

# ¿UN DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS EMBRIONES IN VITRO? ¿UN DERECHO A DECIDIR SU DONACIÓN A LA CIENCIA? UN CONTROVERTIDO DEBATE (TEDH, PARRILLO C. ITALIA)<sup>1</sup>

Por

HELENA TORROJA MATEU\*  
Profesora agregada de Derecho Internacional Público  
Universidad de Barcelona

[htorroja@ub.edu](mailto:htorroja@ub.edu)

*Revista General de Derecho Europeo* 39 (2016)

**RESUMEN:** En este caso, el TEDH falla sobre las reclamaciones contra Italia por violación del derecho de la demandante al respeto a su vida privada (art. 8 del CEDH) y a la protección de su propiedad (art. 1 del Protocolo nº 1 al CEDH), porque la prohibición general contenida en la ley 40/2004 de donar embriones in vitro a la investigación científica le impedía hacer uso de sus cinco embriones criopreservados en tal sentido. Es la primera vez que el TEDH establece que la donación a la ciencia de los embriones entra dentro del ámbito de la "vida privada". Destaca también por la afirmación del Tribunal de que los embriones no son "bienes" en el sentido del artículo 1 del Protocolo nº 1 al CEDH, si bien tampoco deja claro su estatuto jurídico ni se pronuncia sobre que sean vida.

**PALABRAS CLAVE:** TEDH, derecho a la vida privada, margen de apreciación, derecho a la propiedad, embriones in vitro, investigación científica.

**SUMARIO:** I. El asunto Parrillo c. Italia: introducción: 1. Hechos y posiciones de las partes; 2. Problemas jurídicos principales. II. Argumentación del tribunal. Aspectos controvertidos y posiciones enfrentadas entre los jueces: 1. Sobre la alegación de violación del derecho al respeto a la vida privada (art. 8 del Convenio). 1.1. Admisibilidad de la reclamación: ¿pertenece al ámbito de la vida privada la decisión de donar a la investigación científica los embriones in vitro criopreservados? 1.2. La conformidad de la injerencia de las autoridades públicas italianas al párrafo segundo del artículo 8 del Convenio. 1.2.1. La legitimidad de la finalidad perseguida por la prohibición de la Ley 40/2004. 1.2.2. La necesidad de la injerencia en una sociedad democrática. 1.2.2.1. El margen de apreciación del Estado: ¿amplio o estrecho? 1.2.2.2. Límites al margen de apreciación del Estado: la proporcionalidad de la prohibición general de donar embriones a la investigación científica de la Ley 40/2004. 2. Sobre la alegación de violación del derecho al respeto de la propiedad (artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio). III. Valoración general de la sentencia: aportaciones y cuestiones abiertas: 1. Sobre el estatuto del embrión in vitro criopreservado. 2. Sobre la consideración de la decisión de donar los embriones in vitro criopreservados a la investigación científica dentro del ámbito del derecho a la vida privada. 3. Sobre el margen de apreciación del Estado en relación a la donación a la investigación científica de embriones in vitro criopreservados y la proporcionalidad de su prohibición general en Italia. IV. Epílogo: lo que sugiere el problema esencial de fondo.

---

<sup>1</sup> Este comentario se enmarca en el Proyecto del MINECO (DER2012-36793) dirigido por el Dr. Xavier Pons i Ràfols, titulado *Desafíos regulatorios del Derecho internacional y europeo ante los avances de las ciencias de la vida y la biotecnología moderna*.

\* (Titular ANECA). Directora académica del Centro de Estudios Internacionales (UB-MAEC-La Caixa).

## **A RIGHT TO PROPERTY OVER IN VITRO EMBRYOS? A RIGHT TO DECIDE ON DONATING THEM TO SCIENCE? A CONTROVERSIAL DEBATE (ECHR, CASE OF PARRILLO c. ITALY)**

**ABSTRACT:** In this case, the ECHR judges the complaints against Italy on the violation of the applicant's right to respect for private life (art. 8 of the Convention) and the right to protection of property (article 1 of Protocol number 1 to the Convention), being that the Act 40/2004 blanket ban on donating in vitro embryos to scientific research had impeded the applicant from making use of her five cryopreserved embryos with such an aim. It is the first time that the ECHR states that the donation of embryos to scientific research is within the scope of "private life". It also highlights the Court's statement that embryos are not "possessions" in the sense of Article 1 of the Protocol nº 1 to the ECHR, even though the Court is not clear enough about its legal status nor does it state if the embryos are considered a life.

**KEYWORDS:** ECHR, right for private life, margin of appreciation, right of property, in vitro embryos, scientific research.

Fecha de recepción: 07.04.2016

Fecha de aceptación: 19.05.2016

### **I. EL ASUNTO PARRILLO C. ITALIA: INTRODUCCIÓN**

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante también el Tribunal o el TEDH), Parrillo c. Italia, fue emitida el pasado 27 de agosto de 2015<sup>2</sup>. Es una extensa sentencia (de unas cincuenta páginas) a la que se anexan hasta seis opiniones separadas (concurrentes o disidentes) que en total vienen a ocupar otras casi cincuenta páginas<sup>3</sup>. Destaca también la participación de un importante número de terceros interesados, cuyas posiciones giran en torno a su visión opuesta sobre la naturaleza del embrión *in vitro*, reflejo del vivo y denso debate en el seno de la

---

<sup>2</sup> La Sentencia fue adoptada en inglés y francés. En este comentario, se ha trabajado principalmente con la versión inglesa. Todas las referencias que se incluyen son al texto de la Sentencia, indicando el párrafo correspondiente (así por ejemplo, la indicación párr. 55, se refiere al párrafo 55 de la Sentencia). Las referencias a las Opiniones concurrentes o disidentes de los jueces, adjuntas a la Sentencia, se indican también en relación al párrafo del texto, señalando siempre autor o autores de la opinión concurrente o disidente.

<sup>3</sup> Por orden de presentación anexadas a la Sentencia, las opiniones separadas son las siguientes: (a) Opinión concurrente del Juez Pinto de Albuquerque; (b) opinión concurrente del Juez Dedov; (c) opinión conjunta parcialmente concurrente de los Jueces Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou y Dedov; (d) opinión conjunta parcialmente disidente de los Jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano and Yudkivska; (e) opinión parcialmente disidente del Juez Nicolaou; y (f) opinión disidente del Juez Sajó (Asunto Parrillo c. Italia, pp. 50 a 98).

sociedad italiana<sup>4</sup>. Estos datos sirven ya para mostrar la intensidad del debate que tuvo lugar en la Gran Sala y la dificultad del consenso entre los jueces en torno a los aspectos fundamentales en cuestión.

Estamos ante un caso más de problemas éticos y jurídicos resultantes de los avances de la biotecnología y concretamente de las técnicas de fertilización *in vitro*<sup>5</sup>. La novedad en relación a asuntos anteriores es que por primera vez se plantea el Tribunal la protección del derecho a decidir sobre el destino de los embriones *in vitro* no implantados y criopreservados<sup>6</sup>; en este caso, del *derecho a decidir donarlos a la investigación científica*. La posición de la mayoría del Tribunal defendiendo la subsunción de este derecho bajo el *derecho a la protección a la vida privada* ha sido calificada por algunos como una decisión de gran alcance que marca un giro en la jurisprudencia del Tribunal, en su opinión, desafortunadamente, algo sobre lo que volveremos más adelante. Es evidente que si tal derecho es del ámbito de la vida privada de los progenitores o causantes últimos de los embriones *in vitro* criopreservados -y quiero aquí llamar la atención desde un primer momento sobre dificultad de encontrar una denominación técnico-jurídica adecuada para referirse a los *causantes últimos* de los embriones *in vitro*, o progenitores<sup>7</sup>-, significa que estos embriones no tienen una identidad separada y distinta de los mismos, puesto que pertenecen al ámbito de *su vida privada*. En consecuencia, hay un pronunciamiento implícito sobre el *estatuto o la naturaleza jurídica del embrión in vitro criopreservado*. Este es el problema de fondo que la mayoría del Tribunal ha preferido no abordar directamente desde un principio, dejándolo para el final

---

<sup>4</sup> El *European Center for Law and Justice* (en adelante, ECLJ), las asociaciones *Movimento per la vita*, *Scienza e vita*, *Forum delle associazioni familiari*, *Luca Coscioni*, *Amica Cicogna Onlus*, *L'altra cicogna Onlus*, *Cerco bimbo*, *VOX - Osservatorio italiano sui Diritti*, *SIFES - Society of Fertility, Sterility and Reproductive Medicine and Cittadinanzattiva* y cuarenta y seis miembros del Parlamento italiano.

<sup>5</sup> Hasta ahora el debate se ha centrado en problemas relacionados sobre una futura paternidad o sobre el potencial de vida de los embriones. Una síntesis y comentario crítico de los casos principales que ha abordado el Tribunal sobre la materia se puede encontrar en FARNÓS AMORÓS, E., "Bioética en los tribunales La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*", *Revista de Bioética y Derecho*, nº 36, 2016, pp. 93-111.

<sup>6</sup> Técnicamente se trata de los embriones creados *in vitro* restantes, que no se implantan en el útero para que puedan seguir su proceso biológico, sino que son congelados o vitrificados (técnica distinta, más moderna, que hoy generalmente ha reemplazado a la congelación) y posteriormente criopreservados, esto es, almacenados en recipientes especiales a muy bajas temperaturas para proteger su conservación y eventual futura implantación.

<sup>7</sup> Una de las dificultades al referirse a los embriones *in vitro* en el discurso jurídico, que queda patente a lo largo de la sentencia y opiniones adjuntas de los jueces, es cómo referirse a los causantes últimos de estos embriones. ¿Son los *progenitores*? ¿los *padres*? No son hijos todavía o nunca... luego no es del todo correcto hablar en estos términos. ¿Son los *titulares*? Si nos referimos así a ellos ya estamos preconociendo que los embriones *in vitro* son sus cosas o propiedades... Para evitar entrar en estos detalles a lo largo de la redacción, en nos referiremos a ellos como los *progenitores* y a los embriones *in vitro* como a *sus* embriones.

de su argumentación en la Sentencia. Tal falta de concreción inicial ha dado lugar a relevantes contradicciones en la argumentación. Lo cual convierte al caso en realmente interesante y digno de lectura, cuyo contenido aquí vamos a sintetizar destacando los aspectos más trascendentes.

### **1. Hechos y posiciones de las partes**

La Sra. Adelina Parrillo (la demandante) y su pareja recurrieron a la reproducción asistida, en el *Centro para la medicina reproductiva en el Hospital europeo* (en adelante, el Centro), en Roma, en 2002. Mediante un sometimiento de la fertilización *in vitro* (FIV) se obtuvieron cinco embriones que se colocaron en criopreservación. Cuando más tarde fallece su pareja -el 12 de noviembre de 2003, de una bomba en Irak donde ejercía de corresponsal- no se habían implantado todavía los embriones. Unos meses después, la Sra. Parrillo decide que la mejor solución para los embriones es donarlos a la investigación científica, dado que ha renunciado a seguir con el proyecto familiar pensado en y para otras circunstancias. Solicitó (verbalmente) y en varias ocasiones pero siempre sin éxito, la entrega de los embriones por el Centro. Posteriormente, reiteró su petición por escrito el 14 diciembre de 2011, recibiendo de nuevo una respuesta negativa, sobre la base de la prohibición de la investigación sobre embriones contenida en la sección 13 de la Ley italiana nº 40 de 19 de febrero de 2004 (en adelante, la Ley 40/2004). Los embriones continuaron criopreservados en la unidad de almacenamiento del mismo Centro donde el tratamiento de FIV fue realizado.

Dado que la Ley italiana contenía una prohibición general de donar los embriones a la investigación científica, la Sra. Parrillo entendió que cualquier acción en un tribunal ordinario hubiese sido resuelta en su contra y se dirigió al TEDH presentando su demanda el 26 de julio de 2011. Concretamente, alegaba que la prohibición bajo la sección 13 de la Ley 40/2004 de donar a la investigación científica los embriones concebidos a través de reproducción asistida médicamente, era incompatible con su derecho al respeto a su vida privada y su derecho al goce pacífico de sus bienes, garantizadas respectivamente por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante también el Convenio o el CEDH) y el artículo 1 del Protocolo nº 1 al CEDH. A su vez, alegaba la violación de su libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio, del cual forma parte, según ella, la investigación científica como un aspecto fundamental. La Sra. Parrillo pretendía de esta manera le fuera reconocida la protección de su derecho a donar embriones a la investigación científica.

El caso fue remitido en un primer momento a la Sección segunda del Tribunal, quien comunicó al Gobierno italiano las dos primeras reclamaciones, considerando inadmisibles las referentes al artículo 10 del Convenio. Ocho meses más tarde, por unanimidad, los

jueces decidieron renunciar en favor de la Gran Sala. El Gobierno italiano respondió alegando tres objeciones a la admisibilidad de la reclamación: que la demandante no había agotado los recursos internos existentes en el derecho interno; que no había presentado la reclamación dentro del plazo de seis meses establecido en el artículo 35.1 del Convenio; y que no tenía el estatuto de víctima. En cualquier caso, negaba también que hubiera habido violación alguna del Convenio.

## **2. Problemas jurídicos principales que se plantean**

Brevemente veamos los principales problemas planteados distinguiendo entre aspectos de procedimiento y de fondo.

### *2.1. Problemas de procedimiento*

El Tribunal ha de resolver en primer lugar las excepciones presentadas por el Gobierno italiano de falta de agotamiento de los recursos internos, presentación de la demanda fuera de plazo, y falta de estatuto de víctima de la demandante. Las tres excepciones son rechazadas, la primera por unanimidad y las otras dos por mayoría. Presenta interés la segunda cuestión, en la medida en que el Tribunal considera que la prohibición italiana contenida en Ley 40/2004 generaba una situación continuada de violación de derechos de la demandante, que hacía inoperante el requisito del cumplimiento del plazo de los seis meses desde la producción del hecho causante de la violación del Convenio. Para el juez Nicolaou, como señala en su opinión parcialmente disidente, la demanda debería haberse inadmitido por estar fuera de plazo, dado que la situación de violación continuada se establece por la presunción de la mayoría del Tribunal de la existencia de una violación del derecho a la vida privada, lo que para él no era así<sup>8</sup>.

### *2.2. Problemas de fondo*

Los problemas sobre el fondo del asunto se centran en la alegación de la violación por el Estado italiano del CEDH, en su artículo 8 y en el artículo 1 del Protocolo nº 1 al mismo. En concreto, se pueden sintetizar así:

En primer lugar, el Estado Italiano, negando a la Sra. Parrillo la donación de los cinco embriones criopreservados a la investigación científica ¿ha violado su derecho al respeto a su vida privada? La resolución de este problema lleva aparejados otros problemas que deben resolverse previamente, a saber:

---

<sup>8</sup> Opinión parcialmente disidente del Juez Nicolaou, párr. 3 y 14.

- ¿Pertenece al ámbito de la vida privada la decisión sobre el destino de los *proprios* embriones *in vitro* criopreservados? Ello conlleva determinar qué tipo de relación existe entre la demandante y sus embriones y por ende, qué estatuto jurídico tienen los embriones *in vitro*.

- Resuelta esta cuestión, deberá resolverse si la injerencia de las autoridades italianas sobre la vida privada de la demandante es conforme a los requisitos establecidos en el artículo 8 párrafo segundo del Convenio, a saber: que esté establecida por ley, que persiga un fin legítimo de los que están expresamente tasados en el Convenio y, por último, que la medida fuera necesaria en una sociedad democrática.

Y en segundo lugar, el Estado italiano con su prohibición de cualquier donación de embriones a la investigación científica, ¿ha violado el derecho al respeto de la propiedad de la reclamante con relación a “sus” embriones? Esta cuestión conlleva resolver otro problema:

- ¿Son los embriones susceptibles de apropiación? O lo que es lo mismo, ¿cuál es su estatuto jurídico?

Como se desprende, hay un problema transversal que es además fundamental para la resolución de cada una de las dos cuestiones de fondo: la determinación del estatuto jurídico de los embriones *in vitro* criopreservados.

## **II. ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL, ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y POSICIONES ENFRENTADAS ENTRE LOS JUECES**

Si bien las cuestiones de procedimiento tienen también interés, aquí nos centramos en las *cuestiones materiales* del caso, sobre el fondo del asunto.

### **1. Sobre la alegación de violación del derecho al respeto a la vida privada (art. 8 del Convenio)**

El Tribunal, como es habitual, analiza esta alegación en dos fases, la del examen de la *admisibilidad* de la reclamación y la del análisis más de *fondo* o valoración de si ha habido o no violación del Convenio. Veamos los principales rasgos de su argumentación en cada una de ellas.

1.1. *Admisibilidad de la reclamación: ¿pertenece al ámbito de la vida privada la decisión de donar a la investigación científica los embriones in vitro criopreservados?*

En primer lugar, el Tribunal deber resolver sobre si el derecho al respeto a la vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio, abarca, entre otros, el *derecho a hacer uso de los embriones* obtenidos mediante fertilización *in vitro* o *derecho de donarlos a la investigación científica*, tal como invoca la demandante. Si es así, esta reclamación deberá ser declarada admisible. La pregunta la podemos plantear también en estos términos: ¿es un ejercicio de la vida privada el decidir donar los (*propios*) embriones *in vitro* a la ciencia, en lugar de decidir su implantación para que prosigan su ciclo biológico? Es la primera vez que ante el TEDH se ha planteado la cuestión de la donación de los embriones a la ciencia, pues hasta ahora el debate había sido sobre cuestiones relacionadas sobre una futura paternidad o sobre el potencial de vida de los embriones, como hemos dicho ya.

Las posiciones de las partes son enfrentadas. Para el Gobierno, el artículo 8 del Convenio sólo podría haberse aplicado con relación al respeto a la vida familiar y no a la vida privada y siempre y cuando la demandante hubiese querido empezar una familia mediante la criopreservación y posterior implantación de los embriones y la ley italiana se lo hubiese prohibido (párr.149), lo que no era el caso. Por su parte, la demandante alegaba que tras la muerte de su pareja ya no tenía ninguna intención de empezar una familia y que por lo tanto ella nunca había alegado ante el Tribunal la violación de su derecho al respeto a su vida familiar, sino al respeto a su vida privada.

Para el Tribunal el asunto en realidad se refiere a la limitación del derecho alegado por la demandante a *decidir la suerte de sus embriones* (párr. 152) o a *hacer uso de ellos* (párr. 149). Como también alega la demandante, afirma el Tribunal que el concepto de *vida privada* en el marco del artículo 8 de la Convenio es *amplio y no susceptible de una definición exhaustiva* (párr. 153). Indica el Tribunal que en casos anteriores ha determinado que este concepto abarca: un derecho de autodeterminación (*Pretty c. Reino Unido*, sentencia de 29 de abril de 2002), el derecho al respeto a ambas decisiones, la de llegar o no a ser padre (ver *Evans v. Reino Unido*, Gran Sala, sentencia de 10 de abril de 2007, y *A, B y C c. Irlanda*, Gran Sala, sentencia de 16 de diciembre de 2010); o el derecho a la transferencia de los embriones del centro médico donde habían estado almacenados a una clínica especializada de la elección de los afectados (*Knecht v. Rumania*, sentencia de 2 de octubre de 2012).

En este punto de su argumentación, el Tribunal considera que “debe también tener en cuenta la relación existente entre la persona que se ha sometido a la fertilización *in vitro* y los embriones así concebidos y que es debida al hecho de que los embriones contienen el material genético de la persona en cuestión y en consecuencia representan una parte constituyente del material genético y la identidad biológica de tal persona” (párr. 158, traducción de la autora). Sobre esta base el Tribunal concluye que la

capacidad de la demandante de ejercer una consciente y considerada elección sobre la suerte de *sus* (“her” en versión inglesa, “ses” en francesa) embriones afecta a un íntimo aspecto de su vida privada y en consecuencia se relaciona con su derecho de autodeterminación (párr. 159). Así, el Tribunal declara por mayoría que el artículo 8 de la Convenio es por tanto aplicable desde la perspectiva del respeto a la vida privada y en consecuencia la reclamación es admisible.

Este argumento, que es determinante para el Tribunal, encierra una posición sobre el estatuto del embrión que merece mayor detenimiento. Ciertamente, con su afirmación de que “los embriones contienen el material genético de la persona en cuestión y en consecuencia representan una parte constituyente del material genético y la identidad biológica de tal persona” (párr. 158), el Tribunal se está pronunciando de forma implícita sobre su concepción sobre la naturaleza del embrión, algo que puede pasar por alto si uno no se detiene bien en la lectura del argumento. Porque, en otras palabras, para el Tribunal, la relación entre la demandante y sus embriones es más que estrecha: los embriones *son parte constituyente de su material genético y de su identidad biológica*. Por tanto, la decisión sobre éstos, sobre algo que forma parte de ella, sin duda, no podía dejar de estar dentro del ámbito de su vida privada.

Esta posición generó controversia entre los magistrados y dio lugar a varias opiniones separadas y en dos sentidos opuestos: unos, criticando la reducción inaceptable de la naturaleza del embrión a cosa que el argumento conlleva; otro de los jueces, reduciendo aún más la naturaleza del embrión a mera “huella genética” o “material biológico”.

Así, por una parte, critican la visión del Tribunal manifestándose totalmente en contra los jueces Casadevall, Ziemele, Power-forde, De Gaetano and Yudkivska, por conllevar una visión positivista y reduccionista del embrión humano, así como utilitarista sobre su naturaleza<sup>9</sup>. Para ellos, la mayoría del Tribunal con este argumento está reduciendo los embriones a “cosas” de las que se puede disponer. No consideran que los embriones se puedan reducir a partes de la identidad de ningún otro, biológica u otra. Aunque contiene la herencia genética de los “padres biológicos”, un embrión es al mismo tiempo, “a separate and distinct entity albeit at the very earliest stages of human development” (párr. 6). Y con mucha lógica, afirman que si un embrión humano no fuera más que parte de la identidad de otra persona, “then why the abundance of international reports, recommendations, conventions and protocols that relate to its protection? These instruments reflect the broad general acceptance within the human community that embryos are more than simply ‘things’. They are [los embriones], as the Parliamentary Assembly of the Council of Europe has put it, entities ‘that must be treated in all

---

<sup>9</sup> Opinión conjunta parcialmente disidente de los Jueces Casadevall, Ziemele, Power-forde, De Gaetano and Yudkivska, párr. 7.

circumstances with the respect due to human dignity' (párr. 6). El mero compartir de material genético es una base peligrosa y arbitraria para determinar que la suerte de una entidad humana cae dentro del ámbito del derecho de otra persona a la autodeterminación (párr. 7), argumento luego calificado de confuso o embrollado (párr.8). Para ellos, hubiera sido mejor que el Tribunal hubiera considerado que al no tratarse de un caso de paternidad futura (o prospectiva) no se trata del derecho de autodeterminación y por tanto, del derecho al respeto a la vida privada. Sencillamente, el derecho a hacer uso de los embriones para investigación científica no es un derecho protegido por el Artículo 8 de la Convención (párr. 9). Por tanto la reclamación debería haberse declarado inadmisibile en este momento. Para estos magistrados, por primera vez el TEDH ha afirmado que la decisión sobre la suerte de los embriones o sobre hacer uso de ellos entra dentro del derecho al respeto a la vida privada y en consecuencia "this judgment marks as a critical turning point in the Court's jurisprudence. It makes a far-reaching and, in our view, an unacceptable pronouncement on the status of the human embryo" (párr. 4)<sup>10</sup>.

De manera similar, el juez Pinto de Albuquerque, en su extensa opinión concurrente califica de científicamente inadmisibile, tanto desde el punto de vista ontológico como biológico, el argumento del párrafo 158 que se ha transcrito, adoptado por la mayoría<sup>11</sup>. Para él, la mayoría del Tribunal ha pasado por alto el hecho de que el embrión es "a different biological identity from the person who has undergone IVF, although the embryo does contain that person's genetic material (...). The majority forget that human dignity makes it imperative to respect "the uniqueness and diversity" of each human being, as the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights puts it. In other words, every human being is far more than a unique combination of genetic information that is transmitted by his or her progenitors" (párr.33).

De manera indirecta, el juez Nicolaou, en su opinión parcialmente disidente, también se manifiesta en desacuerdo con la mayoría del Tribunal, defendiendo que la elección sobre la suerte de los embriones no es una cuestión del ámbito del derecho de autodeterminación y por ende, del respeto de la vida privada. Opina además que la mayoría del Tribunal se contradice en su argumentación en el siguiente sentido. Si bien, consideran que el embrión es "parte constituyente del material genético y la identidad biológica de tal persona" (párr. 158), más adelante afirman que "to donate embryos to scientific research is not one of the core rights attracting the protection of Article 8 of the

---

<sup>10</sup> Y es que para ellos, "To date, both the former Commission and the Court have refrained from pronouncing on the fundamental question as to when 'protected life' under the Convention begins. It has, therefore, avoided making any ruling on the status of the human embryo, as such" (*Ibid.*, párr. 3).

<sup>11</sup> Opinión concurrente del Juez Pinto de Albuquerque, párr. 33.

Convention as it does not concern a particularly important aspect of the applicant's existence and identity" (párr. 174)<sup>12</sup>; y más tarde afirman que "... whilst the right asserted by the applicant to decide the fate of her embryos relates to her wish to contribute to scientific research, that cannot however be seen as a circumstance directly affecting the applicant" (párr. 192). Para el juez Nicolaou, "what she contemplated doing - namely, donating the embryos for research - did not directly affect her in her private life"; pues en su opinión, hay una "rather tenuous nature of the link between the applicant and the frozen embryos. It seems to me that although there is indeed a meaningful link, since the embryos emanated from the genetic material of the applicant and her partner, and this link brings the matter within the ambit of Article 8, it does so only at the periphery and amounts to no more than the possibility, on the part of the applicant, of expressing a wish concerning their fate"<sup>13</sup>.

Por otra parte, en sentido contrario, el juez Sajó, en su detallada opinión disidente, concreta al respecto que está de acuerdo con la visión del Tribunal salvo que en su opinión el ejercicio de elección por la demandante sobre la suerte de los embriones no sólo está "relacionado" con el derecho de autodeterminación, sino que "es" un "ejercicio de este derecho"<sup>14</sup>. En este caso, no se trata de los derechos de paternidad, ni incluso de los posibles derechos de un feto, sino que se trata del derecho de la demandante a "actuar como un individuo libre y autónomo con relación a "su huella genética" (párr. 1). La visión del juez Sajó es similar en este sentido a la del Tribunal sobre el estatuto del embrión: éstos no son una entidad separada y autónoma; son parte del material genético e identidad de la persona afectada, en opinión del Tribunal, o su huella genética, en opinión del juez Sajó<sup>15</sup>.

### *1.2. La conformidad de la injerencia de las autoridades públicas italianas al párrafo segundo del artículo 8 del Convenio*

Al entrar en el fondo del asunto, en primer lugar el Tribunal coincide con las partes en considerar que la Ley 40/2004 constituye una injerencia en el derecho a la vida privada de la demandante, cumpliéndose a su vez, el primero de los requisitos del párrafo segundo del Artículo 8 de la Convenio. El Tribunal también indica que en el momento en que la demandante acudió a la fertilización *in vitro*, no había legislación alguna y por tanto hasta que la ley no entró en vigor, no tuvo impedimento alguno de donar los

---

<sup>12</sup> *Ibid*, párr. 9 y ss.

<sup>13</sup> *Ibid*, párr. 13.

<sup>14</sup> Opinión disidente del juez Sajó, párr. 1.

<sup>15</sup> Más tarde este juez se refiere a los embriones como al "material biológico" de la demandante (*ibid.*, párr. 14).

embriones no implantados a la investigación científica. Pero este argumento no le lleva a plantearse la inexistencia de legislación, como si lo hace el juez Sajó en su opinión disidente<sup>16</sup>.

La Corte pasa a continuación a examinar la *legitimidad de la finalidad perseguida* mediante la adopción de la Ley 40/2004 (1.2.1), para después analizar si tal injerencia *era necesaria en una sociedad democrática* (1.2.2).

#### 1.2.1. La legitimidad de la finalidad perseguida por la prohibición de la Ley 40/2004

Según el Gobierno la finalidad perseguida mediante la prohibición de donar embriones a la investigación científica es proteger el potencial de vida del embrión (“embryo’s potential for life”). Siguiendo su jurisprudencia, la Corte reitera que la lista de excepciones enunciadas en el párrafo segundo del Artículo 8 del CEDH es *exhaustiva* y su definición *restrictiva* (párr. 163). En este caso, el Gobierno italiano no fundamenta su excepción en ninguno de los fines enunciados en el párrafo segundo de Artículo 8; tan sólo, remitiéndose a sus consideraciones posteriores en relación al Artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio, indica que en el sistema italiano “the human embryo is considered as a subject of law entitled to the respect due to human dignity” (párr.165). Aspecto sobre el que también insisten varios de los terceros participantes en el procedimiento (el ECLJ y las asociaciones *Movimento per la vita*, *Scienza e vita* y *Forum delle associazioni familiari*). En este punto, la Corte toma la iniciativa y decide *motu proprio* determinar cuál de los fines del párrafo segundo del Artículo 8 estaría tras la protección del *potencial de vida del embrión* alegada por el Gobierno; esta finalidad “may be linked to the aim of protecting morals and the rights and freedoms of others, in the terms in which this concept is meant by the Government (párr. 167). Y añade lo siguiente a tal afirmación: “[h]owever, this does not involve any assessment by the Court as to whether the word “others” extends to human embryos” (*ibid.*). Este argumento es controvertido. De nuevo aparece y de forma implícita, la percepción de la mayoría del Tribunal sobre el estatuto del embrión. Este es el aspecto que no agrada a varios jueces que disienten en el siguiente sentido.

Por una parte, los jueces Casadevall, Ziemele, Power-forde, De Gaetano y Yudkivska critican intensamente que la mayoría del Tribunal matice que su afirmación “does not

---

<sup>16</sup> Para el juez Sajó el hecho de la inexistencia de ley en el momento de la fertilización *in vitro*, así como durante los cuatro meses después de la muerte de la pareja de la Sra. Parrillo, hasta la entrada en vigor de la ley, conlleva que no se cumpliera el requisito de la existencia de una injerencia establecida en la ley. Para el juez Sajó esta cuestión está por tanto mal resuelta (Opinión disidente del juez Sajó, párr. 2).

involve any assessment as to whether the word ‘others’ extends to human embryos!!”<sup>17</sup>. Para ellos, este argumento no es sino la continuación del embrollado razonamiento de la mayoría sobre la relación entre el embrión y la demandante que se realizó en la primera fase de admisibilidad; recuérdese que entonces al determinar que la decisión sobre la suerte de los embriones o sobre su uso, entraba dentro del ámbito de la vida privada, la mayoría del Tribunal afirmó que los embriones “*representan una parte constituyente del material genético y la identidad biológica de tal persona*” (párr. 158); se pronunciaba así implícitamente sobre el estatuto de los embriones *in vitro*, considerándolos como “partes de la identidad de otro”, como meras “cosas”, lo que era inadmisibile para estos jueces<sup>18</sup>. Por eso, de nuevo aquí, la mayoría se ve compelida a tener que aclarar que por “los demás” (“others” en versión inglesa) no se están refiriendo necesariamente a los “embriones”. Con esta aclaración, en mi opinión, no han hecho más que introducir confusión. Lo que a mi entender se desprende es que la mayoría del Tribunal considera que los embriones no son entidades separadas y distintas de sus causantes, sino parte de su material genético. Por lo que, no son “los demás” (“others”). Aunque, como luego afirmarán al analizar la admisibilidad de la queja con relación a la violación del derecho de respeto de la propiedad privada, tampoco sean “bienes” en el sentido de posesiones o cosas (párr. 215)<sup>19</sup>.

Por otra parte, con otro matiz, el juez Sajó critica que la mayoría del Tribunal no aclare quienes son entonces estos “los demás” (“others”) cuyos derechos se quiere proteger<sup>20</sup>. Así como que la mayoría del Tribunal no profundice en su razonamiento sobre la legitimidad de la finalidad de la restricción del derecho a la vida privada, en contra de la jurisprudencia asentada por el Tribunal<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Opinión conjunta parcialmente disidente de los Jueces Casadevall, Ziemele, Power-forde, De Gaetano and Yudkivska, párr. 8 (los signos de admiración son de los jueces).

<sup>18</sup> *Ibid.*, párr. 6.

<sup>19</sup> Ver *infra* en este comentario apartado 2. *Sobre la alegación de violación del derecho de respeto de la propiedad (art. 1 del Protocolo nº 1 al Convenio)*.

<sup>20</sup> “As to the rights of others, “[t]he Court acknowledges that the ‘protection of the embryo’s potential for life’ may be linked to the aim of protecting morals and the rights and freedoms of others” (see paragraph 167). Who are these others? Is the embryo “another”, that is, a person? There is no answer, except that the embryo is described in the 2004 Law as a “subject” having rights. That they do not fall into the category of possessions does not transform embryos into human beings or into rights-holders. The fact that there is a State interest in protecting potential life cannot be equated with a right of a person” (Opinión disidente del juez Sajó, párr. 6).

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 8.

### 1.2.2. La necesidad de la injerencia en una sociedad democrática

Acto seguido, el Tribunal entra a valorar la necesidad de la injerencia de la Ley 40/2004 en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda en primer lugar, los principios jurisprudenciales que sobre este asunto están establecidos para los casos sobre reproducción asistida (párr. 168 a 173)<sup>22</sup>. De la aplicación de estos principios, el Tribunal concluye que el margen de apreciación del Estado debe ser amplio, algo sobre lo que no están de acuerdo todos los jueces (1.2.2.1.), para pasar después a determinar que la restricción italiana fue proporcional y necesaria en una sociedad democrática, conclusión también controvertida (1.2.2.2).

#### 2.2.2.1. El margen de apreciación del Estado: ¿amplio o estrecho?

A diferencia de los asuntos examinados hasta el momento por el Tribunal, el presente no se refiere a la reclamación de una eventual o futura paternidad; por ello, no se está ante el núcleo de derechos protegidos por el Artículo 8 del Convenio, ya que el derecho a decidir donar embriones *in vitro* a la ciencia no se refiere a un “particularly important aspect of the applicant’s existence and identity” (párr. 174). Por tanto, aplicando su jurisprudencia, el margen de apreciación asignado al Estado debe ser calificado de amplio. También se trata de una cuestión que conlleva consideraciones morales y éticas delicadas y sobre las que además no hay un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa (párr. 176)<sup>23</sup>; siguiendo su jurisprudencia, estos datos le reafirman en su ampliación del margen de apreciación estatal.

---

<sup>22</sup> Una síntesis es la siguiente: 1.- Hay margen de apreciación cuando en el contexto general del caso, las razones alegadas para justificar la medida sean relevantes y suficientes para los fines del párrafo segundo del Artículo 8 de la Convenio. 2.- Sobre la amplitud del margen de apreciación del Estado: - cuando está en juego una particularmente importante faceta de la existencia o identidad de un individuo, el margen de apreciación será generalmente restringido; - cuando no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa tanto con respecto a la importancia relativa del interés en juego, como con respecto a los mejores medios para protegerlo, particularmente cuando el caso implica aspectos morales o éticos sensibles, el margen será más amplio. 3.- La Corte no valora las leyes estatales, sino que solo entra a analizar cuidadosamente los argumentos tomados en consideración durante el proceso legislativo, para así poder determinar si se dio un equilibrio justo entre los intereses en tensión, los del Estado y los de los afectados por la medida legislativa. 4.- Y tampoco es su función sustituir su propio juicio al de las autoridades nacionales, eligiendo la regulación más apropiada sobre reproducción asistida, especialmente teniendo en cuenta que el uso de las técnicas de fertilización *in vitro* conllevan cuestiones morales y éticas sensibles en un ámbito en constante evolución.

<sup>23</sup> La sentencia ofrece datos concretos al respect en su apartado sobre los *Hechos*, que ahora el Tribunal resume: “Admittedly, certain member States have adopted a non-prohibitive approach in this area: seventeen of the forty member States about which the Court has information allow research on human embryonic cell lines. In some other States there are no regulations but the relevant practices are non-prohibitive. However, certain States (Andorra, Latvia, Croatia and Malta) have enacted legislation expressly prohibiting any research on embryonic cells. Others allow research of this type only subject to strict conditions, requiring for example that the purpose be to

A su vez, en opinión del Tribunal, la normativa del Consejo de Europa y de la Unión Europea confirman que las autoridades nacionales tienen *un amplio margen de discrecionalidad* para adoptar legislación restrictiva “where the destruction of human embryos is at stake, having regard, *inter alia*, to the ethical and moral questions inherent in the concept of the beginning of human life and the plurality of existing views on the subject among the different member States” (párr. 180)<sup>24</sup>. De hecho, la normativa europea tiende a imponer límites dirigidos a mitigar los excesos en este área, como por ejemplo, la prohibición de crear embriones humanos para investigación científica del artículo 18 del Convenio de Oviedo de 1997<sup>25</sup>; o por ejemplo la prohibición de patentar las invenciones científicas cuando el proceso conlleva la destrucción de embriones humanos (véase sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de Europea *Oliver Brüstle c. Greenpeace* de 18 de octubre de 2011) (párr. 182).

Pero esta argumentación del Tribunal es también objeto de disenso. En concreto el Juez Pinto de Albuquerque, en su opinión concurrente, opina lo contrario considerando que el margen de apreciación en este caso debería haber sido calificado de *restringido*. De los instrumentos internacionales, en especial los adoptados en el marco europeo, se deduce que si se tiene que dar un margen de apreciación a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre asuntos relacionados con la “existencia e identidad de un ser humano, y particularmente sobre investigación científica sobre embriones humanos” este margen “debería ser un margen estrecho”<sup>26</sup>. Para él, la mayoría del Tribunal se ha confundido en este punto. Que los instrumentos internacionales reconozcan a los Estados la posibilidad de *ampliar* las medidas de protección de la vida humana en su derecho nacional (como lo hace el artículo 27 del Convenio de Oviedo inspirándose en el artículo 53 del CEDH), no debe confundirse con el hecho de que los Estados tengan un *amplio* margen de apreciación en este ámbito<sup>27</sup>. En su opinión, debería ser lo contrario y “[c]onsequently, a positive obligation on the State to protect the embryo and other forms

---

protect the embryo’s health or that the research use cells imported from abroad (this is the case of Slovakia, Germany, Austria and Italy). Italy is therefore not the only member State of the Council of Europe which bans the donation of human embryos to scientific research” (párr. 177-179).

<sup>24</sup> Por ejemplo, el artículo 27 del Convenio de Oviedo o Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, 4 de abril de 1997. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, pp. 36825 a 36830.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Opinión concurrente del Juez Pinto de Albuquerque, párr. 24.

<sup>27</sup> Afirma que “It is one thing for the possibility of national legislation to provide broader protection to human life, human beings, fetuses and embryos, as provided for by Article 27 of the Oviedo Convention, and quite another to accept a “broad” margin of appreciation in this field, which could eventually be used, or rather, misused to enact legislation diminishing the protection of human beings, fetuses and embryos (*ibid.*, párr. 24). Y continúa en nota al pie: “I do not see how we can accept a wide margin of appreciation under the Convention if a Contracting Party wants, for example, to pursue a eugenic or racist pre-natal policy”.

of pre-natal human life, both *in vitro* and in utero, must be derived from both Articles 2 and 8 of the Convention” (párr. 25)<sup>28</sup>.

1.2.2.2. Límites al margen de apreciación del Estado: la proporcionalidad de la prohibición general de donar embriones a la investigación científica de la Ley 40/2004

Aunque se le reconoce un amplio margen de apreciación al Estado, el Tribunal señala también que éste no es ilimitado. Para determinar los límites del Estado, el Tribunal, siguiendo sus criterios ya establecidos, entra a analizar los argumentos que estuvieron en tensión durante el proceso legislativo, para valorar si se dio un equilibrio justo entre los intereses del Estado y los de los afectados por la medida legislativa (párr. 183). Basándose en las aportaciones del Gobierno, afirma que los trabajos preparatorios de la Ley 40/2004 dieron lugar a un intenso debate en el que participaron médicos, especialistas y asociaciones del sector, cuya parte más intensa se centró en la esfera de las libertades individuales, enfrentando a “the advocates of a secular conception of the State against those in favour of a denominational approach” (párr. 185). Entre otros aspectos, la ley citada fue criticada por su reconocimiento de la subjetividad legal al embrión en su sección 1, en la medida en que ello conllevaba una serie de prohibiciones como el uso de fertilización heteróloga y el uso de embriones criopreservados no destinados a la implantación para la investigación científica (párr. 186). A su vez, el Tribunal recuerda, como lo hace el Gobierno, que la ley fue objeto también de varios referéndums que fueron declarados inválidos por falta de alcanzar el umbral de votos exigidos. Los intereses en tensión que tuvo en cuenta el legislador fueron especialmente el *interés del Estado de proteger el potencial de vida del embrión* frente al del de las *personas afectadas a ejercer su derecho de autodeterminación individual, en la forma de donar sus embriones a la investigación científica* (párr. 188).

En este punto, la demandante alega que la prohibición italiana es desproporcionada en la medida en que la legislación sobre reproducción asistida médicamente es incoherente (párr.189). En concreto, la demandante observa que “it was difficult to reconcile the protection of the embryo advocated by the Government with a woman’s legal ability to terminate a pregnancy on therapeutic grounds up until the third month and

---

<sup>28</sup> “Some argue that this is an evolving domain and therefore the Court should not compromise itself by establishing any definitive scientific position that might change in the future. This is a double-edged argument. It can serve to limit the Court’s interference with the State’s margin of appreciation, but it can also be used to expand the Court’s oversight of the State’s interference with unborn life. Precisely because this domain may evolve in a manner seriously dangerous to humankind, as we have seen in the past, attentive scrutiny of the States’ narrow margin of appreciation, and potentially preventive intervention by this Court, is an absolute requirement today. Otherwise the Court would be giving up the most basic of its tasks, namely, protecting human beings from any form of instrumentalisation” (*Ibid.* párr. 26).

also the use by Italian researchers of embryonic cell lines obtained from embryos that had been destroyed abroad” (párr. 190). Este argumento del doble estándar de protección<sup>29</sup> es esquivado por el Tribunal, al considerar que su función no es determinar la incoherencia de la legislación Italiana en abstracto, sino la incoherencia en relación al objeto de la reclamación que la demandante eleva ante la Corte; esto es, en relación a “the restriction of her right to self-determination regarding the fate of her embryos” (párr. 191).

En este sentido, el Tribunal no encuentra tal incoherencia, al considerar que el hecho de que se permita investigar sobre células madre de embriones importadas que se han destruido en el extranjero, no afecta directamente a la demandante (párr. 192). Además, las células madre embrionarias utilizadas en Italia para investigación nunca se producen a petición de las autoridades italianas (párr. 193). Y finalmente, el que parece un argumento de peso, el Tribunal está conforme con el Gobierno en que la “deliberate and active destruction of a human embryo cannot be compared with the use of cell lines obtained from human embryos destroyed at an earlier stage” (194). Así que concluye que aun suponiendo que hayan incoherencias en la legislación italiana en general, “these are not capable of directly affecting the right invoked by her in the instant case” (párr. 195).

Finalmente, el Tribunal también tiene en cuenta que, dado que la pareja de la demandante había fallecido, no tiene prueba que certifique que ésta hubiese decidido también donar los embriones a la ciencia. No hay además ninguna regulación sobre ello a nivel nacional (párr. 196). Por todo ello, el Tribunal considera que el Gobierno no se ha excedido en el amplio margen de apreciación del que gozaba en este caso y que la prohibición de la ley 40/2004 era necesaria en una sociedad democrática según el significado del párrafo segundo del Artículo 8 del Convenio (párr. 2). Así, sostiene por dieciséis votos contra uno, que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

En su opinión disidente, el juez Sajó critica vehementemente esta conclusión que considera no solo “inconsistent but plainly irrational and as such cannot be sufficient justification for the proportionality of the measure”<sup>30</sup>. Para él, este caso no versa sobre el uso de embriones en la investigación científica según la legislación italiana sino sobre el modo en que esta medida general afecta a unos embriones que habían sido creados y criopreervados antes de que esta restricción entrase en vigor<sup>31</sup>. Aun asumiendo, como

---

<sup>29</sup> Protección del potencial de vida del embrión *in vitro*, pero permisión del aborto terapéutico hasta el tercer mes, así como de la investigación sobre células madre embrionarias importadas.

<sup>30</sup> Opinión disidente del Juez Sajó, párr. 19.

<sup>31</sup> Para él, el caso versa concretamente sobre lo siguiente: “what happens when legislation intervenes and impedes the exercise of that pre-existing right in regard to pre-existing embryos? The embryo would have the potential to develop into a human being, but this remains merely a potential as it cannot happen without the consent of the donor(s)” (*Ibid*, párr. 2).

en el asunto Evans, que existe un amplio margen de apreciación en los casos de fecundación *in vitro*, para que una interferencia sea proporcional, el Gobierno debe ofrecer razones relevantes y suficientes; esto es, la interferencia no puede ser arbitraria. Para él así lo ha sido, teniendo en cuenta el doble estándar de protección en Italia y el hecho de que la ley italiana ignore el interés de prevenir el sufrimiento humano mediante investigación científica en aras a la protección de un potencial de vida, que nunca podrá materializarse en las circunstancias del caso (párr. 19).

## **2. Sobre la alegación de violación del derecho de respeto de la propiedad (art. 1 del Protocolo nº 1 al Convenio)**

En la segunda reclamación admitida por el Tribunal, la demandante alegaba que el hecho de no poder donar sus embriones y quedar obligada a guardarlos *sine die* en un estado de criopreservación hasta su muerte, violaba su derecho a la propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio. Para el Tribunal la reclamación de la demandante conlleva la cuestión preliminar de determinar la aplicabilidad o no del artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio. Ello implica directamente determinar -por fin lo señala el Tribunal explícitamente- el estatuto del embrión humano *in vitro*, aspecto sobre el que las partes tienen posiciones diametralmente opuestas (párr. 214). El Gobierno considera que el embrión *in vitro* no puede ser considerado como una “cosa” y además en la legislación italiana el embrión tiene reconocida una subjetividad jurídica con derecho al respeto a su dignidad humana (párr. 200). Recuerda además el amplio margen de apreciación reconocido por el Tribunal en relación a la determinación de cuando comienza la vida humana (se refiere al asunto Evans c. Reino Unido, citado más arriba); y en particular, ello es así, cuando se trata de áreas como éstas donde hay complejas consideraciones morales y éticas sobre las que no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa. De entre los terceros participantes en el caso el ECLJ y las asociaciones *Movimento per la vita*, *Scienza e vita* y *Forum delle associazioni familiari* afirman como el Gobierno que los embriones no pueden ser considerados “cosas”.

La demandante, sin embargo, considera que los embriones *in vitro* no pueden ser considerados como “individuos”, porque “if they were not implanted they were not destined to develop into foetuses and be born” (párr. 203). Concluye que desde un punto de vista jurídico son “bienes” (“possessions” en versión inglesa, “biens” en versión francesa). Y por tanto, considera que tiene un derecho de propiedad (“ownership”, “propriété”) sobre sus embriones y que las limitaciones a este derecho impuestas por el Estado no se justificaban en base a ningún interés público. En su opinión no es razonable invocar al respecto la protección del potencial de vida del embrión dado que

éstos estaban destinados a ser eliminados (párr. 204). De entre los terceros interesados, reiteraron los argumentos de la demandante las asociaciones *Luca Coscioni*, *Amica Cicogna Onlus*, *L'altra cicogna*, *Onlus* y *Cerco un bimbo* y cuarenta y seis miembros del Parlamento italiano.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal se despeja el camino evitando tener que pronunciarse sobre el inicio de la vida. Así, afirma que no es cuestión en este momento de examinar la “sensitive and controversial question of when human life begins as Article 2 of the Convention is not in issue in the instant case” (párr. 215). A partir de ahí y tras recordar los criterios asentados en su jurisprudencia sobre el objeto de protección del artículo 1 del Protocolo nº 1, considera que éste no es aplicable al presente caso. Teniendo en cuenta el alcance económico y pecuniario del objeto de este artículo, afirma que los “human embryos cannot be reduced to “possessions” within the meaning of that provision” (párr. 215). Por tanto, el Tribunal, por *unanimidad*, declara inadmisibile la reclamación basada en el artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio, por ser incompatible *ratione materiae* con las disposiciones de la Convenio, de acuerdo con art. 35, párr. 3 y 4.

Pero tampoco este argumento le lleva a tener que pronunciarse a fondo sobre el estatuto del embrión. En realidad no dice lo que sean los embriones. Simplemente dice lo que no son: no son “bienes” en el sentido de cosas susceptibles de apropiación y por tanto económicamente valorables. En este punto de la argumentación tampoco dice que sean vida. Ciertamente, indica que no ha lugar a pronunciarse sobre el inicio de la vida, lo que haría relación al artículo 2 del Convenio sobre el que no se discute en este caso. Así que deja esta cuestión abierta. ¿Por qué? Si no son cosas, ¿qué son? A mi entender, esta es una de las debilidades de la sentencia: la laguna en pronunciarse sobre la naturaleza del embrión.

### **III. VALORACIÓN GENERAL DE LA SENTENCIA: APORTACIONES Y CUESTIONES ABIERTAS**

Tras esta presentación pormenorizada de los principales argumentos del Tribunal sobre la alegación de la violación del artículo 8 de la Convenio y del artículo 1 del Protocolo nº 1 al mismo, contrastados con las opiniones concurrentes y disidentes de sus miembros, el asunto *Parrillo c. Italia* sugiere las siguientes consideraciones.

#### **1. Sobre el estatuto del embrión in vitro**

La posición de la mayoría del Tribunal es confusa. Si bien en relación a la inaplicabilidad del artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio se afirma por *unanimidad* que

los embriones humanos no pueden ser reducidos a *bienes* en el sentido de este artículo (párr. 215), tampoco nos dice el Tribunal lo que considera que sean.

Así, si por una parte es un alivio que el TEDH considere que los seres humanos no venimos de cosas, por otra es inquietante que no nos diga de dónde venimos entonces. Y es que en este punto es donde llega el disenso. No se quiere afirmar que los embriones sean vida humana, en definitiva. Y así, la mayoría del Tribunal, en relación a la violación o no del artículo 8 de la Convenio, llega a afirmar que venimos de “material genético” (párr. 158). ¿Material? Sí, esto dicen la mayoría de los jueces, para quienes el embrión, es más que una posesión (aunque no cuantificable económicamente) de los progenitores, puesto que es una “parte constituyente del material genético y la identidad biológica” suya (párr. 158). Por eso también la mayoría del Tribunal ha de aclarar más adelante en su argumentación -cuando identifica que la finalidad perseguida por la prohibición italiana sea la protección de la moral y de los derechos y libertades de los demás- que por “los demás” no ha de entenderse una alusión a los embriones. Bien es cierto que no están refiriéndose a los embriones dentro del útero materno, sino a los embriones *in vitro* congelados y criopreservados<sup>32</sup>, aclaremoslo. En cualquier caso, no se entendería que la naturaleza del embrión *in vitro* tuviese que ser diferente a la del embrión implantado. En definitiva, el Tribunal con su afirmación ha negado no solo su dignidad humana sino su identidad genética y biológica separada y distinta de la de los progenitores.

Personalmente, me considero más cerca de las posiciones de los jueces Casadevall, Ziemele, Power-forde, De Gaetano and Yudkivska, por entender que la visión de la mayoría del tribunal sobre la naturaleza del embrión es reduccionista y utilitarista. Así como del juez Pinto de Albuquerque para quien “[u]nborn human life is no different in essence from born life. Human embryos must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity” (párr. 43). Con el juez Dedov, me inclino a pensar que este caso es una ocasión perdida por el Tribunal para pronunciarse sobre el principio de la vida humana (párr. 1).

Era determinante tener claro el estatuto del embrión *in vitro* para poder pronunciarse razonablemente sobre la violación o no de las disposiciones alegadas por la Sra. Parrillo. Mi percepción del problema es que detrás de los razonamientos del Tribunal y de los jueces, hay una visión particular del emisor sobre la naturaleza o la esencia del embrión humano, ya sea de forma explícita o implícita. Porque, en definitiva, ¿cómo puede debatirse sobre un “objeto” del discurso, si no tenemos claro lo que sea tal objeto? Para mí, éste es el origen de las incoherencias en la argumentación del Tribunal y algunos

---

<sup>32</sup> No se tiene en cuenta a lo largo de la argumentación en ningún momento de forma expresa el hecho de que los embriones *in vitro* estén físicamente separados del útero materno, por cierto.

jueces en sus opiniones. No se ha resuelto bien el debate sobre lo que es el “objeto” del discurso: la naturaleza de los embriones. Porque no son cosas, pero parece que nos digan que sí lo son.

## **2. Sobre la consideración de la decisión de donar los embriones in vitro criopreservados a la investigación científica dentro del ámbito del derecho a la vida privada**

Esta laguna inicial del razonamiento tiene sus consecuencias en esta otra cuestión crucial. Por primera vez en su jurisprudencia el TEDH ha afirmado que la decisión sobre el destino de los embriones *in vitro* criopreservados (en este caso, donarlos a la investigación científica), entra dentro del contenido de la “vida privada”. Hasta ahora se había pronunciado en situaciones donde una eventual futura vida estaba en cuestión. Ahora se sabe que no se quieren implantar los embriones *in vitro* criopreservados y que se quieren destinar a la ciencia, un fin éticamente más plausible en la visión de la Sra. Parrillo, que dejarlos morir (porque el abandono *sine die* de éstos es a donde les lleva).

Bien, puesto que la mayoría del Tribunal ha considerado que los embriones son *parte constituyente* de la Sra. Parrillo, ¿cómo no van a concluir que la decisión sobre su destino entra dentro del derecho de autodeterminación de la demandante, dentro del ámbito de su vida privada? Es la consecuencia lógica. No podría ser de otra manera, puesto que aun separados físicamente y almacenados en las clínicas de fertilización *in vitro*, son parte constituyente del material genético de los progenitores, en este caso de la única progenitora que sobrevive. Así opina también el juez Sajó, para quien los embriones son la huella genética de los progenitores.

Aquellos que consideran que el embrión *in vitro* tiene una dignidad humana propia y distinta de la de sus progenitores, que son una entidad separada de ellos, por supuesto no compartirán esta visión y consideraran que no forma parte del ámbito de la vida privada protegida por el artículo 8 de la Convenio, como hemos visto en varias de las opiniones separadas. En este sentido, varios de los miembros del Tribunal afirman que la Sentencia marca un punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal en relación a su visión sobre el estatuto del embrión, visión que consideran inaceptable<sup>33</sup>.

## **3. Sobre el margen de apreciación del Estado en relación a la donación a la investigación científica de embriones in vitro criopreservados y la proporcionalidad de su prohibición general en Italia**

---

<sup>33</sup> *Vid supra* nota 10 y el párrafo del texto al que ésta está adjunta.

Como hemos visto, la mayoría concede un amplio margen de apreciación a las autoridades italianas en este caso, para concluir después que la prohibición total de la donación de embriones *in vitro* a la ciencia no es arbitraria y por tanto Italia no ha violado el artículo 8 de la Convenio. Dos cuestiones distintas se presentan.

Sobre *la amplitud del margen de apreciación*, recordemos que la mayoría del Tribunal concluye que en relación a la donación de los embriones *in vitro* a la investigación, los Estados tienen un amplio margen de decisión. No puedo dejar de observar la contradicción en la que, a mi entender, incluye la mayoría del Tribunal. Para determinar si el margen debe ser amplio o estrecho, el Tribunal recurre a su criterio anteriormente asentado sobre la incidencia de la interferencia en el derecho protegido, en este caso, la vida privada. Como recordaremos, cuando está en juego una particularmente importante faceta de la existencia o identidad de un individuo, el margen de apreciación será generalmente restringido. Y cuando no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa tanto con respecto a la importancia relativa del interés en juego, como con respecto a los mejores medios para protegerlo, particularmente cuando el caso implica aspectos morales o éticos sensibles, el margen será más amplio.

Pues bien, si la mayoría del Tribunal sigue su lógica sobre la naturaleza del embrión, debería haber concluido que el margen de apreciación debía ser calificado de estrecho. Puesto que se trata de una *parte constituyente de su material genético* y de *su identidad biológica*, ¿cómo no considerar que la existencia o identidad del individuo afectado por la injerencia estatal no está en juego? Si tan estrecha es la relación entre los progenitores y los embriones *in vitro*, hasta el punto de que éstos son *parte suya*, habría que concluir que sí está en juego su identidad. Pero el Tribunal ni se plantea este argumento. Además considera relevante la falta de consenso entre los Estados del Consejo de Europa sobre estas cuestiones tan éticamente sensibles como es la donación de embriones a la investigación científica.

*Sobre la proporcionalidad de la injerencia* de las autoridades italianas en el derecho al respeto a la vida privada de la demandante, dieciséis jueces contra uno, concluyen que ésta es proporcional. Los intereses en juego son por una parte, el interés del Estado italiano de proteger el potencial de vida del embrión; por otra parte, el interés de las personas afectadas por ejercer su derecho de autodeterminación con la finalidad de donar sus embriones y así contribuir al avance científico y la búsqueda de soluciones para enfermedades hasta ahora incurables<sup>34</sup>. El Tribunal considera que las posibles

---

<sup>34</sup> De nuevo, la concepción sobre la naturaleza del embrión que se tenga va a ser determinante en este punto. Así, el juez Pinto de Albuquerque considera que los avances científicos sobre el genoma humano, en particular en el ámbito de la genética, no prevalecen sobre el respeto de la dignidad humana; el fin científico de salvar vidas humanas no justifica medios que son

incoherencias en la legislación italiana que alega la demandante (el doble estándar), no le afectan directamente; no tiene prueba que certifique que su pareja fallecida hubiese decidido donar los embriones a la ciencia; y no hay además ninguna regulación sobre ello a nivel nacional. Por lo que la medida italiana es proporcional y no arbitraria.

En este punto, considero que los hechos concretos que están en la base de la reclamación no se han tenido bien en cuenta por la mayoría, como señala el juez Sajó en su opinión disidente. No se trata de determinar si la prohibición de donar embriones *in vitro* criopreservados a la ciencia es proporcional en relación al derecho de la demandante a decidir hacerlo. Sino, si esta prohibición afecta también a los embriones *in vitro* creados y criopreservados antes de la entrada en vigor de esta ley. La ley no contiene disposiciones transitorias. Es una prohibición total. O se dejan morir los embriones o se implantan, en este caso. Para la Sra. Parrillo destinar a la ciencia los cinco embriones congelados que nunca va a implantarse, es un fin éticamente más plausible que dejarlos morir abandonados en el almacén de criopreservación. Se me ocurre pensar ahora en la decisión final que puede uno adoptar sobre el destino de su cuerpo una vez muerto: ser enterrado o incinerado, o donarlo a la ciencia para así poder contribuir a un bien mayor, en solidaridad con la humanidad. Pienso que es una decisión personal moralmente no discutible. Hay que pensar que ésta es la intención que tiene la Sra. Parrillo. Y éste es el interés en juego en el caso concreto. Frente al mismo, se antepone el interés general defendido por las autoridades italianas de preservar el potencial de vida del embrión. Una protección sorprendente cuando en el propio Estado se permite el aborto terapéutico hasta el tercer mes del embarazo (por tanto, en una fase mucho más avanzada que la del embrión: la de un feto); e incluso se permite investigar sobre células madre importadas, creadas a partir de embriones destruidos en el extranjero. En abstracto, el valor del potencial de vida del embrión protegido en Italia, tiene poca consistencia. La crítica del doble estándar tiene todo su sentido para mí; hay una evidente incoherencia en la legislación italiana, como en la de muchos otros Estados. Y con ello no quiero decir que se tenga que resolver la incoherencia en detrimento del embrión *in vitro*, precisamente.

Como recuerda el juez Sajó, en este caso concreto, no podía haber potencial de vida, porque no se puede imponer la implantación de los embriones *in vitro*, contra la voluntad de los progenitores. Y como indicó un testigo durante el procedimiento, en este caso, por la edad de los embriones y por el procedimiento que se siguió en la clínica de fecundación *in vitro*, no había posibilidad de hacerlo tampoco. La finalidad de los embriones iba a ser la de su abandono y subsiguiente destrucción por el tiempo, como

---

intrínsecamente destructivos de esta vida (Opinión concurrente del Juez Pinto de Albuquerque, párr. 43).

puede que ya haya pasado. ¿Por qué no haberse planteado la posibilidad de que las autoridades italianas hubieran aplicado una justicia material al caso concreto? Entre el valor moral de una decisión concreta de la progenitora de dar sus embriones a la ciencia y el valor moral en abstracto de proteger la vida potencial del embrión de un Estado al que no le importan que se aborten fetos hasta el tercer mes por motivos terapéuticos ni le importa que se investigue con embriones destruidos, ¿cuál ha de tener más peso? Me inclinaría por la protección del valor moral de la persona concreta, la Sra. Parrillo; y más tratándose de unos embriones *in vitro* que van a quedar abandonados *sine die* a su suerte y por tanto también destruidos. Ante la falta de medidas transitorias en la ley 40/2004 y la preexistencia de los embriones *in vitro* antes de su entrada en vigor, pienso que el Estado italiano podría haber encontrado una solución inteligente, permitiendo que los cinco embriones de la Sra. Parrillo se exportasen a una clínica de fecundación *in vitro* extranjera para su destrucción; por ejemplo, a alguna de las mismas de donde proceden las células madre embrionarias sobre las que se investiga en Italia. Y dicho esto, he de añadir que tan irracional y degradante me parece destruir e investigar sobre embriones *in vitro*, como haber contribuido a crearlos para después dejarlos abandonados *sine die* hasta su muerte.

#### **IV. EPÍLOGO: LO QUE SUGIERE EL PROBLEMA ESENCIAL DE FONDO**

Realmente, como afirma el juez Dedov en su opinión concurrente a la Sentencia, la nueva biotecnología objetivamente ha expandido nuestra percepción de las formas y condiciones de la existencia humana (párr. 14). Soy de la opinión de que, en el ámbito de la bioética, hay debates morales que sería mejor no haber tenido que plantear nunca. Una vez planteado el debate ético que nos ocupa, uno ha de ir tanteando no caer al precipicio de lo irracional. Si uno ve vida humana bajo el embrión *in vitro*, con independencia del estatuto jurídico que el Derecho le haya dado, no puede dejar de ver eso, vida humana. Y si su percepción sobre la naturaleza y la vida en general, así como de la vida humana en particular, es de admiración, respeto o protección no puede dejar de pensar en que de lo que se está hablando es de Vida, vida con mayúsculas y en consecuencia, será muy cauto en su razonamiento, en principio. Pero, si lo que uno ve allá, detrás del embrión *in vitro* congelado y criopreservado es una mera cosa, un material, un producto del laboratorio, un objeto congelado, entonces el razonamiento será muy distinto y no tendrá ningún problema en manejar arriba y abajo sus argumentos.

Por esto es un tema muy difícil de abordar. Mejor habría sido no haber tenido que entrar en él. El razonamiento lógico en este ámbito, en mi opinión, tratará de buscar la solución menos irracional posible dentro de la irracionalidad abstracta del asunto que es

congelar y criopreservar *sine die* el origen biológico de un ser humano en proceso. Pienso que se tenga la concepción que se tenga sobre la naturaleza del embrión, esta afirmación puede ser compartida.

En la era de la protección del medio ambiente, incluso de la protección de la biodiversidad de las especies, parece banal la destrucción de lo que podríamos denominar tristemente como semillas de seres humanos; cada embrión *in vitro* criopreservado, semilla de un ser humano con un genoma único e irrepetible en la biodiversidad de la especie humana.

Ahora la humanidad tiene un problema más que resolver: qué hacer con los millones de embriones *in vitro* criopreservados abandonados que no se van a implantar. Mejor haber puesto límites a la ciencia, en definitiva. Decrezcamos. Al puro sentido de H.D.Thoreau. Por no mencionar que detrás de la obtención y posterior investigación de embriones *in vitro* hay una industria y unos intereses económicos importantes que son exclusivos y no siempre de fines altruistas. También estos intereses influyen en algunos razonamientos.