justificación razonable y objetiva con arreglo al artículo 14 del multicitado Convenio.

En sus observaciones a la Gran Sala, la demandante alegó que sus quejas relacionadas con los artículos 8 y 14, estaban inextricablemente vinculadas, razón por la cual el Tribunal consideró que la disposición impugnada del derecho interno era proporcional en virtud de los argumentos expresados en el punto anterior. Se estimó que su falta de pronunciamiento también es debido a que la demandante podría quejarse de una diferencia de

trato en comparación con otra mujer en una posición análoga, porque la motivación de la búsqueda en que no hubo violación al artículo 8, también ofrece justificación razonable y objetivo con arreglo al artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

III. Los casos difíciles.

Antes de emitir alguna opinión de la sentencia en cuestión, me quiero referir a los casos difíciles o Hércules expuestos por uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona, Ronald Dworkin, autor que pretende construir una teoría general del derecho donde también sea utilizado el razonamiento moral y filosófico, basado en los derechos individuales.

Para Dworkin existe un caso difícil si no existe certeza a causa de la variedad de normas que determinan sentencias distintas, porque las normas sean contradictorias o, porque no hay alguna norma que sea exactamente aplicable al caso; con lo cual se hace evidente la utilidad de los principios para dar una respuesta justa al problema planteado. Los principios son dinámicos y cambian con el paso del tiempo, y el querer mantener alguno para todos los casos está destinado al fracaso; así, la aplicación de éstos no es automática sino exige que el razonamiento judicial haga un ejercicio de balance decidiendo cuál es el que tiene más peso.

La tesis de los derechos prevé que los jueces decidan los casos difíciles confirmando o negando derechos concretos, es decir, institucionales, interpretando algunas de las normas para hacerlas valer en determinadas circunstancias, no para ampliar su convicción sino para imponerla; así, una vez establecida una institución autónoma, puede plantearse un caso difícil.

Si un caso difícil se refiere a la decisión de derechos referidos a la partes, el razonamiento judicial, moral y filosófico para emitir un juicio debe justificar que se reconozca o se niegue un derecho, es decir, aportar una teoría general que explique el por qué las normas crean o anulan de alguna manera prerrogativas, demostrando que decisión exige esa teoría general en el caso difícil. Todo esto supone que las partes no dan un consentimiento simplemente a un conjunto de normas, sino a una iniciativa de la que puede decirse que tiene carácter propio.

En los casos difíciles se verán inmersos tanto los derechos legales (legislación) como el derecho consuetudinario (precedentes), pero no ubicados en forma rígida, sino dando pie a la razón moral y filosófica. En la legislación se debe hacer referencia a la intención o propósito de una determinada ley, tomando en cuenta a la Ley Suprema, ya que de ésta surgen o deben surgir todas las leyes generales; y en los precedentes a los principios que están incorporados en las normas jurídicas positivas, todo esto junto con el problema de filosofía política, reconociendo a alguna de las partes el derecho a una decisión que le sea favorable.

En este orden de ideas, las decisiones en el derecho consuetudinario no serán aplicadas de forma estricta, es decir, como una nueva norma legal con fuerza gravitacional, sino que el juzgador debe preguntarse si su contenido es verdaderamente sólido para el caso concreto o decidir si la norma que esas palabras componen abarca o no un caso diferente o nuevo, toda vez que, tanto el precedente como los principios, han de justificar la resolución. Así, la originalidad del juez se ejercitará en la medida en que así lo exija alguna regla.

Ahora bien, el juzgador debe hacer la distinción de estratos de autoridad, en los cuales se puede suponer que se toman decisiones que controlan otras

decisiones tomadas en los niveles inferiores, es decir, el juez debe disponer la justificación de principio de manera tal que sea coherente con los principios de los que se espera la justificación de los niveles superiores, así también deberá ser congruente con las decisiones adoptadas en ese mismo nivel.

Si el juzgador se encuentra con la problemática de que el precedente o la ley es tan débil que no puede justificar las diversas decisiones en las que se apoya, puede ampliar su teoría, haciendo ver los errores institucionales y demostrando tanto las consecuencias para ulteriores argumentos como el número y el carácter de los eventos de los que se puede prescindir de esa manera. Esta ampliación no puede hacerse de modo exagerado, ya que no es libre de considerar inadecuada cualquier regla del pasado, pues la exigencia de coherencia es la que primara en los casos difíciles.

De todo lo anterior, se sigue que el juez actuará como cualquier miembro reflexivo de la comunidad dispuesto a discutir qué es lo que exige los casos en particular conforme a la equidad, la igualdad y la libertad, sabiendo que es la cuestión de los derechos institucionales de las partes lo que debe decidir y, si ésta es errónea, privará a las partes de algo que tienen derecho a tener; por ende, ha de decidir con humildad los casos difíciles⁷.

IV. La Ponderación de derechos.

Cuando nos encontramos ante la colisión entre derechos de la misma jerarquía, se requiere un tratamiento especial que implica la utilización de un criterio metodológico denominado *ponderación*⁸. Éste es una actividad

⁷ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, España, Editorial Ariel, 2002, pag. 146 a la 208.

⁸ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción a la lógica jurídica, 8ª. ed., México, Editorial Colofón, 2001, pag. 27.

mediante la cual se sopesan dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto cuál de ellos envuelve la solución del caso, es decir, mediante este método se determina la forma en que se habrían de aplicar los principios jurídicos iusfundamentales”⁹.

En estos casos, no hay relaciones de especialidad entre dichos principios, ya que ambos están expresados en un mismo documento normativo¹⁰. Así, mediante la ponderación se establece una jerarquía axiológica, la cual consiste en una relación valorativa establecida por el intérprete o juzgador a través de un juicio de valor, y como resultado de la valoración, el principio considerado superior en dicha jerarquía valorativa, desplaza al otro y resulta aplicable¹¹. Esa jerarquía valorativa no es establecida en abstracto para todos los casos, sino que su aplicación necesariamente debe ser al caso concreto, estableciendo con ello una jerarquía móvil, determinando qué principio prevalecerá¹², es decir, se procede a establecer alguna preferencia aplicativa entre ambos.

Por tanto, cuando nos encontramos ante la incompatibilidad de subsistencia de dos disposiciones del mismo nivel, no debe asumirse que una de ellas es de carácter absoluto y, en consecuencia, debe prevalecer en todo asunto y bajo cualquier circunstancia, sino que por el contrario, su examen armónico conduce a estimar que alguna de ellas debe ceder ante la otra, aunque sólo sea para el caso concreto¹³. El desplazamiento antes señalado debe guardar coherencia y razonabilidad.

⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los Derechos, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2008, pag. 97.

¹⁰ MORESO, José Juan, et. al. Neoconstitucionalismo, España, Editorial Trota, pag. 102.

¹¹ *Ibidem*, pag. 103.

¹² PRIETO SANCHIS, Luis et. al., Neoconstitucionalismo, España, Editorial Trota, pag. 143.

¹³ MORESO, José Juan, *op. cit.*, pag. 104.

V. Aplicación del método ponderativo en el caso Evans contra Reino Unido.

Como se ha dicho, en el caso *Evans vs United Kingdom*, la demandante se quejó del impacto de las normas sobre el consentimiento en la Ley de 1990 (*Human and Embryology Act*), pues la revocación de dicho consentimiento realizado por su ex pareja, Howard Johnson, al tratamiento de la fertilización *in vitro* con su espermatozoides, era tal que no habría manera que ella fuera madre biológica en ningún futuro, a causa de la extirpación de ambos ovarios. La demandante argumentó que uno de los principales propósitos de la medicina reproductiva era proporcionar una solución para aquellas personas que de algún modo son estériles. Ese propósito fue frustrado ya que no ha habido excepciones en la ley en circunstancias especiales.

Ahora bien, la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos planteó que el artículo 8 de la Convención era aplicable al caso, ya que existía una intervención positiva por parte del Estado en la vida privada de la demandante, pero dicha intervención tenía un fin legítimo, el cual fue plasmado en la ley de 1990, consistente en la defensa de los intereses públicos y particulares, de la primacía del consentimiento, y la promoción de claridad y seguridad jurídica de las partes que se someten al tratamiento de la fertilización *in vitro*. Así, concluyó que la demandante estaba consciente de la reglamentación a la que se estaba sometiendo, en la cual la revocación del consentimiento, de ambas partes, podía ser retirado, siempre y cuando se hiciera antes de la implantación del embrión¹⁴.

¹⁴ Grand Chamber Judgment of 10 April 2007. *Evans v. the United Kingdom*.

La Gran Sala basó su determinación final en que no existía ningún consenso europeo o internacional sobre el tema y, por tanto, la normatividad del Estado demandado era aplicable ampliamente.

Desde mi punto de vista, en la resolución al caso Evans contra Reino Unido, tuvo que ser aplicado el método ponderativo, toda vez que la trascendencia y características del caso, exigían una visión más allá del derecho escrito. Debemos preguntarnos ¿la interferencia a la vida privada prescrita en la Ley de 1990, fue necesaria y proporcionada en las circunstancias especiales del caso?.

Considero que la aplicación de la Ley de 1990, en circunstancias como las de la demandante, resulta desproporcionada, pues las consecuencias que le causan son de carácter absoluto e irreversible. Aunque la Gran Sala argumenta que se buscó un equilibrio entre las partes sometidos al tratamiento de la fertilización *in vitro*, tal balance no puede existir pues los efectos de la sentencia no tienen los mismos alcances en cada una de las partes.

Así, ¿Cuáles son los efectos o consecuencias que casusa la sentencia de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos? Como ésta fallo a favor del Reino Unido, todos sus efectos recaen en Natallie Evans, los cuales se traducen en que, a lo largo de toda su vida, nunca podrá concebir un hijo biológico o genéticamente relacionado, es decir, se le veta totalmente su derecho a ser madre biológica. Ahora bien, ¿Cuáles serían las consecuencias para Howard Johnson si la Corte hubiera fallado a favor de la demandante? Lo único que puedo apreciar son consecuencias de carácter económico y filiales; éstas se pueden traducir en que, tal vez, se hubiera visto obligado a dar un apellido a su hijo y hacer frente a las obligaciones alimentarias. Por tanto ¿Existe un juicio de valor que determina el derecho que tiene más peso?

Desde mi perspectiva no, pues la decisión de defensa al derecho de Johnson a no convertirse en padre, elimina de forma absoluta el derecho de la demandante a ser madre genética. Por su parte, Howard Johnson, cuando así lo decida, podrá ser padre en un futuro, mientras que Natallie Evans jamás podrá estar en esa postura.

Bajo esas circunstancias ¿Qué vale o pesa más?, ¿Un derecho económico o el derecho a ser madre biológica?. Considero que, en este caso, tiene más peso el segundo, ya que era la única oportunidad que tenía la demandante a realizarse como madre. Además, estamos ante un acto futuro incierto, pues las obligaciones alimentarias dependen de ser supeditadas a que el deudor alimentario los haga valer. Si bien es cierto, éstas son irrenunciables, pero la madre o el niño, tal vez, en ningún momento las hubieran reclamado.

Ahora bien, enfocándome al consentimiento, la ex pareja de Natallie Evans le aseguró que quería tener un hijo con ella; sin dicha garantía, la demandante podría haber buscado otras maneras de tener un hijo propio; es más, cuando los médicos explicaron a la pareja en qué consistía la fertilización *in vitro* con espermatozoides de hombre, ella preguntó sobre el método de congelación de ovarios, pero Howard Johnson aseguró que su relación duraría por siempre y que estaba seguro de ser padre junto con la demandante. Así, Johnson conocía muy bien el hecho de que al extirpar los ovarios de Natallie, sería su única oportunidad de ser madre. Cabe señalar que no se descarta la posibilidad de adoptar un niño o adquirir un embrión donado, pero naturalmente, no es lo mismo, además de que la demandante actuó de buena fe, confiando en la palabra del hombre.

Por otra parte, aclaro que estoy de acuerdo con la Gran Sala en que la ley de 1990 no es contraria, por sí misma, al artículo 8 de la Convención; sin

embargo, dada la importancia del asunto y viendo más allá del consentimiento en un sentido contractual, considero que, tanto las instancias nacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos, no debieron tomar una decisión de forma mecánica o con una base simplista, ciertamente los Estados tienen un amplio margen de apreciación a la hora de promulgar sus leyes, sin embargo, esto no puede impedir que un Tribunal Europeo ejerza su control respecto de los casos difíciles planteados ante él.

Todo lo anterior evidencia que la legislación no ha llegado a un equilibrio justo en las circunstancias de naturaleza extrema del caso. El efecto de la legislación es tal que, por una parte, se otorga a la mujer el derecho de tener un hijo genéticamente relacionado, pero por otra, priva a la mujer de nunca más estar en esa posición, lo que causa, en mi opinión, una carga desproporcionada a la mujer, tanto moral como física, que no es compatible con los objetivos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de proteger la dignidad humana y la autonomía.

Ahora bien, tal como lo especificó la minoría de la Gran Sala, están reconocidos por Instituciones Internacionales los derechos de las mujeres desde la perspectiva de sus necesidades e intereses, habida cuenta de que existen características distintivas en comparación con los hombres, tales como: los factores biológicos, la función reproductiva, etc., incluso se hace la diferenciación en cuanto al tema de la fecundación artificial entre ambos sexos, pues el nacimiento de un hijo implica situaciones que requieren un tratamiento diferente hacia la mujer¹⁵. Por tanto, el caso debió ser estudiado bajo criterios y razonamientos que no sólo tomaran en cuenta la letra de la ley, pues coartar el

¹⁵ Ibidem.

derecho a ser madre biológica no sólo implica cargas físicas, sino también psico- emocionales.

Bajo las circunstancias particulares del caso, considero, que los intereses de Natallie Evans tienen mayor peso que los intereses de su ex pareja y, el Reino Unido, al tener eso en cuenta, constituye una violación al artículo 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, España, Editorial Ariel, 2002.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción a la lógica jurídica, México, 8va. Edición, Editorial Colofón, 2001.

BARBONELL, Miguel, et al., Neoconstitucionalismo, España, Editorial Trtotta, UNAM, 2003.

CONCALVEZ FIGUEIREDO, Hernán R., NOHLEN, Dieter. et al. “El ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales y las prerrogativas políticas en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, Justicia Electoral, México, volumen I, número 4, tercera época, 2009.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Fourth Section Judgment of 7 March 2006. *Evans v. the United Kingdom*. The European Court of Human Rights, Strasbourg.

Grand Chamber Judgment of 10 April 2007. *Evans v. the United Kingdom*. The European Court of Human Rights, Strasbourg. 10 april 2007.

Human Fertilisation and Embryology Act de 1990.

FARNÓS AMORÓS, Esther. “¿De quien son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida”, Comentario a la STEDH, Barcelona, sección cuarta, enero 2007.

FARNÓS AMORÓS, Esther. “La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja”, Nota breve a la STEDH, Barcelona, abril 2007.