



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

DOSIER MONOGRÁFICO

El derecho a disponer del embrión in vitro en la jurisprudencia del TEDH

El dret a disposar de l'embrió in vitro a la jurisprudència del TEDH

The right to dispose of the in vitro embryo in the case-law of the ECtHR

Alonso Pino Ávila*

* Alonso Pino Ávila. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Departamento de Ciencia Política, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho. Doctor en derecho por la Universitat de Barcelona. Email: alonsopino@ub.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1911-5740>



Resumen

El estudio de la jurisprudencia del TEDH muestra que existe un derecho a la autonomía reproductiva del que podemos deducir una serie de derechos: a generar embriones in vitro, a recurrir al diagnóstico genético preimplantacional para seleccionar hijos sin una enfermedad hereditaria, a revocar el consentimiento para la implantación de embriones y a destinarlos a la investigación científica.

Palabras clave: reproducción asistida; autonomía reproductiva; embriones in vitro; consentimiento informado; Tribunal de Estrasburgo.

Resum

L' estudi de la jurisprudència del TEDH mostra que existeix un dret a l'autonomia reproductiva del qual podem deduir el drets següents: a generar embrions in vitro, a recórrer al diagnòstic genètic preimplantacional per seleccionar fills sense una malaltia hereditària, a revocar el consentiment per a la implantació d'embrions i a destinar-los a la investigació científica.

Paraules clau: reproducció assistida; autonomia reproductiva; embrions in vitro; consentiment informat; Tribunal d'Estrasburg.

Abstract

A study of the case-law of the ECtHR shows that there is a right to reproductive autonomy from which we can deduce a series of rights: to generate embryos in vitro, to resort to preimplantation genetic diagnosis to select children without a hereditary disease, to revoke consent for the implantation of embryos and to use them for scientific research.

Keywords: assisted reproduction; reproductive autonomy; in vitro embryos; informed consent; Strasbourg Court.

1. El embrión como bien no patrimonial

Tanto el derecho a generar embriones *in vitro* como a disponer de ellos para diferentes fines, entre los que se encuentran la procreación y la investigación, han sido planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que se ha declarado competente y entrado a conocer del fondo del asunto, dando origen a una doctrina jurisprudencial sobre esta materia, incompleta, pues está en sus inicios, pero que puede ayudarnos a comprender algunos de los problemas que plantea la generación de embriones *in vitro* y el derecho de los progenitores a disponer de ellos.

Antes de exponer y examinar la jurisprudencia del TEDH, debemos fijar un punto de vista general, a modo de paradigma en la aproximación al problema de la generación y destino de los embriones *in vitro*, que nos sirva de punto de partida en la evaluación de las sentencias del TEDH, y que nos permita contrastar la capacidad explicativa del propio paradigma general propuesto.

Para describir sucintamente ese paradigma me serviré de las ideas de los profesores Ricardo García Manrique y Luigi Ferrajoli. Se trata de aclarar si el embrión *in vitro* debería ser tratado como una mercancía, que se compra y se vende en un mercado de embriones, o, por el contrario, como un bien cuya generación y disposición obedecen a límites y vínculos exigidos por la garantía de los derechos humanos¹.

Nuestro punto de partida será el adoptado por Ricardo García Manrique, en el tratamiento del problema sobre la venta de órganos, en la medida en que es aplicable a nuestra materia, cuando afirma que:

Los muchos argumentos que se manejan contra la venta de órganos pueden reducirse a dos: el de la desigualdad y el de la degradación. El primero no resulta convincente, porque sería posible establecer un mercado de órganos que evitase posibles efectos desigualitarios. En cambio, un argumento basado en la degradación individual y comunitaria que implicaría la normalización de esa práctica sí puede contraponerse con éxito a la presunción a su favor...Si la vida humana es valiosa, no lo es mera ni principalmente por ser vida en sentido biológico, sino porque es la vida de seres dotados de un valor especial, ese que llamamos dignidad, un término que designa nuestra capacidad para actuar de acuerdo con la moral, o con la razón, en pos de nuestro ideal. El argumento de la degradación es un argumento fuerte precisamente porque pone de

¹ Sobre los límites y vínculos fundamentales, entendidos como deberes negativos y positivos derivados de los derechos fundamentales, puede consultarse FERRAJOLI 2011: 729-739. El equivalente a estas categorías, en la jurisprudencia del TEDH, lo encontramos en la doctrina, construida jurisprudencialmente, sobre las obligaciones negativas y positivas, deducibles de los derechos incluidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase GERARDS 2019: 108-136.

relieve que ciertas prácticas pueden reducir esa capacidad, a la que llamamos libertad, al dificultar nuestra percepción de lo correcto y de lo bueno, corromper las relaciones sociales y con ello empeorar nuestras vidas. Lo que nos dice el argumento de la degradación es que si permitimos la venta de órganos humanos seremos menos libres².

El argumento anterior explicita buenas razones por las que el embrión *in vitro* no debería ser tratado como un bien que se compra y se vende en el mercado; por el contrario, su generación y disposición debería responder a la lógica de los derechos humanos, basada en la dignidad. Veremos que este es el punto de vista que mejor permite entender la jurisprudencia del TEDH, en la que se hace depender el derecho a generar un embrión *in vitro*, y la disposición sobre él, del derecho a la autonomía reproductiva, aunque también tendrá algún papel la protección del embrión, que debe ser tenida en cuenta.

Pero entonces, si el embrión *in vitro* no es un bien patrimonial, surge la pregunta sobre qué tipo de bien será, cómo clasificarlo jurídicamente. Para responder a esta pregunta, adoptaré el punto de vista de Luigi Ferrajoli cuando defiende que:

...no todos los bienes vitales pueden configurarse como «comunes», es decir, accesibles a todos pro indiviso. Por ejemplo, no lo son los órganos del cuerpo humano, que, por el contrario, pertenecen únicamente a la persona, pero que requieren también ser sustraídos al mercado y ser tutelados como fundamentales... Por consiguiente, para designar el conjunto de todos estos bienes vitales, será conveniente disponer de una categoría más amplia: la de bienes fundamentales como subclase de la clase de los bienes, junto a y en oposición a la subclase de los bienes patrimoniales; los primeros definibles como los bienes indisponibles y accesibles a todos en cuanto objeto de derechos fundamentales; los segundos como los bienes disponibles por parte de quien los posee en cuanto objeto de derechos patrimoniales...[en la categoría de] bienes fundamentales...pueden incluirse todos aquellos bienes para los que se requiere una igual garantía para la tutela de todos, en cuanto vitales, y que por eso deben sustraerse a la lógica del mercado y a la disponibilidad de la política: en primer lugar los bienes comunes, o sea, las viejas res communes omnium, cuyo uso y el acceso a las cuales es vital para todas las personas y que forman por eso el objeto de derechos fundamentales de libertad de uso o disfrute; en segundo lugar, los que podemos llamar bienes

² GARCÍA MANRIQUE 2021: 215-216.

*personalísimos, como las partes del cuerpo, que forman el objeto de derechos fundamentales de inmunidad*³.

Esta propuesta de Ferrajoli permite subsumir el embrión *in vitro* bajo la categoría de bien fundamental personalísimo, en contraposición a los bienes patrimoniales, pues el embrión *in vitro* no debe ser tratado como una mercancía, debido a su relación directa con la autonomía reproductiva y a que es un nuevo ser, necesitado de algún grado de protección.

De modo que el embrión *in vitro* puede ser caracterizado como un bien fundamental personalísimo, pero cuya naturaleza no coincide con la de los órganos del cuerpo humano, o partes separadas del cuerpo, pues se trata de un nuevo ser, un nuevo individuo.

De esta manera, disponemos de un punto de vista, un paradigma, muy general, es cierto, pero suficiente para iniciar nuestro examen de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a generar embriones *in vitro* y sobre el derecho a disponer de ellos.

De lo que se trata ahora es de comprobar si el paradigma adoptado es compatible con la jurisprudencia del TEDH, veremos que sí lo es. Además, nos serviremos de esa jurisprudencia para resolver o, al menos, aclarar las siguientes preguntas:

- i. Si existe un derecho a generar embriones *in vitro*, quién es su titular y cuál es su finalidad.
- ii. Si, para el caso de que sea admitido un derecho a generar embriones *in vitro* con fines reproductivos, los progenitores tienen derecho a destinarlo a la investigación científica y si pueden ser obligados a devenir padres genéticos a la fuerza, es decir, si tienen derecho a revocar su consentimiento para la implantación del embrión.

Recordemos que la jurisprudencia del TEDH no tiene efectos de cosa juzgada, pero sí de *res interpretata*, es decir, tanto la justicia constitucional como la ordinaria deben interpretar los derechos fundamentales conforme a la interpretación de los derechos humanos ofrecida por el TEDH en su jurisprudencia⁴.

2. El derecho a generar embriones *in vitro*

El derecho a recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida ha sido reclamado ante el TEDH. En el asunto *Dickson c. Reino Unido*⁵ (2007), el demandante, ingresado en prisión, solicitó

³ FERRAJOLI 2014: 213-214.

⁴ QUERALT JIMÉNEZ 2008: 71-76.

⁵ *Dickson c. Reino Unido*, nº 44362/04, sentencia de 4 de diciembre de 2007 de la Gran Sala del TEDH.

que le fuera permitido recurrir a la inseminación artificial para devenir padre biológico. Mientras que en el asunto *S. H. y otros c. Austria*⁶ (2011), los demandantes pidieron al TEDH que fuera respetado su derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida heterólogas. Finalmente, en el asunto *Costa y Pavan c. Italia*⁷ (2012), los demandantes, portadores sanos de fibrosis quística, se quejaron de la prohibición, en derecho italiano, del diagnóstico genético preimplantacional, que les permitiría seleccionar un embrión al que no hubieran transmitido la enfermedad genética de la que son portadores.

Estas sentencias afirman expresamente, en unos casos, o suponen, en otros, la existencia de un derecho a la autonomía reproductiva entendido como el derecho a decidir si se quiere o no ser padre, en qué momento y de qué manera, que incluye el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida para devenir padres biológicos; un derecho a la autonomía reproductiva incluido en el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁸.

Este derecho a la autonomía reproductiva es el que permite afirmar un derecho a generar embriones *in vitro*, mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida, a partir de gametos de los progenitores o de donantes, pues es una manera de garantizar el derecho a devenir padres, incluido el derecho a la paternidad biológica⁹.

En la literatura, el derecho a la autonomía reproductiva suele tratarse junto al derecho a la libertad sexual, dada la relación existente entre derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo, me ha parecido preferible distinguir ambos derechos, no sólo porque conceptualmente sean distintos; sino, sobre todo, porque, en la práctica, las técnicas de reproducción asistida permiten la reproducción sin necesidad de relaciones sexuales. A lo anterior, cabría añadir que me propongo investigar si la jurisprudencia del TEDH permite deducir un derecho a generar

⁶ *S. H. y otros c. Austria*, nº 57813/00, sentencia de 3 de noviembre de 2011 de la Gran Sala del TEDH.

⁷ *Costa y Pavan c. Italia*, nº 54270/10, sentencia de 28 de agosto de 2012 de la Sección 2ª del TEDH.

⁸ La jurisprudencia del TEDH no incluye el derecho a recurrir a la gestación subrogada, al menos de momento, pero sí el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, basado en el derecho a devenir padres biológicos mediante el recurso a dichas técnicas: un derecho incluido en el derecho a la vida privada, del artículo 8 del CEDH, configurado, por tanto, como limitable por los Estados, en nuestro sistema regional de protección de los Derechos Humanos; como veremos en las sentencias que comentaré seguidamente.

⁹ El TEDH no se refiere literalmente al derecho a la autonomía reproductiva, sino que emplea expresiones más concretas, como la de derecho a decidir si se quiere o no ser padre, en qué momento y de qué manera, que incluye el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Esta manera de abordar el asunto es un acierto del TEDH, pues le permite concretar el objeto enjuiciado y ganar en precisión. Sin embargo, a la hora de comentar el derecho a generar embriones y el derecho a disponer de ellos, deducible de la jurisprudencia del TEDH, me ha parecido oportuno incluirlos en el derecho, más general, a la autonomía reproductiva, pero definido a partir de la jurisprudencia del TEDH, por lo que no perdería concreción ni precisión alguna. Sobre la manera de entender el derecho a la autonomía reproductiva, véase De Lora 2006: 45-47.

embriones *in vitro* y a disponer de ellos, subsumible bajo el derecho a la autonomía reproductiva, pero cuya relación con los derechos sexuales excede del objeto de estudio de este trabajo¹⁰.

Pero veamos cómo es posible justificar la existencia de un derecho a generar embriones *in vitro*, a partir de las sentencias del TEDH.

En el asunto *Dickson c. Reino Unido* (2007) no se plantea un hipotético derecho a generar embriones *in vitro*, pero sí el derecho a recurrir a la inseminación artificial para devenir padres biológicos.

Los demandantes son una pareja que ha visto rechazada por Reino Unido su solicitud para que les fuera permitido recurrir a la inseminación artificial, única manera de convertirse en padres biológicos, pues el demandante está cumpliendo una larga condena en prisión y Reino Unido prohíbe las visitas conyugales.

La Gran Sala del TEDH resolverá el asunto aclarando previamente que el derecho a recurrir a la inseminación artificial está incluido en el derecho a la vida privada del artículo 8 del CEDH, pues éste es un derecho que incluye el respeto a la decisión de devenir padres biológicos (§§ 65-66).

El TEDH practica un juicio de proporcionalidad sobre la injerencia en el derecho reclamado, pues recordemos que el apartado segundo del artículo 8 incluye una serie de fines legítimos que permiten justificar una injerencia en el derecho lesionado, siempre que aparezca prevista en la ley, persiga alguno de los fines legítimos, sea necesaria en una sociedad democrática y se supere un test sobre la proporcionalidad de la medida¹¹.

En este asunto, el resultado del juicio de proporcionalidad practicado arroja un fallo desfavorable para las alegaciones de Reino Unido, por lo que la Gran Sala estima la vulneración del derecho a la vida privada. Los detalles de esa argumentación no son necesarios para el desarrollo de nuestro argumento general, pues lo importante y con lo que debemos quedarnos es que el TEDH ha reconocido un derecho a devenir padres biológicos mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida¹².

¹⁰ Sobre las relaciones entre derechos sexuales y reproductivos, desde distintas perspectivas, entre las que se incluye la del género, puede consultarse Álvarez 2014.

¹¹ Sobre el juicio de proporcionalidad que practica el TEDH, en el enjuiciamiento de una vulneración de los derechos contenidos en los artículos 8 al 11 del CEDH, puede consultarse Casadevall 2012: 169-177.

¹² Los detalles de la argumentación jurídica seguida por el TEDH en este asunto y en el resto de los que serán comentados en este artículo pueden consultarse en Pino 2023: 145-189.

El TEDH avanza, en la definición de un derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, con su sentencia dictada en el asunto *S. H. y otros c. Austria* (2011), que reconoce un derecho a generar embriones *in vitro* con fines reproductivos.

En este asunto los demandantes son dos parejas que reclaman su derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida heteróloga, lo que permitiría que al menos uno de los miembros de cada pareja sea padre biológico, pues en Austria está prohibido generar un embrión *in vitro* a partir de gametos donados, es decir, sólo está permitida la reproducción asistida homóloga, la practicada con gametos de los padres.

La Gran Sala del TEDH concluye, en contra de lo que fue decidido por la Sala, que no ha existido vulneración del derecho a la vida privada y familiar, que incluye el derecho a devenir padres mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida heterólogas, tras practicar un juicio de proporcionalidad, sobre la injerencia en el derecho, cuyo resultado es favorable al Estado. La argumentación del TEDH se basa en el reconocimiento de un amplio margen de apreciación al Estado, en la regulación de esta materia, al que se une la posibilidad de viajar al extranjero para la práctica de una reproducción asistida heteróloga, de la que derivaría una filiación que sería reconocida en derecho austríaco. La opción del turismo reproductivo serviría como válvula de seguridad moral, que legitimaría la limitación estatal del derecho a recurrir a la reproducción asistida (§§ 106-115).

En este asunto lo importante es retener que el TEDH ha admitido un derecho a devenir padres, mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida heteróloga, aunque como un derecho limitable, como ocurre con cualquier derecho incluido en el derecho a la vida privada. Mientras que la amplitud del margen de apreciación que debe ser reconocido a los Estados es una cuestión controvertida. En primer lugar, porque la sentencia de la Sala resolvió en este asunto que había existido vulneración del derecho, a lo que debemos añadir que en el propio seno de la Gran Sala se produjo una fuerte división de opiniones, como muestra la opinión separada de los jueces Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska y Tsotsoria, en la que criticaron duramente la conclusión de la Gran Sala, porque ésta desestimó la demanda mediante el recurso a la doctrina del margen de apreciación estatal unida a la posibilidad de acudir al turismo reproductivo, argumentos de la Gran Sala muy débiles, pues la doctrina del margen de apreciación es una solución abstracta y meramente formal, cuando no va acompañada de argumentos sustantivos que entren en el fondo del asunto, por lo que no deja de ser una manera de eludir la función que el TEDH tiene encomendada: definir las obligaciones estatales deducibles del CEDH; mientras que el argumento

que nos habla de la posibilidad de viajar al extranjero queda desautorizado por sí mismo, ya que no era esa la cuestión planteada (§§ 10-12 de la opinión separada)¹³.

En cualquier caso, el TEDH ha reconocido un derecho a servirse de las técnicas de reproducción asistida, tanto homólogas como heterólogas, cuya limitación debe quedar debidamente justificada por el Estado; de lo contrario, será condenado por vulneración del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH. Es decir, el derecho a generar embriones *in vitro* tiene su fundamento en el derecho a la autonomía reproductiva que es un aspecto del derecho a la vida privada.

Con el asunto *Costa y Pavan c. Italia* (2012), el TEDH avanza un paso más en la definición de un derecho a generar embriones *in vitro*. En este caso, los demandantes, que son portadores sanos de fibrosis quística, reclaman el derecho a recurrir al diagnóstico genético preimplantacional, prohibido en Italia, para la selección de un embrión sano que les permita devenir padres biológicos de un niño que no sufra la enfermedad.

En su sentencia, la Sala concluye que se ha producido una violación del derecho a la vida privada. Estima la demanda, pero no resuelve el asunto mediante un argumento abstracto y meramente formal, como hizo en *S. H. y otros c. Austria*, donde se basó en la doctrina del margen de apreciación estatal, sino mediante razones sustantivas. El TEDH afirma que no es coherente prohibir el diagnóstico genético preimplantacional, que permitiría procrear un niño que no sufra la enfermedad genética, de la que son portadores sanos los progenitores, al mismo tiempo que se permite el aborto, en caso de que el feto sufra esa misma enfermedad, que el diagnóstico genético preimplantacional podría evitar.

Esta incoherencia no es sólo una cuestión lógica, pues implica poner en una situación de angustia a la demandante, a la que sólo le quedaría la opción de intentar sucesivos embarazos, que terminarían en abortos concatenados hasta que, por azar, engendrara un feto sano, cuando el diagnóstico genético permitiría resolver el problema de manera segura para la salud de la mujer (§§ 66 y 71).

De esta manera, finalmente, el TEDH ha resuelto el problema del derecho a generar embriones *in vitro* con fines reproductivos mediante un argumento material, que tiene en cuenta la situación de angustia y la dignidad de la mujer, un argumento que permite reconocer el derecho y exige al Estado que lo limita un argumento sustantivo, es decir, no se conforma con un argumento basado meramente en el amplio margen de apreciación estatal que debería ser

¹³ Sobre la doctrina del margen de apreciación estatal construida jurisprudencialmente por el TEDH, puede consultarse la monografía de García Roca 2010.

reconocido a los Estados en esta materia, pues el Estado debe justificar cumplidamente la injerencia en el derecho a la autonomía reproductiva (§§ 53-65 y 68-70).

Por tanto, a partir de la jurisprudencia del TEDH, hemos llegado a que existe un derecho a generar embriones *in vitro* con fines reproductivos mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida y a partir de gametos de los progenitores o donantes, en el que se incluye el derecho a acceder al diagnóstico genético preimplantacional, para generar un embrión sano; estos elementos permiten definir un derecho a la autonomía reproductiva entendido como el derecho a decidir si se quiere o no ser padre, en qué momento y de qué manera, como un aspecto del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH.

Lo que no ha sido deducido del CEDH, ni puede serlo, es un derecho a generar embriones *in vitro* para dedicarlos a la investigación ni un derecho a generar embriones *in vitro* mediante la técnica de transferencia nuclear, la clonación, con fines reproductivos. Porque la generación de embriones humanos para dedicarlos a la investigación está prohibida por el artículo 18.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina (Convenio de Oviedo) y la generación de embriones humanos genéticamente idénticos a otro ser humano vivo o muerto, la clonación humana, está prohibida por el artículo 1.1. del Protocolo adicional al Convenio de Oviedo, sobre la prohibición de la clonación de seres humanos. Ni el Convenio de Oviedo ni sus protocolos son tratados cuya aplicación corresponda al TEDH, pero sí son instrumentos del Consejo de Europa, que son tenidos muy en cuenta por el TEDH cuando se enfrenta a problemas bioéticos. A modo de ejemplo, puede consultarse el § 42 de la sentencia del asunto *S. H. y otros c. Austria*, donde el TEDH se refiere al artículo 14 del Convenio de Oviedo, que prohíbe el recurso a las técnicas de reproducción asistida para elegir el sexo del embrión, salvo para evitar una enfermedad hereditaria grave que dependa del sexo del *nasciturus*. Asimismo, los §§ 21 y 22 de la sentencia dictada por la Sala en el asunto *Costa y Pavan c. Italia*, en los que el TEDH nos recuerda que el artículo 12 del Convenio de Oviedo establece la prohibición de pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, excepto si la finalidad de la prueba es médica o de investigación; a lo que añade que el § 83 del Informe explicativo del Convenio de Oviedo señala que el artículo 12 comentado no supone limitación alguna del derecho a practicar pruebas diagnósticas sobre un embrión para determinar si es portador de una enfermedad hereditaria grave.

En este apartado hemos deducido y definido, con la ayuda de la jurisprudencia del TEDH, un derecho a generar embriones *in vitro* a partir de la autonomía reproductiva, entendida como un aspecto del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH. Esta definición es compatible con el paradigma adoptado al inicio de este trabajo, desde el que hemos afirmado que

el embrión *in vitro* no es un bien patrimonial, no es una mercancía, pues hemos mostrado la relación de dependencia que existe entre el embrión generado *in vitro* y el derecho a la autonomía reproductiva. Es decir, la lógica que debe regir el tratamiento del embrión *in vitro* no será la del mercado, sino la de los derechos humanos y la dignidad del ser humano. Pero esta comprensión del asunto debe ser completada y confirmada en el apartado siguiente, en el que examinaremos hasta dónde, una vez generado el embrión *in vitro*, alcanza el derecho a disponer de él.

3. El derecho a disponer de los embriones *in vitro*

El derecho a disponer de los embriones *in vitro* ha sido reclamado ante el TEDH, en el asunto *Evans c. Reino Unido*¹⁴ (2007) y en *Parrillo c. Italia*¹⁵ (2015). Se trata de una jurisprudencia escasa, pero los argumentos del TEDH, contenidos en estas sentencias, junto a los incluidos en sus opiniones separadas, son suficientes para extraer toda una serie de conclusiones que nos ayudarán a definir el derecho a disponer de los embriones *in vitro*.

Iniciamos nuestro análisis con la sentencia dictada por la Gran Sala en el asunto *Parrillo c. Italia*, porque en ella se discute sobre la clasificación jurídica del embrión *in vitro*.

La demandante se queja de la prohibición, en derecho italiano, de la donación para la investigación científica, de los embriones que generó con gametos propios y de su expareja fallecida; pues supone una vulneración de su derecho a la vida privada del artículo 8 del CEDH y de su derecho de propiedad sobre el embrión, derivado del artículo 1 del Protocolo nº 1 al CEDH (§ 3).

Nos centraremos en esta última alegación, la de la vulneración del Protocolo nº 1, pues la otra será discutida más adelante.

El artículo 1, del Protocolo nº 1, dispone que «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional».

El TEDH admite, inicialmente, esta solicitud, porque afirma que existe un vínculo entre la progenitora y el embrión *in vitro*, pues éste forma parte del patrimonio genético de la progenitora y es una parte constitutiva de su identidad genética (§ 158).

¹⁴ *Evans c. Reino Unido*, nº 6339/05, sentencia de 10 de abril de 2007 de la Gran Sala del TEDH.

¹⁵ *Parrillo c. Italia*, nº 46470/11, sentencia de 27 de agosto de 2015 de la Gran Sala del TEDH.

El problema a resolver por el TEDH consiste en definir jurídicamente en qué se concreta su afirmación de que el embrión *in vitro* forma parte del patrimonio jurídico de la progenitora y de su identidad genética. Porque el Estado italiano alega que el embrión *in vitro* no es una cosa, pues tiene dignidad humana, que debe ser respetada (§ 200), mientras que la demandante sostiene que el embrión *in vitro* no puede ser considerado un individuo, dado que su desarrollo depende de que sea implantado en un útero de mujer, de donde deduce que es un bien patrimonial del que es propietaria y puede disponer, por lo que la prohibición de donarlo para la investigación científica supone una vulneración de su derecho de propiedad sobre el embrión *in vitro*, conforme al artículo 1 del Protocolo nº 1 (§§ 203 y 204).

El TEDH concluye que el Protocolo alegado por la demandante no es aplicable al embrión *in vitro* porque éste no es el tipo de bien al que se refiere ese Protocolo, por lo que finalmente inadmite esta solicitud, por falta de competencia objetiva, falta de competencia *rationae materiae*, en el lenguaje procesal del TEDH. Es decir, el embrión *in vitro* no es un bien patrimonial, no es una mercancía, una propiedad de la demandante, de modo que el derecho a disponer de ese bien no puede ser de naturaleza patrimonial.

Esta conclusión del TEDH es compatible con el punto de vista que fue adoptado al inicio de este trabajo, cuando afirmamos que el embrión *in vitro* no es un bien patrimonial, aunque sí es un bien, pero con una naturaleza que debe ser definida a partir del derecho a la autonomía reproductiva y de la protección que debe serle reconocida, en algún grado. Puede ser clasificado como un bien fundamental personalísimo, en el lenguaje de la teoría del derecho de Ferrajoli, porque su definición obedece a la lógica de los derechos humanos, no a la del mercado, no es un bien patrimonial, de ahí su naturaleza de bien fundamental; lo que no impide afirmar, desde la lógica propia del derecho a la autonomía reproductiva, que existe una relación personal entre el embrión *in vitro* y su progenitor, dado que éste aporta su patrimonio genético a aquél, por lo que tiene sentido añadir que es un bien personalísimo, además de fundamental, aunque no a la manera como lo son las partes del cuerpo, ya que el embrión *in vitro* es un ser independiente, un individuo digno de protección, en alguna medida, lo que exige añadir una tercera nota en su definición, que podemos nombrar con el término de independencia. Finalmente, tenemos que el embrión *in vitro* es un bien fundamental personalísimo e independiente¹⁶.

Lo que debemos examinar ahora es qué régimen aplicaremos a la disposición de este tipo de bienes fundamentales personalísimos e independientes, con la ayuda de las dos sentencias del TEDH que han conocido de este problema.

¹⁶ Un análisis sobre las distintas posturas acerca del estatuto del embrión *in vitro*, puede consultarse en OCHOA 2017: 46-53.

Los posibles destinos del embrión *in vitro* son: implantarlo en el útero de la progenitora, donarlo a otra mujer incapaz de concebir, pero sí de gestar, donarlo para la investigación científica, lo que implica su destrucción, o mantenerlo crioconservado indefinidamente, lo que equivale finalmente a su destrucción, pues la congelación detiene el desarrollo del embrión, pero no su deterioro; los expertos señalan que la crioconservación no debe prolongarse más de diez años, siendo preferible la implantación del embrión dentro de los primeros cinco años¹⁷.

Iniciamos nuestro comentario con *Evans c. Reino Unido* y seguidamente retomaremos el asunto *Parrillo c. Italia*, pues este orden, además de ser el cronológico, es el que permite desarrollar una argumentación más elegante.

En el asunto *Evans c. Reino Unido* (2003), la demandante se queja ante el TEDH porque el requisito del consentimiento constante de ambos progenitores, para la implantación del embrión *in vitro*, exigido en el derecho de Reino Unido, le impide implantarse los embriones *in vitro*, que fueron generados con sus gametos y los de su expareja, quien tras la ruptura de la relación se niega a que los embriones sean implantados, pues no desea ser padre genético. La demandante alega que es su única posibilidad de devenir madre genética, por lo que negarle la implantación de los embriones supone una vulneración de su derecho a la vida privada que incluye el derecho a decidir si quiere ser madre genética. Añade que los embriones deben ser protegidos, lo que exige su implantación en lugar de su destrucción (§§ 1-19).

En su sentencia, la Gran Sala establece que el derecho a la vida privada incluye el derecho a decidir si se quiere ser padre o no serlo. En especial incluye el derecho a decidir si se quiere ser padre biológico o no serlo (§§ 71-72). Es decir, el derecho a la autonomía reproductiva, reconocido por el TEDH, presenta un aspecto positivo, el derecho a decidir ser padre, y un aspecto negativo, el derecho a decidir no ser padre. Ambos aspectos están incluidos en el derecho a la vida privada, que admite limitaciones en los términos del apartado segundo del artículo 8 del CEDH. La Gran Sala practica un juicio de proporcionalidad de la injerencia en el derecho de la demandante, a quien la legislación británica prohíbe que le sean implantados los embriones, cuando el otro progenitor ha revocado su consentimiento.

El TEDH concluye que no ha existido vulneración del derecho a la vida privada. Se basa en el reconocimiento de un amplio margen de apreciación a los Estados, en la regulación de esta materia (§§ 83-92).

Este argumento del TEDH es insatisfactorio porque no ofrece argumentos sustantivos frente al problema planteado. Lo que hace, en su lugar, es afirmar que no existe consenso entre los

¹⁷ Véase LÓPEZ MORATALLA 2003: 81-96.

Estados, a lo que añade su doctrina del margen de apreciación estatal, de donde deduce que la prohibición enjuiciada está justificada y no supone una vulneración del derecho a la autonomía reproductiva de la demandante. Vemos claramente que se trata de un argumento meramente formal que no resuelve la pregunta planteada.

Pero lo que sí podemos hacer es argumentar a partir de lo que ha dicho el TEDH y extraer las consecuencias que nos permitan aclarar el problema sobre la disposición de embriones *in vitro* que ha sido planteado.

Recordemos que el TEDH ha afirmado un derecho a la autonomía reproductiva, derivado del derecho a la vida privada, que incluye un aspecto positivo, el derecho a devenir padres genéticos, pero también un aspecto negativo, el derecho a no devenir padres genéticos, es decir, el derecho a no ser obligado a devenir padre genético.

Cuando colisionan ambos aspectos del derecho a la autonomía, el positivo y el negativo, como es el caso en *Evans c. Reino Unido*, encontramos que la solución puede venir desde el grado de protección que reconozcamos al embrión *in vitro*. En ese caso, y si consideramos que la protección del embrión está por encima del derecho a la autonomía reproductiva de los progenitores, entonces concluiremos que el embrión debe ser implantado¹⁸. En caso contrario, lo más razonable sería respetar el derecho a no ser obligado a devenir padre genético, dada la naturaleza del consentimiento informado biomédico, basado en la revocabilidad del consentimiento, elemento esencial en la definición del consentimiento informado¹⁹.

A lo anterior, debemos añadir que no parece razonable, en aquellos ordenamientos que permiten el aborto en un plazo determinado sin necesidad de alegar indicación alguna, situar la protección del embrión *in vitro* por encima del derecho a la autonomía reproductiva, pues sería contradictorio con la ponderación supuesta en la regulación del aborto mediante un sistema de plazos. De donde se sigue que en esos ordenamientos debe respetarse el deseo del progenitor que

¹⁸ Cuando colisionan el derecho a devenir padre genético y el derecho a no ser obligado a devenir padre genético, mediante la implantación de un embrión, como aspecto positivo y negativo del derecho a decidir si se quiere ser padre, lo que ocurre en el supuesto de hecho que encontramos en *Evans*, el conflicto se muestra como irresoluble, a no ser que recurramos a otras razones externas que permitan decidir la cuestión, en un sentido favorable a la implantación del embrión o desfavorable. Las razones que han sido alegadas a favor de la implantación del embrión, en la propia sentencia del asunto *Evans*, tienen que ver con: la protección que el embrión merecería; el mayor sacrificio que supone para la mujer la aportación de óvulos, en comparación con el coste que supone para el hombre la aportación de esperma, mucho menor; la imposibilidad de devenir madre biológica en un futuro, a causa de su esterilidad; entre otras, ninguna de las cuales ha sido estimada por el TEDH. Lo que pretendo señalar es que, a partir del derecho a generar y disponer de los embriones *in vitro*, deducido de la jurisprudencia del TEDH y definido en este trabajo, no es posible decidir una cuestión como la planteada en el supuesto *Evans*.

¹⁹ Sobre la naturaleza del consentimiento informado y su relación con los principios de la bioética, véase SIMÓN 2006.

se opone a que el embrión sea implantado, de lo contrario le estaríamos forzando a devenir padre genético, con vulneración de su derecho a la autonomía reproductiva y de su dignidad.

En aquellos ordenamientos que no permitan el aborto en un plazo determinado sin necesidad de alegar indicación alguna, es decir, que lo regulan mediante un sistema de indicaciones, es cierto que el problema jurídico permanece abierto e indeterminado, por lo que debe serles reconocido un amplio margen de apreciación en la regulación de esta materia, que permitiría establecer un consentimiento no revocable, una vez generado el embrión *in vitro*. Pero en la mayoría de Estados miembros del Consejo de Europa ocurre lo contrario, está permitido el aborto en un plazo razonable sin necesidad de alegar indicación alguna, por lo que debe reconocerse la revocabilidad del consentimiento informado para la implantación de embriones; de lo contrario, sufrirían tanto el derecho a la autonomía reproductiva como la dignidad del progenitor que se opone a verse convertido en padre a la fuerza²⁰.

Hemos comentado uno de los problemas relacionado con el destino del embrión *in vitro*, sobre la naturaleza revocable o irrevocable del consentimiento para su implantación. Ahora nos queda por analizar otro de los destinos que ha sido planteado ante el TEDH, en el asunto *Parrillo c. Italia* (2015), el de la donación del embrión *in vitro* para la investigación científica.

La demandante alega la vulneración de su derecho a la vida privada, pues el derecho italiano le prohíbe donar sus embriones *in vitro* para la investigación científica. La demandante generó los embriones con gametos propios y de su pareja, que desgraciadamente falleció poco después, por lo que no desea que sus embriones le sean implantados ni donados a otra mujer para su gestación.

De modo que los únicos destinos posibles para los embriones *in vitro*, generados a partir de gametos de la demandante, son: destinarlos a la investigación científica, como desea la progenitora, o mantenerlos indefinidamente congelados, lo que implica su deterioro y destrucción, una vez transcurrido un número suficiente de años; pues la demandante se opone a que le sean implantados o donados a otra mujer, deseo que debe ser respetado, si no queremos vulnerar su derecho a la autonomía reproductiva, en su aspecto negativo, como derecho a no ser obligado a devenir padre genético.

De lo anterior se sigue que el único destino posible para el embrión es su destrucción, tanto si se le mantiene congelado indefinidamente, por el deterioro inexorable producido por el paso del tiempo, que lo convierte en inviable, como si es destinado a la investigación científica, que implica su destrucción.

²⁰ Un mapa actualizado de la regulación del aborto en los distintos países, puede consultarse en <https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/> (consultado por última vez el 13-12-2023).

Por tanto, si el embrión va a ser destruido, en cualquiera de los casos, parece lo más razonable que lo sea para ayudar a la investigación científica, que su sacrificio sirva, al menos, para el avance científico y tecnológico, que idealmente podría salvar vidas humanas, y que sea respetada la voluntad de la progenitora, incluida en su derecho a la vida privada.

Sin embargo, el TEDH, olvidándose de las exigencias de la lógica, concluye este asunto diciendo que no ha sido vulnerado el derecho a la vida privada de la demandante porque el derecho alegado, derecho a donar los embriones para la investigación, no pertenece al núcleo duro del derecho a la vida privada, al que sí pertenecería el derecho a iniciar un proyecto parental, a devenir madre, pues el derecho alegado es accesorio, por lo que reconoce un amplio margen de apreciación a Italia en la regulación de este aspecto secundario (§§ 174-176).

La conclusión del TEDH es ilógica e irracional porque debe ser respetado el derecho de la progenitora a que el embrión no le sea implantado ni a ella ni a otra mujer, pues forma parte de su autonomía reproductiva y de su dignidad. Esta aproximación al asunto es defendida por el juez Sajó, en su opinión separada a la sentencia de la Gran Sala, cuando sostiene que el Estado no puede obligar a un progenitor a donar sus embriones a otra mujer, a pesar de la protección que el embrión merece (§§ 13-14 de la opinión separada). Añade que la prohibición estatal y la solución del TEDH son irracionales, pues ante la imposibilidad para el embrión de ser implantado, lo que finalmente supondrá su deterioro y destrucción, lo más razonable sería dedicarlo a la investigación (§§ 15-19 de la opinión separada).

4. Conclusiones

Los argumentos que han sido desarrollados en este trabajo ofrecen las notas esenciales que deberían definir el derecho a generar embriones *in vitro* y el derecho a disponer de ellos, basadas en un derecho a la autonomía reproductiva deducible de la jurisprudencia del TEDH, que incluye un aspecto positivo, el derecho a decidir ser padres (incluida la paternidad genética), y un aspecto negativo, el derecho a decidir no ser padres (y a no ser forzados a ser padres genéticos), del que es posible deducir un derecho a generar embriones *in vitro*, a recurrir al diagnóstico genético preimplantacional, a revocar el consentimiento para la implantación del embrión y a donarlo para la investigación científica²¹, como ha sido mostrado.

²¹ El derecho a donar el embrión *in vitro* para la investigación científica, cuando se cumplan ciertos requisitos, no ha sido reconocido por el TEDH; sin embargo, ha sido mostrada en este trabajo la incoherencia, no sólo lógica sino también práctica, en la que incurre el TEDH cuando desconoce ese derecho, por lo que debería ser reconocido en una lectura consistente de la jurisprudencia del TEDH.

Bibliografía

- ◆ ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, «La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia», *RJUAM*, nº 35, 2017, págs. 145-170.
- ◆ CASADEVALL, Josep (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ◆ DE LORA DEL TORO, Pablo (2006), «Qué hay de malo en tener hijos», *AFDUAM*, 10, págs. 45-63.
- ◆ FERRAJOLI, Luigi (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, S. A.
- ◆ FERRAJOLI, Luigi (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Editorial Trotta.
- ◆ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2021). *Se vende cuerpo. El debate sobre la venta de órganos*. Barcelona: Herder.
- ◆ GARCÍA ROCA, Javier (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Pamplona: Editorial Aranzadi-Civitas.
- ◆ GERARDS, Janneke (2019). *European Convention on Human Rights*. Cambridge University Press.
- ◆ LÓPEZ MORATALLA, Natalia, «Destino de los embriones crioconservados e investigación biomédica», en GARCÍA GÓMEZ, Alberto (2003), *El destino de los embriones congelados*. Madrid: Fundación Universitaria Española.
- ◆ OCHOA RUIZ, Natalia (2017). *El embrión humano en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: un análisis a la luz de la normativa internacional y europea*. Pamplona: Editorial Aranzadi, S. A. U.
- ◆ PINO ÁVILA, Alonso (2023). *La autonomía reproductiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Editorial Aranzadi.
- ◆ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ◆ SIMÓN, Pablo (2006). «Diez mitos en torno al consentimiento informado», *Anales del Sistema Sanitario*, volumen 29, Suplemento 2, Navarra, págs. 29-40.

Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 31 de enero de 2024

Fecha de publicación: 13 de junio de 2024