

Jurisprudencia de los tribunales supranacionales de protección de derechos humanos respecto de la posibilidad de destruir embriones humanos congelados. El caso Parrillo v. Italia.

Silvia Marrama¹

Publicado en *Temas de Derecho Familia*, Mayo de 2023, Edit. Erreius.

ERREPAR:

- o Instagram: https://www.instagram.com/errepar_editorial/
- o Facebook: <https://www.facebook.com/Errepar/>
- o Twitter: <https://twitter.com/errepar>
- o Blog: <https://blog.errepar.com/>
- o Youtube: <https://www.youtube.com/c/ErreparOK>
- o LinkedIn: <https://www.linkedin.com/company/errepar>

ERREIUS:

- o Instagram: https://www.instagram.com/erreius_editorial/
- o Facebook: <https://www.facebook.com/Erreius/>
- o Twitter: <https://twitter.com/erreius>
- o Sitio: www.erreius.com
- o Youtube: <https://www.youtube.com/c/ErreiusOK>

1. Introducción. Los organismos jurisdiccionales supranacionales.

Mediante este breve trabajo he aceptado la invitación a abordar la jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales supranacionales de protección de derechos humanos referida a la posibilidad de destruir embriones humanos congelados debido a que, si bien ella no resulta vinculante para los tribunales argentinos -ni siquiera la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)²-, su estudio puede iluminar las decisiones de nuestros magistrados.

¹ Abogada-Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada. Profesora en la Especialización en Derecho de Familia y en la Maestría de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Profesora adjunta ordinaria en la cátedra de Política y Legislación Agraria (UNER). Directora de Tesis y miembro de tribunales de evaluación de Tesis de Grado, Postgrado y Doctorado. Autora de un libro y de numerosos artículos, coautora en diversas obras colectivas. ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-6448>.

² Cfr. Respecto de la pretendida obligatoriedad para el derecho argentino de la doctrina de la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo”, cfr. Farfán Bertrán, María L., El caso “Artavia Murillo c. Costa Rica” a la luz de la teoría del control de convencionalidad. A propósito del debate sobre la legalización del aborto en la Argentina, SJA, 14-11-18, 47 - JA, 2018-IV. Lafferriere, Jorge N. - Tello Mendoza, Juan A., El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de “Artavia Murillo”, Sup. Const. 2014 (noviembre), 71 - LL, 2014-F-404, cita online AR/DOC/3586/2014. Lafferriere, Jorge N., Los límites de Artavia Murillo en un interesante fallo en protección del embrión humano, DJ, 5-2-14, 21, cita online AR/DOC/4414/2013. Palazzo, Eugenio L., La jurisprudencia internacional como fuente del derecho. Reflexiones a partir del caso Artavia Murillo (fecundación in vitro), DJ, 7-8-13, 5, cita online AR/DOC/1967/2013. Pedernera Allende, M., Algunos problemas argumentativos del fallo de la Corte Interamericana en “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, ED, 262-722 [2015]. Marrama, S. E. In dubio, contra homine [en línea]. Papers de EIDial.com. 30 de mayo 2019. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11384>; Marrama, S. El acceso a la justicia de la persona por nacer que existe fuera del útero materno [en línea]. Anales. Institutos. 2019, 46. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11078>; Marrama, S. Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea [en línea]. En: Alessandra Mizuta de Brito, Everton Miguel Puhl Maciel, José Conrado Kurtz de Souza (orgs.). Filosofía & Direito : um diálogo necessário para a Justiça, Vol. 2. Porto Alegre: Fi, 2018. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8996>; Marrama, S. Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional [en línea]. Anales. Institutos. 2016, 43. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11080>; Marrama, S. E. Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino [en línea]. El Derecho. 2013, 255(13.372) Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11368>

Los organismos jurisdiccionales supranacionales de protección de derechos humanos a los que me refiero, son la Corte o Tribunal Europeo (TEDH), la Corte Interamericana y la Corte Africana. Sabido es que las Cortes Europea -con sede en Estrasburgo, Francia- e Interamericana -con sede en San José, Costa Rica- de Derechos Humanos surgieron en 1959 y 1979 respectivamente, con motivo de la aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y sus protocolos adicionales, la primera de ellas, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la segunda³. Por su parte, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, se originó en el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1998 y se encuentra en funcionamiento desde 2004.

No abordaré, en cambio, la jurisprudencia de los tribunales supranacionales que dirimen controversias relacionadas con el derecho comunitario, ni la doctrina emanada de las opiniones consultivas y demás documentos de los organismos no jurisdiccionales, dada la extensión máxima permitida para este trabajo.

2. Jurisprudencia de tribunales supranacionales sobre embriones congelados.

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no informa en su web institucional el dictado de ninguna sentencia referida a embriones humanos⁴.

Por su parte, la Corte IDH no se han pronunciado expresamente sobre el destino de los embriones congelados y su posibilidad de destrucción⁵ en los únicos casos que abordan la cuestión de las denominadas técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), a saber, Artavia Murillo⁶ y Gómez Murillo⁷. Sin embargo, los jueces argentinos que han autorizado la destrucción de embriones⁸, fundan erróneamente⁹ sus sentencias en Artavia Murillo.

De allí la relevancia de analizar brevemente el caso Parrillo v. Italia, abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que trata expresamente acerca de la posibilidad jurídica de destrucción de los embriones congelados a la luz de los derechos humanos enunciados en la CEDH.

3. Parrillo v. Italia¹⁰

3.1. Hechos

Adelina Parrillo es una ciudadana italiana que en el año 2002 se sometió junto con su pareja a TRHA extracorpóreas, específicamente a la fecundación *in vitro*, en el Centro de Medicina Reproductiva del Hospital Europeo de Roma. Los cinco embriones resultantes de esta fecundación fueron criopreservados. En 2003, antes de que se llevara a cabo la transferencia de alguno de ellos, la pareja de la demandante murió. Entonces Parrillo decidió donar los embriones para ser destinados a investigación científica, lo cual conlleva la muerte de ellos. La demandante realizó varias solicitudes orales para efectivizar su decisión, y el 14 de diciembre de 2011 lo petitionó

³Fix-Zamudio, H., Los organismos jurisdiccionales de solución de controversias jurídicas internacionales y comunitarias, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/21270.pdf> Fecha de consulta: 24/02/2023.

⁴Búsqueda con la voz “embryo”, cfr. <https://www.african-court.org/wpafc/?s=embryo> Fecha de consulta: 24/02/2023.

⁵A la fecha de redacción de este trabajo, 28/02/2023.

⁶ Corte IDH, Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) v. Costa Rica (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas y gastos, 28/11/2012, Serie C no. 257.

⁷Cfr. Marrama, S.; Tommasi, M. S., Después de “Artavia Murillo”, ED, 274-651.

⁸Cfr. Marrama, S. ¿Quo vadis, Argentina? : el descarte de embriones humanos en la reciente legislación proyectada y jurisprudencia [en línea]. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. 2021, Diciembre. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12738>

⁹Tal como señala Lafferrière, “resulta errónea la invocación del fallo «Artavia Murillo», pues en esa sentencia la Corte IDH explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados. En efecto, según surge del considerando 129 de «Artavia», el Estado de Costa Rica planteó una serie de argumentos vinculados con los problemas de la crioconservación de embriones. Como la cuestión que se discutía era la prohibición de la fecundación in vitro en ese país, la Corte IDH se limitó a ese punto y expresamente dejó afuera el problema de los embriones crioconservados”. A mayor abundamiento, confrontar los considerandos 134 y 135 de la sentencia. Cfr. Lafferrière, J.N.. Sentencias judiciales que ordenan descartar embriones humanos: un retroceso en la protección de derechos, 08/11/2019, Cita: MJ-DOC-15108-AR | MJD15108.

¹⁰ Cfr. TEDH, Sentencia PARRILLO v. ITALIE (Requête no 46470/11). ARRÊT. STRASBOURG. 27/08/2015. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-156492%22%5D%7D>. Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés.

al Centro romano por escrito, sin éxito. El director del nosocomio rechazó su solicitud, indicando que este tipo de investigación estaba prohibido y sancionado en Italia.

Finalmente, Adelina Parrillo presentó ante el tribunal de Estrasburgo una demanda contra el Estado de Italia, alegando que la prohibición de destinar para investigación científica cinco embriones congelados -producto de la TRHA a la que se sometió-, contenida en el art. 13 de la Ley italiana N° 40/2004, era incompatible con su derecho al respeto de su vida privada (cfr. artículo 8 CEDH), su derecho al respeto de sus bienes (cfr. artículo 1 del Protocolo N° 1 CEDH), y su libertad de expresión (garantizada por el artículo 10 CEDH), de la cual la investigación científica es, en su opinión, un aspecto fundamental.

El 27 de agosto de 2015 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, inadmisibles la demanda de Parrillo en cuanto se funda en el art. 1 del Protocolo N° 1; y por 16 votos contra 1, sostuvo que no hubo violación del artículo 8 de la CEDH, es decir, que el Estado italiano no violó el derecho a la vida privada de la demandante. Además del voto de la mayoría, se pueden leer las opiniones concordantes de los jueces Pinto de Albuquerque y Dedov; la opinión en parte concordante común de los jueces Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou y Dedov; la opinión en parte disidente común de los jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano et Yudkivska; la opinión en parte disidente del juez Nicolaou; y la opinión disidente del juez Sajó.

Analizaré en primer lugar el voto de la mayoría y luego haré algunas referencias a algunos argumentos de los demás votos.

3.2. Marco jurídico

En el acápite II titulado “El derecho y la práctica internos pertinentes”, el TEDH analiza el derecho interno del estado demandado.

El art. 13 de la Ley 40/2004 prohíbe la experimentación con embriones humanos en los siguientes términos: “Experimentación con el embrión humano. 1. Queda prohibida toda experimentación con el embrión humano. 2. Sólo podrá autorizarse la investigación clínica y experimental con el embrión humano si persigue fines exclusivamente terapéuticos y de diagnóstico tendientes a la protección de la salud y al desarrollo del embrión y si no existen otros métodos”.

Por su parte, el art. 14 de la misma ley determina: “Límites a la aplicación de técnicas sobre el embrión. 1. Quedan prohibidas la criopreservación y la supresión de embriones, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 194, del 22 de mayo de 1978 [normas sobre protección social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo]. 2. Las técnicas de producción de embriones no podrán dar lugar a la creación de un número de embriones superior al estrictamente necesario para llevar a cabo una implantación única y simultánea, que en ningún caso podrá ser superior a tres. 3. Cuando la transferencia de los embriones al útero sea imposible por causas de fuerza mayor graves y comprobadas relativas al estado de salud de la mujer que no fueran previsibles en el momento de la fecundación, se autoriza la criopreservación de los embriones hasta la fecha de la transferencia, que se efectuará a la mayor brevedad”.

En este acápite el TEDH menciona asimismo la opinión del Comité Nacional de Bioética italiano, del 18 de noviembre de 2005, que al considerar la cuestión del destino de los embriones criopreservados en estado de abandono, ante la prohibición legal implícita de utilización de embriones supernumerarios con fines de investigación científica, emitió un dictamen favorable a la "adopción para nacimiento", práctica mediante la cual una pareja o una mujer adopta embriones supernumerarios para que le sean transferidos para gestarlos, y así lograr la realización de un proyecto familiar (§§19 y 20).

Además, el TEDH dedica el acápite III al análisis de los documentos del Consejo de Europa relativos a la materia; el IV al derecho y elementos pertinentes de la Unión Europea; los acápites V y VI a los elementos del derecho internacional y de derecho comparado respectivamente, referidos a la cuestión.

3.3. Argumentos del voto de la mayoría del TEDH

En primer lugar, el TEDH analiza la aplicación al caso del alegado art. 8 CEDH. Al respecto, afirma en §149 que debe decidir por primera vez si el “derecho al respeto de la vida privada” garantizado por el artículo 8 CEDH, abarca el derecho que la solicitante reivindica para sí: el de disponer de los embriones resultantes de una fertilización in vitro para donarlos para investigación científica. A juicio del TEDH, la libertad de elección de las partes en el tratamiento de fecundación in vitro conlleva la libertad de decidir el destino de los embriones producidos no destinados a implantación. Entiende asimismo el tribunal que existe una conexión entre la persona que utilizó la fertilización in vitro y los embriones así concebidos, quienes contienen el patrimonio genético de aquella y representan como tal una parte constitutiva de ella y de su identidad biológica (§158).

De los argumentos señalados, la Corte concluye la aplicación al caso del artículo 8 CEDH, dado que la posibilidad de que la solicitante tome una decisión consciente y reflexionada sobre el destino de sus embriones se refiere a un aspecto íntimo de su vida personal y, por lo tanto, aquella decisión está comprendida en su derecho a la autodeterminación (§159).

Respecto del fondo de la cuestión planteada por la demandante, el TEDH considera en §161 que la prohibición que establece el art. 13 de la Ley N.º 40/2004 de entregar para investigación científica los embriones resultantes de fecundación in vitro no destinados a su transferencia, constituye una injerencia del Estado italiano en el derecho de la demandante al respeto de su vida privada. Señala a este respecto que, en el momento en que la demandante recurrió a la fecundación in vitro, la cuestión del destino de los embriones no implantados resultantes de dicha técnica no estaba regulada. En consecuencia, hasta la entrada en vigor de la Ley impugnada, no se prohibió en modo alguno a la demandante destinar sus embriones a la investigación científica.

Analiza el TEDH a partir del §168, si la referida injerencia del Estado italiano en el derecho a la vida privada de Parrillo, resulta una medida necesaria en una sociedad democrática en los términos del art. 8 § 2 CEDH. Al respecto, recuerda su doctrina que establece que para evaluar la “necesidad” de una medida impugnada “en una sociedad democrática” debe examinar, a la luz del caso en su conjunto, si las razones invocadas para justificar la medida en cuestión son pertinentes y suficientes (§168). Además, para decidir sobre el alcance del margen de apreciación que se otorgará al Estado en un caso que plantee cuestiones en virtud del art. 8 CEDH, entiende que se deben tener en cuenta una serie de factores que enuncia: por una parte, cuando está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo, el margen que se deja al Estado generalmente se restringe; por otra, cuando no hay consenso dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre los mejores medios para protegerlo, en particular cuando el caso plantea difíciles cuestiones morales o éticas, el margen de apreciación es más amplio.

Al aplicar la doctrina resumida en el párrafo anterior al caso, el Tribunal de Justicia recuerda a partir de §174 que la situación planteada por Adelina Parrillo no se refiere a un proyecto parental, a diferencia de los casos en los que ha intervenido anteriormente. En estas circunstancias, el pretendido derecho a destinar embriones para la investigación científica invocado por la solicitante no forma parte del núcleo duro de los derechos protegidos por el art. 8 CEDH en lo que no se refiere un aspecto particularmente importante de la existencia e identidad de Parrillo. En consecuencia, la Corte considera que debe otorgarse al Estado demandado un amplio margen de apreciación en el presente caso (§§174-175).

Además, observa en § 176 a 179 que el destino de embriones no destinados a la transferencia suscita claramente “cuestiones delicadas de carácter moral y ético” (remite a los casos *Evans, S.H. y otros c. Austria*, y *Knecht*) y que las pruebas de derecho comparado de que dispone el TEDH (cfr. §§69 a 76) demuestran que no existe un consenso europeo al respecto, de lo que se desprende que Italia no es el único estado miembro del Consejo de Europa que prohíbe la entrega de embriones humanos para investigación científica. Destaca el Tribunal que los documentos del Consejo de Europa y de la Unión Europea -mencionados en los capítulos III y IV- confirman que las autoridades nacionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad para adoptar legislación restrictiva cuando está en juego la destrucción de embriones humanos, teniendo en cuenta en particular las cuestiones éticas y morales involucradas en la noción del comienzo de la vida humana y la pluralidad de opiniones existentes sobre este tema entre los distintos Estados miembros (§179-180). A modo de ejemplo, señala que el art. 27 del Convenio de Oviedo establece que ninguna de sus disposiciones se interpretará en el sentido de limitar la opción de cada parte de otorgar una protección más amplia con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina; y recuerda que la Opinión N° 15 adoptada el 14 de noviembre de 2000 por el Grupo Europeo de Ética en Ciencias y Nuevas Tecnologías de la Comisión Europea, la Resolución N° 1352 (2003) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo en relación con la investigación con células madre y el Reglamento N° 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de noviembre de 2007, relativo a los medicamentos de terapia avanzada contienen disposiciones similares. Agrega el TEDH en §182 que los límites legislativos impuestos en la materia a nivel europeo están destinados a frenar los excesos en este ámbito, tal como sucede con la prohibición de crear embriones humanos con fines de investigación científica, prevista en el art. 18 del Convenio de Oviedo, o la prohibición de patentar invenciones científicas cuyo proceso de elaboración implique la destrucción de embriones humanos (cfr. sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, 18 de octubre de 2011).

Sentado ello, el TEDH en §183 y siguientes se adentra en el análisis de los argumentos que el legislador italiano tuvo en cuenta para llegar a las soluciones que adoptó, y de este modo comprobar si el legislador logró un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de la persona directamente afectada por la solución en cuestión (cfr. § 86 de *Evans* y § 97 de *S.H. y otros c. Austria*). En primer lugar, explica el TEDH que en el caso bajo análisis ha quedado probado que el Estado italiano garantizó un importante y amplio debate antes de la

sanción de la ley en cuestión, N.º 40/2004, y con posterioridad sometió a diversos referendums su modificación¹¹, teniendo en cuenta los diversos intereses en juego, en particular el interés del Estado de proteger el embrión y el de las personas interesadas de ejercer su derecho a la autodeterminación individual en forma de entrega de sus embriones para la investigación.

Por otra parte y ante el alegato de la recurrente respecto de la incoherencia de la legislación italiana respecto de la protección del ser humano antes de nacer, el TEDH pone en evidencia que se encuentra frente a una queja abstracta. No es tarea del Tribunal analizar en abstracto la coherencia de la legislación italiana en este ámbito (§191). Para ser pertinentes a los efectos de su examen, las contradicciones denunciadas por la demandante deben estar relacionadas con el objeto de la denuncia que plantea ante el Tribunal, a saber, la limitación de su derecho a la libre determinación en lo que respecta al destino de su embriones (cfr. Knecht § 59). Y dado que no lo están, la mayoría del tribunal considera por 16 votos contra uno que el Estado italiano no excedió el amplio margen de apreciación del que goza en la materia, que la injerencia prohibitiva del Estado fue "necesaria en una sociedad democrática" (art. 8 § 2 CEDH), y que no hubo violación del derecho de la demandante al respeto de su vida privada.

3.4. Algunos argumentos de los demás votos

De la opinión concordante del juez Pinto de Albuquerque quisiera resaltar el énfasis con que sostiene que el carácter "adecuado" de la protección al embrión debido por las partes contratantes en la Convención está sujeto a un estrecho control por el tribunal, porque los estados tienen un estrecho margen de apreciación en cuestiones fundamentales acerca de la existencia e identidad del ser humano.

Luego de analizar las normas internacionales aplicables al caso, sostiene el juez que la vida humana por nacer no es, en esencia, diferente de la vida posnatal, y que los embriones deben ser tratados en todas las circunstancias con el debido respeto a su dignidad humana. El propósito científico de salvar vidas humanas no justifica el uso de medios intrínsecamente destructivos para esta vida. El comienzo y el final de la vida humana no son cuestiones políticas libradas a la discreción de los estados miembros del Consejo de Europa. Subraya además que la CEDH establece un límite insuperable para la experimentación sobre la vida humana: es incompatible con la Convención utilizar embriones humanos vivos para la preparación de células madre embrionarias, o para producir embriones humanos clonados y luego destruirlos para producir células madre embrionarias.

Por último, denuncia Pinto de Albuquerque que el embrión no es una cosa o un "bien" (cfr. §215), sino "otra persona" con la que Parrillo tiene una relación parental: la naturaleza privada de la relación entre estos seres humanos es indiscutible, y queda comprendida en el art. 8 CEDH.

Por su parte, la opinión concordante del juez Dedov realiza una crítica al voto de la mayoría del TEDH, dado que considera que la argumentación del Tribunal podría haber contribuido mucho más a la jurisprudencia sobre la protección de la vida humana, si en lugar de limitarse a plantear la cuestión del margen de apreciación, se hubiese adentrado en el análisis de la invocación realizada por el Estado italiano respecto del "potencial de vida del que es portador el embrión" para demostrar la legitimidad de su injerencia en la vida privada de Parrillo.

Dedov destaca que la función del TEDH es determinar los valores fundamentales y los intereses predominantes. En consecuencia, solo puede concluir que el derecho a la vida, como uno de los derechos y libertades fundamentales, está en juego en este caso. Y el hecho de que el derecho a la vida esté en juego, según Dedov, cambia por completo el enfoque judicial, en consonancia con el papel del Tribunal en la interpretación de la CEDH, incluida la obligación positiva de los Estados de preservar el comienzo de la vida.

Dado que el derecho a la vida, que está en juego en el caso, es absoluto, Dedov sostiene que ni el margen de apreciación ni la soberanía ni el consenso son cuestiones relevantes respecto del caso. El derecho a la vida del embrión es un criterio clave para alcanzar la decisión correcta en el caso. Si se hubiese aplicado este criterio, muchos casos anteriores, como los casos Evans, Vo y SH, se habrían decidido a favor de los solicitantes, que de hecho deseaban convertirse en padres y, en consecuencia, se habría salvado la vida de los embriones. Muchas fuentes respaldan este punto de vista, representadas ante el TEDH por terceros intervinientes en el proceso -a modo de amicus curiae- y por las instituciones europeas (v.gr. la Iniciativa Ciudadana Europea "Uno de nosotros", el caso Brüstle antes mencionado y el reglamento Horizonte 2020. En particular, la Recomendación 874 (1979) PACE sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño, la Resolución PACE 1352 (2003) §10 sobre la investigación con células madre humanas).

¹¹Cfr. Marrama, S. E. Referéndum italiano sobre procreación asistida [en línea] Revista Duc In Altum. 2005, 10. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11086>

Especial atención merece el párrafo 6 de su voto, que Dedov dedica a la sentencia de la CorteIDH en el caso Artavia Murillo, en el cual expresa que no concuerda con la conclusión del caso, según la cual la “concepción” sólo ocurre después de la implantación del embrión en el útero. “Desde un punto de vista humano -sostiene-, prefiero la tesis del Gobierno italiano según la cual, para preservar la potencialidad del embrión, es imprescindible implantarlo en el útero de otra mujer que desee ser madre haciendo uso de este método”.

Lo señalado por Dedov es significativo, máxime si se recuerda que, a diferencia del artículo 2 CEDH -que guarda silencio sobre la cuestión del inicio de la vida humana y no define quién es la persona cuya vida está protegida-, el artículo 4 de la CADH expresa, con mayor precisión, que el derecho a la vida debe ser protegido “a partir de la concepción”.

Muy interesante resulta leer la opinión en parte disidente común de los jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano y Yudkivska, quienes concuerdan con el voto de la mayoría del tribunal respecto de la inexistencia de violación del art 8 CEDH en el caso, pero por diversas razones. Consideran que la denuncia de la demandante es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del CEDH.

Explican que tanto la Comisión como la Corte han tenido la oportunidad de pronunciarse con anterioridad sobre muchos casos sensibles en los que se han planteado cuestiones fundamentales sobre la potencialidad de la vida humana, el comienzo de la vida humana y la vida humana embrionaria o fetal, en relación o no con los derechos de la personalidad de otros. Si bien la Corte sostuvo que las cuestiones relativas a la procreación -y, en particular, la decisión de ser o no padre- constituyen un aspecto de la vida privada de las personas, se abstuvo de pronunciarse sobre el punto fundamental de saber cuándo comienza la “vida protegida” por la Convención. En consecuencia, se abstuvo de pronunciarse sobre el estatuto del embrión humano como tal.

En el presente caso, tal como lo reconoce la mayoría del Tribunal en su voto, la demandante reclamaba el derecho a “disponer de los embriones” (ver §149) o, en otras palabras, el derecho a “decidir el destino” de los embriones resultantes de fecundación *in vitro* (ver §152). Sin embargo, la Corte resuelve aquí, por primera vez, que el hecho de “decidir el destino” de los embriones o de “disponer” de ellos se encuentra comprendido dentro del derecho de las personas al respeto de su vida privada (§152). Esta sentencia marca, por tanto, un punto de inflexión decisivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta es una decisión de gran alcance, y en la opinión de estos jueces, inaceptable, sobre el estado del embrión humano. La conclusión a la que llega la mayoría resulta desconcertante no sólo por la connotación utilitaria de los términos que utiliza para referirse al embrión humano, sino también por la lógica desconcertante en la que se basa la decisión adoptada. La razón por la que la mayoría considera que una elección relativa a “la suerte del embrión” entra en el ámbito de la vida privada de la demandante se debe al “vínculo existente entre la persona que ha recurrido a la fecundación *in vitro* y los embriones así concebidos”. Según la mayoría, este vínculo se deriva del hecho de que “[estos embriones] contienen el patrimonio genético de la persona en cuestión y como tales representan una parte constitutiva de esa persona y de su identidad biológica” (§158).

Contrariamente a la opinión de la mayoría, consideran estos jueces que el embrión no puede ser considerado como una simple parte constitutiva de la identidad de tal o cual persona, ya sea esta identidad biológica o de otra naturaleza. Aunque hereda la genética de sus “padres” biológicos, el embrión humano es una entidad separada y distinta desde las etapas más tempranas de su desarrollo. Si el embrión fuese sólo una parte constitutiva de la identidad de tal o cual persona, se preguntan estos jueces: ¿por qué se dedicarían tantos informes, recomendaciones, convenios y protocolos internacionales a su protección? Estos instrumentos reflejan la existencia, dentro de la comunidad humana, de un amplio consenso sobre el hecho de que el embrión no es una simple “cosa”. Tal como lo ha declarado la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el embrión es una entidad que “debe gozar en todas las circunstancias del respeto debido a la dignidad humana” (ver Parte III “Documentos del Consejo de Europa”, punto A del voto de la mayoría).

El enfoque adoptado por el TEDH en el presente caso consagra, a juicio de los jueces cuya opinión es en parte disidente, una concepción positivista y reduccionista del embrión humano. Habiendo calificado al embrión como “parte constitutiva” del material genético y de la identidad biológica de tal o cual persona, la Corte decide que la cuestión del destino del embrión y del “uso” que puede hacerse de él, se encuentra dentro de la esfera del derecho a la intimidad de esa persona. El ADN del embrión humano, como el de todas las demás entidades humanas, proviene necesariamente del de sus “padres” biológicos. Pero es azaroso y arbitrario confiar en el simple parentesco genético para decidir que el destino de una entidad humana cae dentro del derecho de tal o cual persona a la autodeterminación.

La confusión que caracteriza el razonamiento de la mayoría y que se manifiesta en la parte dedicada a la admisibilidad de la demanda, lamentablemente se extiende, a juicio de estos jueces, al razonamiento de fondo de la sentencia (ver §167). Para valorar la proporcionalidad de la prohibición controvertida, la mayoría considera

que puede vincularse a la finalidad de proteger “los derechos y libertades de los demás”, ¡pero se apresura a añadir que ello no implica ningún juicio sobre si la palabra “otro” abarca el embrión humano!

Consideran estos jueces, por su parte, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte vigente hasta el momento, que hubiera sido preferible concluir que el derecho de la demandante a la “autodeterminación” como un aspecto de su vida privada no está en cuestión en el caso, ya que no se planteó la cuestión de la posible maternidad.

Señalan con agudeza que la interesada declaró en la causa que la donación de sus embriones despertaría en ella un “sentimiento noble”. Sin embargo, resaltan que es innecesario explicar que la CEDH tiene por objeto exclusivo proteger los derechos humanos fundamentales, no promover los sentimientos, cualquiera que sea su naturaleza.

Por lo expuesto, entienden que el derecho reclamado por la solicitante de “disponer de sus embriones” para fines de investigación científica no entra dentro del ámbito del art. 8 CEDH. En consecuencia, consideran que la demanda debió ser desestimada por ser incompatible *ratione materiae* con las disposiciones de la Convención.

4. Conclusión

De lo explicado brevemente se puede concluir que **el único caso abordado por los organismos jurisdiccionales supranacionales de protección de derechos humanos referido a la posibilidad de destruir embriones humanos congelados es el caso Parrillo v. Italia**, resuelto en el año 2015 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el caso, el Tribunal consideró por 16 votos contra 1, que el Estado de Italia obró dentro de su margen nacional de apreciación, sin violar el art. 8 CEDH; es decir, que al prohibir en su legislación interna la experimentación con embriones humanos, no vulneró el derecho a la vida privada de Adelina Parrillo, cuya voluntad era destinar los 5 embriones congelados -que habían sido generados mediante fecundación in vitro-, para investigación científica, experimentación que conlleva la muerte de los mismos.

Las opiniones concordantes de los jueces Pinto de Albuquerque y Dedov y la opinión en parte disidente común de los jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano et Yudkivska van mucho más allá de la consideración formal del margen de apreciación en la argumentación, reconociéndole entidad y protección convencional a los embriones congelados.

Considero que el anhelo de los jueces mencionados en el párrafo anterior encontró cabida y realización en la sentencia dictada por el TEDH dos años después, en el caso *Paradiso y Campanelli v. Italia*¹². En ella, el TEDH, por primera vez, se centra más en los derechos fundamentales en juego que en el margen formal de apreciación nacional.

¹²TEDH, Sentencia PARADISO ET CAMPANELLI v. ITALIE (Requête no 25358/12). ARRÊT. STRASBOURG. 24/01/2017. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-170867\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés.