

En modo de réplica: consideraciones críticas sobre la FIV y el estatuto jurídico del embrión

ibericonnect.blog/2023/09/en-modo-de-replica-consideraciones-criticas-sobre-la-fiv-y-el-estatuto-juridico-del-embrión/

María Concepción Torres Díaz

4 de septiembre de 2023



El pasado 23 de agosto en este mismo espacio ([IberICONnet](#)) se publicaba el artículo de la profesora Ana M.^a Idárraga Martínez bajo el rótulo: *Desde Brown hasta Sara y AC: la creación de embriones humanos “descartables”*. El artículo indaga en la regulación normativa y evolución jurisprudencial de las técnicas de Fecundación in Vitro (FIV, en adelante) en el marco del reconocimiento del derecho a ser padres y madres y, por extensión, del derecho a la autodeterminación en el ámbito sexual y reproductivo. En este contexto el artículo profundiza – a raíz de una serie de casos concretos – en los conflictos jurídicos y dudas jurídicas que las técnicas de reproducción *in vitro* llevan de suyo. Todo ello en el marco del análisis, entre otras, de dos sentencias sobre la materia que, a todas luces, resultan relevantes, a saber:

- Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana (2022): Sentencia T-357/22, de 13 de octubre de 2022.
- Sentencia de la Corte Constitucional Italiana (2023): Sentencia 161/2023, de 24 de mayo, de la Corte Costituzionale.

La profesora Idárraga comienza su artículo referenciando el hito médico-científico que en materia reproductiva supuso el nacimiento de Louise Brown en 1978, y las esperanzas que dicho nacimiento generó en el marco de las expectativas de maternidad y paternidad de muchas personas y parejas.

La autora del artículo – con base en el caso *Artavilla Murillo y otros* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011) – alude a la FIV como derecho. Derecho que cabe enmarcar en el reconocimiento a las personas de la capacidad de decidir sobre sus expectativas de paternidad y/o maternidad. Todo ella frente a voces críticas que abogan por el prohibicionismo y/o restricción de

acceso a dicha prestación-derecho. De ahí algunas de las preguntas que – ya desde el inicio – se plantea la profesora Idárraga, tales como: “¿Existe alguna forma de paternidad o maternidad más deseada que aquella en que la que los padres se someten a largos y costosos tratamientos médicos para concebir?”, o, “¿Qué justificación tendría el Estado para intervenir en esta decisión tan íntima de procrear?”.

Sin duda, reflexionar sobre las cuestiones anteriores insta a un abordaje jurídico crítico desde la óptica constitucional con un claro enfoque de género, sin obviar las implicaciones bioéticas. Y es que cuesta creer que se pueda hablar, con carácter general, de un acceso a las técnicas de la FIV sin ningún tipo de límites y/o restricciones. Máxime porque no existe un derecho absoluto a ser padres o madres, por mucho que desde el punto de vista médico-científico dicha posibilidad sea viable. De ahí que dicho derecho-prestación es de configuración legal en la mayoría de países, siendo desde esta dimensión jurídica desde donde los Estados pueden articular (y, así lo hacen) requisitos y/o condicionantes a observar.

El artículo de la profesora Idárraga avanza en su análisis (desde un posicionamiento crítico) afirmando que “la FIV se ha convertido en un instrumento más para satisfacer nuestro “derecho a ser o no padres o madres”, y lamentablemente, las vidas de los seres concebidos por medio de esta técnica son cada vez más banalizadas”. En este punto cabría pararse a pensar en las **justificaciones razonables** para acceder a las técnicas FIV, así como su **ámbito objetivo y subjetivo de aplicación**. Sin ir más lejos la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida en España lo deja claro cuando en su artículo 1 alude el objeto de la ley que no es otro que:

a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley; y, c) Regular los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

En este contexto resulta importante recordar la dicción literal del artículo 3 de la ley española en cuanto regula las **condiciones personales de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida**, precisándose que se llevarán a cabo solamente cuando (a) haya posibilidades razonables de éxito, (b) no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o de la posible descendencia y (c) previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y condiciones de aplicación. **La lectura del precepto anterior evidencia que el acceso a las técnicas de reproductivas en España se articula como un derecho-prestación de configuración legal**. Por tanto, como un derecho no absoluto y con límites por mucho que esté conectado con las legítimas expectativas y/o deseos de toda persona (en su proyección personal y/o familiar) de paternidad o maternidad.

La profesora Idárraga presta una especial atención a los casos que resuelven las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana de 2022, y de la Corte Constitucional Italiana de 2023 anteriormente referenciadas. En ambos casos, sendas cortes constitucionales se pronunciaron sobre las cuestiones de relevancia constitucional que el acceso a la FIV suscitó cuando tras el consentimiento previo para acceder a las técnicas de la FIV, se produce la ruptura y/o separación de la pareja antes de que los embriones crioconservados hubieran sido transferidos a la mujer. La

casuística en ambos casos es similar, ya que la ruptura de la pareja resulta determinante para que el varón revoque el consentimiento para avanzar en la transferencia de embriones, siendo las mujeres las que acuden a la vía judicial para continuar con el procedimiento médico.

En este contexto, el artículo denuncia el abandono masivo de embriones fruto del acceso a las técnicas FIV (“embriones no deseados”). No obstante, en los casos que resuelven las cortes constitucionales de Colombia e Italia, significa *“la fortuna de que sus madres iniciaron acciones judiciales para lograr su transferencia”*. El estudio de la profesora Idárraga reseña cómo **las respuestas jurídicas ante el distinto destino de los embriones crioconservados en supuestos de conflictos entre las partes han sido dispares**, observándose que van desde la decisión de continuar con la implantación del embrión para que la vida continúe, el mantenimiento de la crioconservación sin un destino cierto, así como en la derivación del embrión a la experimentación científica y/o a su destrucción. Los argumentos y/o justificaciones para adoptar una u otra decisión basculan, a juicio de la profesora Idárraga, entre la consideración del embrión como “no-persona”. Por tanto, sin estatus jurídico definido. O, en su caso, en la articulación de un “derecho absoluto” a “no ser padre o madre” a pesar de haber recurrido inicialmente a las técnicas FIV. En este punto, cabría aludir a las **distintas respuestas jurídicas que el Derecho ha venido dando a las situaciones conflictivas sobre el destino de los embriones sobrantes**. Sin ir más lejos, en España, es la propia ley de reproducción asistida de 2006 (art. 11.4) la que regula su destino, a saber: (a) Utilización por la propia mujer o su cónyuge, (b) Donación con fines reproductivos, (c) Donación con fines de investigación, (d) Cese de su conservación sin otra utilización.

Sin perjuicio de lo expuesto, **las líneas que siguen se muestran críticas** – en estrictos términos jurídicos – con la opinión de la profesora Idárraga en cuanto a **la consideración del embrión como “persona”**, como base argumental para endurecer las legislaciones en materia de acceso a los procesos de FIV en aras de evitar la creación de embriones humanos *“descartables”*.

La profesora Idárraga sustenta sus argumentos en un debate que, al menos en España, se considera superado. Máxime tras los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional al hilo del **aval constitucional de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo** (STC 44/2023, de 9 de mayo; y STC 78/2023, de 3 de julio). Repárese en la **conceptuación jurídica de “persona” como sujeto titular de derechos**, y los términos en los que se protege constitucionalmente la vida en formación (como bien jurídico protegido). En este punto, la lectura de la **STC 116/1999**, de 17 de junio, del Tribunal Constitucional español resulta obligada. No obstante lo anterior, **el planteamiento de la profesora Idárraga deja entrever que la cuestión sobre el estatuto jurídico del embrión lejos de lo que cabría esperar no es un tema pacífico** y, mucho menos, a tenor de determinados enfoques jurídicos. Repárese en las teorías que defienden la personalidad jurídica del concebido antes de su nacimiento. O, las teorías jurídicas que abogan por un reconocimiento incompleto del embrión, así como en los planteamientos más actuales (y, acordes con las posturas más avanzadas), que se muestran críticas con el reconocimiento de cualquier tipo de personalidad jurídica al embrión. Al menos, durante los primeros estadios de formación en donde no es susceptible de vida independiente.

La cuestión que plantea la profesora Idárraga no resulta anodina. Y menos, en el momento actual, en la medida en que aboga por reconocer el estatuto jurídico de “persona” al “embrión humano”. Y, con base en dicho reconocimiento, articular límites al derecho de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. En este punto, y sin perjuicio de considerar necesaria una revisión de las leyes que regulan la FIV, así como la investigación biomédica desde un enfoque sensible al género e interseccional, **no deja de resultar arriesgado sustentar cualquier tipo de**

limitación-restricción del acceso a la FIV en el reconocimiento del estatuto de “persona” al embrión humano. Repárese en los conflictos jurídicos y bioéticos que dicha catalogación es susceptible de generar, así como en la afectación a la subjetividad jurídica y política de las mujeres y, por tanto, los riesgos de involución que ello supondría (téngase en cuenta la afectación al ámbito de la investigación científica). El **Tribunal Constitucional español** se ha mostrado claro en las últimas sentencias sobre la materia (véanse las recientes sentencias de 2023 antes citadas), fruto de una interpretación evolutiva y contextual en el marco de los derechos humanos iniciada en 1985 tras la sentencia STC 53/1985, de 11 de abril. Asimismo, consúltese los términos en los que en España se delimita normativamente, y distingue, “pre-embrión” de “embrión”, tanto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, como en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. En esta misma línea evolutiva, se ha pronunciado la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (CIDH) cuando “(...) desde una interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano confirma que **no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión**” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica).

Desde este prisma de análisis, y **siendo conscientes de la complejidad de las cuestiones conflictivas que esta temática suscita**, se hace necesario revisar la doctrina constitucional más avanzada y actual antes de volver sobre debates jurídicos que deberían estar superados a tenor de los últimos avances biomédicos sobre la materia. Todo ello desde planteamientos bioéticos sustentados en el marco de los derechos humanos (bioderechos).