

La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización*

ESTHER FARNÓS AMORÓS

Profesora ayudante Doctora de Derecho Civil Universitat Pompeu Fabra

Resumen

Las diferentes aproximaciones de los estados miembros a cuestiones tales como el acceso a técnicas de reproducción asistida con gametos donados o al Diagnóstico Genético Preimplantacional, las condiciones de acceso a determinados tratamientos, los efectos de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución o el último destino de los embriones crioconservados evidencian que los valores de los distintos países europeos en estas materias con frecuencia entran en tensión. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos da buena cuenta de que en un contexto globalizado el mantenimiento de tales diferencias fomenta la atención reproductiva transfronteriza. El presente trabajo analiza dicha jurisprudencia, con el fin de resaltar las consecuencias de las políticas de los diferentes estados miembros en materia de TRA.

Abstract

The different legal positions among member states concerning questions such as access to assisted reproductive technologies with donated gametes or Preimplantation Genetic Diagnosis, conditions for access to certain treatments, effects of international surrogacy arrangements or the

* Agradezco a la Prof. Pilar Benavente Moreda (UAM) su confianza al proponerme organizar y codirigir el curso de verano «Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual», durante mi estancia en el Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (octubre 2013 - octubre 2014), en el marco de un contrato postdoctoral convocado por la «Alianza 4 Universidades».

final destiny of frozen embryos highlight the contrasting prevalent values endorsed by European countries. The European Court of Human Rights case-law shows that in a globalized context the maintenance of these divergences promotes «Cross-Border Reproductive Care». In the following pages, this case-law is under scrutiny, in order to stress the consequences of the different member states policies on ART.

Palabras clave

Derechos reproductivos, técnicas de reproducción asistida, vida privada y familiar, atención reproductiva transfronteriza, acuerdos de gestación por sustitución, Diagnóstico Genético Preimplantacional

Key words

Reproductive rights, assisted reproductive technologies, private and family life, Cross-Border Reproductive Care, surrogacy arrangements, Preimplantation Genetic Diagnosis.

Sumario

1. El derecho de familia en Europa: un ámbito de diversidad.
2. Derechos reproductivos y acceso a las técnicas de reproducción asistida.
3. La reproducción asistida ante Estrasburgo.
 - 3.1 *Evans contra Reino Unido: ¿de quién son los embriones?*
 - 3.2 *Dickson contra Reino Unido: privación de libertad y derecho a procrear*
 - 3.3 *S.H. y otros contra Austria: prohibición del acceso a gametos donados.*
 - 3.4 *Costa y Pavan contra Italia: sobre los límites del Diagnóstico Genético Preimplantacional.*
 - 3.5 *Mennesson y Labassee contra Francia y Paradiso y Campanelli contra Italia: eficacia de los acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero.*
4. Conclusiones.
5. Bibliografía.

1. EL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA: UN ÁMBITO DE DIVERSIDAD

Las distintas cuestiones de derecho de familia que se han planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) evidencian la amplia diversidad existente en esta materia en el contexto europeo. Sin ir más lejos, el TEDH ha considerado que se encuentra dentro del margen de apreciación de cada estado la decisión de permitir la adopción o el matrimonio a las parejas del mismo sexo¹. En *Gas y Dubois contra Francia* el TEDH recurrió al margen de apreciación porque no existía diferencia de trato con base en la orientación sexual entre una pareja no casada de distinto sexo y una del mismo sexo, puesto que de acuerdo con la legislación francesa la adopción del hijo de la pareja no se permitía a ninguna de las dos. En *Schalk y Kopf c. Austria*, el TEDH consideró que el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH) no impone la obligación, a los estados firmantes, de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio, en especial cuando los estados ya disponen de un régimen alternativo para estas y aunque el mismo pueda variar en aspectos materiales y notablemente en lo que concierne a los derechos parentales derivados del acceso a la reproducción asistida o a la adopción, que en el caso concreto no se sometieron a consideración.

En otros casos, en que lo que se discutía era la existencia de un vínculo de filiación entre padres e hijos, el TEDH también ha sido exquisitamente respetuoso con el margen de apreciación de los estados. Así lo demuestran los casos *Schneider, Kautzor y Ahrens*, en los que el estado demandado era Alemania y en los que se cuestionaban las limitaciones legales existentes en dicho estado por lo que respecta al ejercicio de acciones de filiación por parte del padre biológico². Estas limitaciones resultan especialmente visibles cuando es el presunto padre biológico quien recurre contra la decisión del estado miembro que le impide que quede constancia legal de su vínculo biológico con un menor o, cuanto menos, desarrollar con el menor algún tipo de relación derivada de la existencia de dicho vínculo. Los mayores conflictos en este ámbito se plantean

¹ *Gas y Dubois contra Francia*, asunto 25951/07, decidido por la Sec. 5.ª, el 15 de marzo de 2012; y *Schalk y Kopf contra Austria*, asunto 30141/04, decidido por la Sec. 1.ª, el 24 de junio de 2010.

² Asuntos 17080/07, 23338/09 y 45071/09, decididos por las Sec. 5.ª, 1.ª y 5.ª el 15 de septiembre de 2011 (*Schneider c. Alemania*) y el 22 de marzo de 2012 (*Kautzor contra Alemania y Ahrens contra Alemania*).

cuando el menor ya tiene la filiación paterna establecida respecto de otro hombre y, muy en particular, respecto del marido de la madre. El interés actual hacia la armonización del derecho de familia en Europa no parece extenderse a esta cuestión, en que las leyes de los estados no podrían ser más distintas, lo que explica el amplio margen de apreciación concedido por el TEDH a los estados en estos casos³. Sin embargo, en otras cuestiones que también surgen en el ámbito de la filiación el TEDH se muestra más estricto, como cuando su establecimiento implica una discriminación basada en el sexo o en la orientación sexual, proscrita por el artículo 14 CEDH. En esta materia el margen de apreciación de los estados es más limitado. Así se puso de manifiesto en *X y otros contra Austria*, resuelto por la Gran Sala el 19 de febrero de 2013⁴.

La mayoría de casos que se han planteado ante el TEDH en materia de filiación tenían por objeto la filiación por naturaleza o derivada de reproducción sexual. Sin embargo, el aumento generalizado del acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA)⁵ explica que en los últimos años el TEDH haya tenido que enfrentarse a varios supuestos que tienen por objeto la reproducción derivada del recurso a TRA por parte de

³ Esta circunstancia motiva que algún autor se muestre escéptico en lo que concierne a la armonización del derecho de familia en materia de filiación: BAINHAM, A., «‘Truth will out’: paternity in Europe», *The Cambridge Law Journal*, Vol. 66(2), 2007, pp. 278-282. *Vid.* también Barber Cárcamo, R., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva», DPC, núm. 20, 2006, pp. 105-151. Para esta autora, pese al debilitamiento de la presunción de paternidad, el TEDH considera justificada y razonable la limitación de la acción de paternidad del padre biológico a los intereses siempre prevalentes del hijo, que pueden no coincidir con la proclamación de la verdad biológica.

⁴ Asunto 19010/07. En el caso, la Gran Sala rechazó tomar en consideración la concepción tradicional de la filiación prevalente en aquel país, al entender discriminatoria la norma que permitía al conviviente en una pareja de distinto sexo adoptar al hijo del otro conviviente si se probaba la existencia de vida familiar con el adoptado y, pese a la oposición del otro progenitor, este no especificaba las razones de tal oposición. La cuestión, por tanto, no era si las parejas del mismo sexo pueden acceder a esta modalidad de adopción, sino la diferencia de trato entre parejas no casadas de distinto y del mismo sexo.

⁵ De acuerdo con datos de la European Society of Human Reproduction and Embriology (ESHRE), desde el nacimiento del primer bebé concebido mediante fecundación «in vitro» (FIV), en 1978, ya han nacido en el mundo más de cinco millones de niños concebidos mediante TRA: <http://www.eshre.eu/Guidelines-and-Legal/ART-fact-sheet.aspx>

En Cataluña, única comunidad española que cuenta con datos oficiales, se estima que un 4,53% del total de nacidos vivos en 2012 fueron concebidos a partir del recurso a estas técnicas. *Vid.* los últimos datos publicados por el FIVCAT.NET del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, actualizados en diciembre de 2014: Estadística de la Reproducció Humana Assistida a Catalunya, 2012, p. 4.

nacionales de un estado miembro⁶, lo que ha permitido expandir el concepto «vida privada» del artículo 8 CEDH. Ello nos sitúa ante la compleja cuestión de si existe un derecho a tener hijos, para acabar valorando cuál debe ser el papel de los estados en este contexto.

Pese a que los ordenamientos europeos, a diferencia de otros (como, marcadamente, los norteamericanos), en su mayoría regulan las TRA⁷, ello no reduce la diversidad existente entre los estados miembros por lo que respecta a cuestiones especialmente sensibles, tales como los límites bioéticos de las TRA en relación con el acceso al Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP); la admisión de las técnicas heterólogas o con gametos donados; la supresión del anonimato del donante, la decisión sobre quién puede acceder a las TRA y en qué condiciones; los efectos que deben otorgarse a los acuerdos de gestación por sustitución o la disposición de los embriones sobrantes de un ciclo de fecundación «*in vitro*» (FIV), una vez roto el proyecto parental o encontrándose estos en depósito necesario⁸. Esta diversidad explica que desde 2006 hayan accedido al TEDH ocho casos en los que se

⁶ Para un análisis de esta cuestión, *vid.* también MURPHY, T., CUINN, G.O., «Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, Vol. 10(4), 2010, pp. 601-638; y PENASA, S. «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazioni medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (en prensa).

⁷ ALKORTA, I.: «Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003; «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte I)», *Rev Der Gen H* 18/2003, pp. 41-89; y «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte II)», *Rev Der Gen H* 19/2003, pp. 23-41.

⁸ Este último supuesto es el que dio lugar a *Knecht contra Rumanía* (asunto 10048/10), decidido por la Sec. 3.^a el 2 de octubre de 2012, que no será analizado en este trabajo por quedar finalmente sin objeto la petición de la recurrente. En el caso, la recurrente alegaba que la negativa por parte de las autoridades nacionales de trasladar a otro centro sus embriones sobrantes, que se encontraban crioconservados, vulneraba su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). El TEDH consideró que la infracción se encontraba justificada legalmente, puesto que la decisión de poner los embriones bajo la custodia de una institución estatal se produjo en el marco de una investigación criminal contra los centros que actuaban sin licencia, como el centro al que accedió la recurrente; y además, la medida perseguía un fin legítimo como la prevención del crimen, la protección de la salud y la moral y los derechos y libertades de terceros, en un campo tan sensible como el de las TRA (§57). Finalmente, el TEDH tiene en cuenta el remedio que las autoridades nacionales otorgaron a la recurrente para poder tener sus embriones crioconservados en otro centro, pese a los retrasos del depositario en entregarlos, lo que le seguía permitiendo usarlos en el futuro.

plantean cuestiones como las descritas⁹. Las diferentes respuestas ofrecidas por parte de los estados dan cuenta de la existencia de regulaciones más liberales (p.e., Reino Unido y España) y más restrictivas (p.e., Francia e Italia). Esta gran diversidad ha agudizado el mal llamado «turismo reproductivo» o, en los términos más neutros de la *European Society of Human Reproduction and Embryology* (ESHRE), «*Cross-border reproductive care*»¹⁰. Dicho fenómeno se manifiesta, por ejemplo, en el desplazamiento a España de parejas heterosexuales infértiles italianas, las únicas que tienen permitido el acceso a las técnicas en aquel país¹¹, puesto que hasta hace poco la donación de gametos se encontraba prohibida¹². Asimismo, muchas mujeres

⁹ Además de *Knecht contra Rumanía*, citado en la nota anterior y que no será objeto de análisis en este trabajo, se trata de los casos *Evans contra Reino Unido*, asunto 6339/05, decidido por la Sec. 4.ª el 7 de marzo de 2006, y confirmado por la Gran Sala el 10 de abril de 2007; *Dickson contra Reino Unido*, asunto 44362/04, decidido por la Sec. 4.ª el 18 de abril de 2006 y revocado por la Gran Sala el 4 de diciembre de 2007; S.H. y otros contra Austria, asunto 57813/00, decidido por la Sec. 1.ª el 1 de abril de 2010 y revocado por la Gran Sala el 3 de noviembre de 2011; *Costa y Pavan contra Italia*, asunto 54270/10, decidido por la Sec. 2.ª el 28 de agosto de 2012; *Mennesson y Labassee contra Francia*, asuntos 65192/11 y 65941/11, ambos decididos por la Sec. 5.ª el 26 de junio de 2014; y *Paradiso y Campanelli contra Italia*, asunto 25358/12, decidido por la Sec. 2.ª el 27 de enero de 2015. Todos ellos son analizados, en este orden, en el presente trabajo.

¹⁰ La ESHRE se muestra especialmente crítica con la terminología «turismo reproductivo» porque considera que banaliza las razones por qué los individuos acceden a las TRA: SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., PENNING, G., FERRARETTI, A.P., NYBOE ANDERSEN, A., DE WERT, G., GOOSSENS, V., The ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, «Cross border reproductive care in six European countries», *Human Reproduction*, 2010, Vol. 25(6), pp. 1361-1368.

¹¹ Así es de conformidad con el artículo 5 de la *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004)*: «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.».

¹² Vid. artículo 4 (*Accesso alle tecniche*) de la *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*: «3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo». La prohibición fue declarada inconstitucional por la sentencia núm. 162 del Tribunal Constitucional italiano, de 9 de abril de 2014, accesible desde la página del TC italiano: <http://www.cortecostituzionale.it/default.do>

Tras la aplicación de los test de proporcionalidad y razonabilidad, el TC italiano concluyó que, a la luz de la finalidad de la citada ley, especificado en su artículo 1.1 («favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o la infertilidad humana»), la prohibición absoluta de acceso a las TRA heterólogas introduce un elemento evidente de irrazonabilidad, puesto que comporta la negativa absoluta del derecho a tener hijos, lo que incide en el derecho a la salud (FD 13).

A favor de la sentencia y de la necesidad de que dé paso a una nueva ley sobre TRA, vid. D'AMICO, M., «L'inconstituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa»,

británicas se someten a inseminación artificial en España, dados los menores costes económicos y las listas de espera menos largas; y son muchas las parejas nórdicas y centroeuropeas que acceden a las TRA en España en busca de la garantía del anonimato del donante que sus respectivas legislaciones no prevén. En otros casos, la menor oferta de gametos, óvulos y/o espermatozoides en su propio país, explica que sus ciudadanos se desplacen a otro para acceder a las TRA¹³.

2. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La primera cuestión que plantea el acceso a las TRA es la de si existe un derecho a tener hijos en términos generales, más allá de la reproducción sexual. Si bien desde mediados del siglo pasado varios textos jurídicos internacionales han subrayado la importancia de la unidad familiar y de la reproducción, a partir del derecho a formar una familia y de la opción reproductiva (art. 16 DUDH y 12 CEDH)¹⁴, la fuerza vinculante de tales declaraciones se encuentra seriamente cuestionada¹⁵. No fue hasta

Rivista di BioDiritto, 2/2014, pp. 13-35.

¹³ Por lo que respecta a su incidencia práctica, el estudio más reciente de la ESHRE, basado en 1.230 ciclos de TRA llevados a cabo en seis países europeos tradicionalmente de destino en el acceso a las TRA, como Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Suiza, Eslovenia y España, evidencia que cada vez son más los ciudadanos que viajan a otro país de la Unión para someterse a las TRA y evadir así las legislaciones restrictivas de sus países de origen, lo que se concibe como una nueva modalidad de «desobediencia civil». Las restricciones legales son las razones más aducidas por los ciudadanos alemanes (80,2%), noruegos (71,6%), italianos (70,6%) y franceses (64,5%) que viajan al extranjero en busca de tratamiento: SHENFIELD *et al.*, *cit.*

La prensa ha dado noticia del papel de España como país receptor de ciudadanos de otros países que desean acceder a las TRA: «España, el destino preferido por los europeos para reproducción», *El Mundo*, 30.7.2012; y «Barcelona exporta nens proveta», *Ara.cat*, 14.2.2015 (disponibles on-line).

¹⁴ De acuerdo con el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.» (...); «3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

A nivel europeo, el artículo 12 CEDH declara que «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.».

¹⁵ Al respecto, *vid.* mi monografía «Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones», Atelier, Barcelona, 2011, pp. 45-50.

mediados de los años noventa cuando, a partir de las Conferencias sobre Población y Desarrollo y sobre la Mujer, celebradas respectivamente en El Cairo (1994) y Pequín (1995), surgió la noción «derechos reproductivos» y, con ella, se empezó a cuestionar su alcance.

Desde sus orígenes dicha noción ha sido objeto de controversia, en especial por lo que respecta a la fuerza vinculante de los textos que la utilizan, que a menudo la relacionan con el derecho a la salud, puesto que no es pacífico que la incapacidad para reproducirse sea una enfermedad¹⁶ ni los estados pueden garantizar el acceso ilimitado a las TRA¹⁷. El nacimiento de los «derechos reproductivos» vinculado al control de la población, de entrada los presenta como inidóneos para resolver los conflictos que pueden plantearse en el contexto de la reproducción. Asimismo, la mayoría de textos internacionales que contienen derechos específicos en relación con la opción reproductiva y la salud articulan objetivos sin establecer obligaciones legales y, por tanto, sin que pueda existir incumplimiento¹⁸. De estas previsiones no se infiere una obligación de los estados de suministrar a los individuos los medios para gozar de tales derechos de acuerdo con sus deseos individuales, sino más bien un deber del estado de no interferir en una libertad individual¹⁹.

El contenido esencial de la noción de «derechos reproductivos» es el derecho a procrear, que está emergiendo en el ámbito internacional como un derecho humano básico, consustancial al concepto contemporáneo del individuo libre²⁰. El concepto comprende la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y, si es el caso, consensuada entre los dos miembros de la pareja, sin injerencias externas y con la información y los medios adecuados para su realización. Se trata, por tanto, de un derecho complejo, formado a partir del derecho a fundar una familia, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la planificación familiar,

¹⁶ Vid. WARNOCK, M., «A question of life, The Warnock Report on Human Fertilisation & Embriology», Oxford (UK) & Cambridge (USA), Blackwell, 1985, p. 10. Vid. también mi monografía «Consentimiento a la reproducción asistida...», *cit.*, pp. 29-30.

¹⁷ PACKER, C., «Defining and Delineating the Right to Reproductive Choice», 67 *Nordic Journal of International Law* 77, 1998, p. 82.

¹⁸ COOK, R.J., «International Protection of Women's Reproductive Rights», 24 *N.Y.U.J. Int'l L&Pol.*, 1992, p. 672.

¹⁹ COOK, R., DICKENS, B.M., FATHALLA, M., «Reproductive Health and Human Rights. Integrating Medicine, Ethics and Law», Clarendon Press, Oxford, 2003, pp. 194 y ss.

²⁰ ALKORTA IDIAKEZ, I., «Nuevos límites del derecho a procrear», DPC, Núm. 20, 2006, pp. 18-20.

el derecho a la salud y el derecho a gozar del progreso científico, y resulta protegible a través de estos derechos. En consecuencia, aunque el incumplimiento de los derechos reproductivos en sí mismos no genera ninguna obligación, dada su relación directa con el desarrollo de la personalidad podrá valorarse si una violación de los derechos reproductivos puede reconducirse a la vulneración de algún derecho fundamental reconocido en los tratados internacionales.

Ahora bien, las decisiones procreativas, en relación con las TRA, suponen un cambio de orientación en un discurso que había surgido en el contexto de la reproducción sexual y que, hasta los años ochenta, se había centrado en el control de la natalidad y en la decisión de abortar, esto es, en lo que vendría a ser un «derecho a no tener hijos». En el momento actual, cuando aludimos a la libertad procreativa «estamos hablando de una panoplia de inmunidades frente al Estado relativas a la decisión de si reproducirse o no (en cuántas ocasiones y con quien) y al tipo de descendencia que se desea»²¹. Si bien no existe un acuerdo absoluto sobre la naturaleza y el ámbito de este derecho, es claro que va más allá de la reproducción sexual convencional y que se basa en la libertad reproductiva, la cual engloba el respeto por la autonomía y por los valores que subrayan la importancia de la procreación y de tener hijos concebidos en términos amplios, sin la intromisión del estado en estas decisiones íntimas y personales de los individuos que definen sus vidas²².

Aunque ninguna declaración internacional de derechos reconoce explícitamente un derecho fundamental a procrear, las decisiones procreativas que surgen en este contexto han gozado de protección, a partir de su base constitucional, por su relación con algún derecho fundamental y, muy en particular, para proteger el derecho a la vida privada de los individuos²³. En la línea iniciada por el *case law* del Tribunal Supremo de EE.UU., en relación con la *privacy*, el TEDH ha recurrido con frecuencia al derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) para valorar el alcance de presuntas vulneraciones de decisiones procreativas por parte de los estados. Se trata, como evidencian los casos que se analizan a continuación, de un derecho mucho más amplio que el derecho a la intimidad, puesto que comprende la esfera en que cada uno puede realizar

²¹ De LORA, P., «¿Qué hay de malo en tener hijos?», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 10, 2006, p. 46.

²² ALGHRANI, A., HARRIS, J., «Reproductive liberty: should the foundation of families be regulated?», *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 18(2), 2006, pp. 191-192 y 194.

²³ *Vid.* mi monografía «Consentimiento a la reproducción asistida...», *cit.*, pp. 59-60.

libremente su personalidad, incluido el derecho a desarrollar relaciones con otras personas y con el mundo exterior. Se trata, además, de un derecho negativo que, como tal, impide que los terceros (incluido el estado) interfieran en su ejercicio individual pero no implica que estos terceros deban necesariamente facilitar su ejercicio a los individuos o protegerlo dentro de ciertos límites²⁴.

La configuración del derecho a acceder a las TRA como una obligación negativa por parte de los estados constituye una de las grandes diferencias entre este derecho y la libertad de procrear inherente a la persona humana, que resulta del artículo 12 CEDH cuando reconoce el derecho del hombre y de la mujer a formar una familia²⁵. Esta concepción del derecho en negativo, unida a la declaración del artículo 16 DUDH, que se pronuncia en términos de contravención, aleja la procreación de la esfera de los derechos fundamentales, puesto que no obedece a una necesidad individual básica sino, a lo sumo, a un deseo²⁶. Ahora bien, esta conclusión no debe privar a las personas infértiles de acceder a las TRA y, en su caso, las razones del rechazo deben ser abiertamente especificadas. El hecho de que la infertilidad no sea un concepto unívoco²⁷ se suma a la compleja cuestión de cuáles deben ser los límites del acceso a las TRA, lo que justifica que cada vez más casos de este grupo accedan a los tribunales y, en particular, que algunos de ellos ya se hayan planteado ante al TEDH. La aproximación del TEDH a la reproducción derivada del acceso a TRA va a ser analizada en las páginas que siguen a partir de los distintos casos en los que se ha planteado la cuestión, subrayando los principales efectos de estos pronunciamientos.

²⁴ CASADEVALL, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 126 y ss.

²⁵ VIDAL MARTÍNEZ, J. «Acerca de la sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans. Casos S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducció humana assistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo», *Rev Der Gen Hum* 34/2011, pp. 185-188.

²⁶ WARNOCK, M., «Making babies. Is there a right to have children?», Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 17-29, 38-42, 54.

²⁷ Más allá de la infertilidad estricta o en sentido médico, se distingue la infertilidad estructural (la que experimentan los individuos que no forman parte de una relación heterosexual) y la cultural (la que resulta de los costes de acceso a las TRA, de la discriminación o de actitudes sociales y políticas que limitan el acceso a las TRA o su financiación pública a ciertos colectivos): CAHN, N.R., «Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)», New York University Press, New York – London, 2009, pp. 134-135.

3. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA ANTE ESTRASBURGO

3.1 *Evans contra Reino Unido: ¿de quién son los embriones?*

*Evans contra Reino Unido*²⁸ es el primer caso que plantea ante el TEDH cuál debe ser el alcance del derecho a procrear cuando la procreación resulta del acceso a las TRA. El caso tiene sus orígenes en un conflicto entre dos ex convivientes, en relación con el destino de varios embriones que fueron creados con gametos de ambos durante su relación. Dichos embriones tuvieron que ser crioconservados porque durante el proceso de reproducción asistida a la mujer le fueron diagnosticados tumores cancerígenos en ambos ovarios, lo que hizo necesaria su extirpación con carácter urgente. Sin embargo, antes de que los embriones pudieran ser implantados a la mujer, la pareja rompió. Entonces, la mujer solicitó que los embriones creados con sus últimos óvulos le fueran implantados, con el argumento de que constituían su «última oportunidad de tener un hijo genético». El hombre, en cambio, se opuso a la petición de la mujer, con el argumento de que no podía ser forzado a procrear²⁹.

Ante este conflicto de derechos, el TEDH declara que el caso afecta el derecho al respeto de la vida privada de la solicitante (art. 8 CEDH), un concepto amplio que comprende la *decisión de ser padre y la de no serlo* (§57). Si ambas decisiones forman parte del derecho al respeto de la vida privada, ¿cómo resuelve el TEDH un conflicto que ha sido calificado, con acierto, de «caso difícil»³⁰? En su resolución, el TEDH tiene en cuenta una aproximación formalista a la cuestión, a partir del análisis de la *Human Fertilisation and Embriology Act* (HFEA) británica de 1990, cuyo anexo 3 resultaba aplicable al caso y permitía, en los mismos términos que hoy prevé la HFEA (2008), que cualquier parte revocara su consentimiento al tratamiento en cualquier momento previo a la implantación de los embriones. Consciente de que el uso de la FIV suscita problemas éticos y

²⁸ Asunto 6339/05, decidido por la Sec. 4.ª el 7 de marzo de 2006, y confirmado por la Gran Sala el 10 de abril de 2007.

²⁹ Vid. ALKORTA IDIAKEZ, I.: «El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear», *Rev Der Gen Hum* 24/2006, p. 149, y «Nuevos límites...», *cit.*, pp. 55 y 59.

³⁰ Además de los votos particulares de los jueces de la sec. 4.ª del TEDH, Traja y Mijović, que así lo ponen de manifiesto, *vid.* BOMHOFF, J., ZUCCA, L., «The tragedy of Ms. Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights, *Evans v. the United Kingdom*, Fourth Section Judgement of 7 March 2006, Application No. 6339/05», *European Constitutional Law Review* 2/2006, pp. 424-442; y PRIAULX, N., «Rethinking progenerative conflict: Why reproductive autonomy matters», *Medical Law Review* 16/2008, p. 171.

morales y que, por tanto, las cuestiones planteadas en el caso afectan a áreas sensibles en las que no existe un claro consenso entre los estados miembros, tales como el estatus del embrión, el TEDH considera que debe garantizarse a los estados un amplio margen de apreciación en esta materia (§62). Ahora bien, a pesar de que el TEDH empatiza con la recurrente y entiende, además, que el Parlamento británico podía haber llegado a un balance distinto, concluye que el legislador no sobrepasó el margen de apreciación garantizado por el artículo 8 CEDH (§68). Esta aproximación no ha estado exenta de críticas, dadas las claras implicaciones en materia de género que presenta este grupo de casos³¹.

3.2 *Dickson contra Reino Unido*: privación de libertad y derecho a procrear

*Dickson contra Reino Unido*³² tiene origen en la solicitud, formulada por una ciudadana británica, de inseminación artificial con esperma de su marido recluso. La pareja había contraído matrimonio en la cárcel en 2001 y, de forma similar a lo que planteaba la señora Evans en el caso anterior, la recurrente también consideraba que la técnica en cuestión constituía su última oportunidad de tener hijos genéticos, puesto que ya tenía 44 años y su marido todavía debía cumplir condena durante años.

Ante la negativa de las autoridades británicas de acceder a la petición, la esposa accedió al TEDH, cuya Sec. 4.^a confirmó los pronunciamientos de las autoridades nacionales, al entender que denegar el acceso a la inseminación artificial en el caso planteado era coherente con el artículo 8 CEDH, puesto que la solicitud se dirigía a permitir algo (tener hijos mediante el recurso a TRA) que no existe como un derecho general (§30). Asimismo, el TEDH consideró la medida justificada en los términos del artículo 8.2, para proteger el bienestar del menor que pudiera nacer (§34).

³¹ A partir de Evans varios autores han destacado las consecuencias especialmente negativas para las mujeres que tienen las normas que permiten a cualquiera de las partes del proyecto parental revocar el consentimiento a la FIV antes de la implantación de los embriones: *vid.* MURPHY, CUIINN, «Works in Progress...», *cit.*, pp. 622-623; LIND, C., «Evans v. United Kingdom – judgements of Solomon: power, gender and procreation», *Child and Family Law Quarterly*, 2006, Vol. 18(4), pp. 576-592; ALGHRANI, A., «Deciding the Fate of Frozen Embryos», *Medical Law Review*, Vol. 13, 2005, pp. 252-253; y Sheldon, S.: «Gender equality and reproductive decision-making», *Feminist Legal Studies*, 2004, Vol. 12, pp. 314 y ss., y «Evans v Amicus Healthcare; Hadley v. Midland Fertility Services – Revealing cracks in the “twin pillars”?», *Child and Family Law Quarterly*, 2004, Vol. 16(4), pp. 450-452.

³² Asunto 44362/04, decidido por la Sec. 4.^a el 18 de abril de 2006 y revocado por la Gran Sala el 4 de diciembre de 2007.

La Gran Sala, en cambio, considera que la decisión de las autoridades británicas vulnera el artículo 8 CEDH, puesto que una vez un estado permite en general el uso de las TRA la negativa al acceso a la inseminación artificial afecta la vida privada y familiar de los solicitantes, que incorpora el derecho al respeto por su decisión de ser padres genéticos (§66). Es precisamente esta afectación de un derecho humano lo que permite al TEDH restringir el margen de apreciación garantizado a un estado (§78).

La cuestión que plantea *Dickson* es la de si su doctrina puede extenderse a otros casos. Al respecto, debe tenerse en cuenta que se trata de un caso con unas particularidades muy marcadas, que justifican que el TEDH acabe resolviendo en el sentido indicado. En consecuencia, la posibilidad de inferir del mismo una doctrina general es ciertamente cuestionable³³.

3.3 S.H. y otros contra Austria: prohibición del acceso a gametos donados

S.H. y otros contra Austria³⁴ tiene interés porque pone de manifiesto las consecuencias de las distintas regulaciones de los ordenamientos de los estados miembros en materia de reproducción asistida. En el caso se discutía si la Ley 275/1992, la Fortpflanzungsmedizingesetz, que regula las TRA en Austria e impide el acceso a la donación de espermia para la práctica de FIV y a la donación de óvulos, era conforme al Convenio³⁵. Se trataba de las únicas técnicas que permitían a las dos parejas recurrentes tener hijos genéticamente relacionados, por lo que estas consideraban que la ley nacional vulneraba sus derechos al respeto a la vida privada (art. 8 CEDH) y a la igualdad (art. 14 CEDH).

La Sec. 1.^a condenó a Austria, argumentando que «el derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso de las TRA para conseguirlo forma parte del artículo 8 CEDH, puesto que se trata de una elección que es claramente una expresión de la vida privada y familiar», por lo que «las diferentes aproximaciones de los estados contratantes no convierten en

³³ Sobre la dificultad de extraer conclusiones generales de los llamados «casos difíciles» me remito a las palabras del Juez Rolfe, en la resolución del caso inglés *Winterbottom v. Wright* (1842) 10 M&W 109, 116, Eng. Rep. 402, 406, en el cual vino a decir que «los casos difíciles crean mal derecho»: «(...) Hard cases, it has frequently been observed, are apt to introduce bad law. (...)».

³⁴ Asunto 57813/00, decidido por la Sec. 1.^a el 1 de abril de 2010 y revocado por la Gran Sala el 3 de noviembre de 2011.

³⁵ Ambas prohibiciones se encuentran en las Sec. 3(1) y 3(2) de la citada Ley.

aceptable cualquier solución adoptada por el legislador» (§69). La inclusión, en el artículo 8 CEDH, del derecho de los demandantes a la utilización de las TRA era un aspecto indiscutido que no implicaba ninguna obligación a cargo del estado en el sentido de permitir o regular las citadas TRA. Ahora bien, de optar por la regulación, el estado debía evitar incurrir en discriminación, por lo que al carecer la prohibición de la ley austriaca de una justificación objetiva y razonable, el TEDH entendió que en el caso se había producido una violación del artículo 14 CEDH considerado conjuntamente con el artículo 8 CEDH (§§74-75, 85 y 96).

En una aproximación distinta a la cuestión, la Gran Sala considera que debe otorgarse un amplio margen de apreciación a los estados en materia de donación de gametos, por lo que son admisibles tanto las políticas restrictivas como las permisivas. A partir de esta aproximación sumamente respetuosa con el margen de apreciación de los estados, el TEDH acaba adoptando la perspectiva de quienes conciben el mal llamado «turismo reproductivo» como una «válvula de seguridad moral»³⁶: «la ley austriaca no prohíbe ir al extranjero en busca de tratamiento contra la infertilidad que comprenda técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria» (§114).

La aproximación a la cuestión por parte de la Gran Sala ha recibido críticas severas. Así, se argumenta que la prohibición de ciertas técnicas a nivel interno fomenta la reproducción transfronteriza y, con ello, se convierte en una respuesta poco sensata a la vista de la realidad social actual³⁷; deja sin resolver la verdadera cuestión que plantea la prohibición que contiene la legislación austriaca (la de la interferencia en las vidas privadas de los recurrentes)³⁸; impone una carga excesiva a los individuos infértiles, que asume que el «turismo reproductivo» nunca es problemático; y desconsidera su poder para promover la discriminación elitista dentro de un país³⁹. Estas críticas se encuadran dentro de las más generales

³⁶ La expresión original es de PENNING, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human Reproduction*, 2004, Vol. 19(12), p. 2694: «Reproductive tourism should be seen as a safety valve that avoids moral conflict, and as such, contributes to a peaceful coexistence of different ethical and religious views in Europe.»

³⁷ COHEN, I.G., «S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism» 25 *Reproductive BioMedicine Online* 660, 2012.

³⁸ Van HOOFF, W., PENNING, G., «Extraterritorial Laws for Cross-Border Reproductive Care: The Issue of Legal Diversity». 19 *European Journal of Health Law* 187, 2012, p. 199.

³⁹ JACKSON, E., «S.H. and Others v. Austria», 25 *Reproductive Bio Medicine Online* 663, 2012.

formuladas contra este fenómeno, en tanto que fomenta la explotación de ciudadanos de países menos desarrollados por nacionales de países más ricos⁴⁰. Asimismo, una vez el TEDH ha dejado claro que los estados no tienen una obligación, bajo el Convenio, de permitir las TRA en general, en esta sentencia se ha visto una vulneración de la prohibición de discriminación (art. 14 CEDH), en cuanto el estado austriaco prohíbe ciertas formas de FIV pero no otras, sin justificar la diferencia de trato⁴¹.

En el fondo de la decisión puede existir una preocupación por los posibles efectos de una sentencia que condenara a Austria, cuando otros estados europeos todavía prohíben el recurso a las TRA con gametos donados. Así, en Alemania, donde la donación de óvulos no está permitida y se prevé una pena para el facultativo que la lleve a cabo, los principales argumentos que se invocan para justificar esta opción son la fragmentación de la maternidad a que conduce y las dificultades que plantea para el nacido a la hora de conocer sus orígenes, lo que puede afectar seriamente su desarrollo psicológico⁴². Sin embargo, también allí la prohibición se encuentra seriamente cuestionada desde el punto de vista constitucional⁴³.

3.4 *Costa y Pavan contra Italia: sobre los límites del Diagnóstico Genético Preimplantacional*

*Costa y Pavan contra Italia*⁴⁴ tiene muchos puntos en común con *S.H. y otros c. Austria*, con la diferencia de que en el caso que ahora nos ocupa el TEDH consideró que la prohibición de la técnica implicada sí excedía del margen de apreciación del estado. El TEDH llegó a esta conclusión tras emplear un argumento que no había utilizado en ninguno de los casos descritos con anterioridad.

El caso afectaba a una pareja heterosexual italiana cuyos dos miembros descubrieron que eran portadores sanos de «mucoviscidosis» (fibrosis quística) tras el nacimiento de su primer hijo, quien se encontraba afectado

⁴⁰ STORROW, R.F., «The pluralism problem in cross-border reproductive care», *Human Reproduction*, 2010, Vol. 25(12), p. 2941.

⁴¹ MURPHY, CUINN, «Works in Progress...», *cit.*, pp. 621-622.

⁴² ROMEO CASABONA, CM, PASLACK, R., SIMON, J.W., «Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European countries», *Rev Der Gen H* 38/2013, pp. 15-42.

⁴³ ROMEO CASABONA, PASLACK, SIMON, *cit.*, p. 23.

⁴⁴ Asunto 54270/10, decidido por la Sec. 2.ª el 28 de agosto de 2012.

por esta enfermedad genética. La única posibilidad de evitar dicha enfermedad a un segundo hijo era recurrir al DGP. El DGP es una técnica instrumental que permite modificar los caracteres genéticos del embrión que, una vez creado mediante FIV y genéticamente seleccionado, es implantado a la mujer. Esta técnica, que está permitida en algunos estados miembros si se dirige al diagnóstico de enfermedades genéticas, tales como la hemofilia, o para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del embrión⁴⁵, se encuentra prohibida en Italia a las parejas que no satisfacen los criterios objetivos de acceso a las TRA porque no son estériles o infértiles (art. 1 y 4.1 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*)⁴⁶. La prohibición del DGP en el resto de casos, la mayoría, determina que la única posibilidad real de no tener un hijo afectado por la enfermedad sea practicar un aborto una vez iniciada la concepción de forma natural y diagnosticado, vía examen prenatal, que el feto es portador de la enfermedad.

Al juicio de proporcionalidad de la prohibición nacional, el TEDH añade en este caso un juicio de coherencia externa de la prohibición del DGP en la ley italiana (§69), que se pone en relación con la norma que consiente, en paridad de condiciones, la interrupción voluntaria del embarazo. Con ello, la jurisprudencia del TEDH se mueve un paso adelante, puesto que para valorar el ejercicio discrecional del legislador nacional utiliza el criterio de la coherencia externa de la prohibición que contiene la ley italiana en materia de DGP, y la analiza en términos sistemáticos en relación con la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones análogas.

⁴⁵ Es el caso de España, de acuerdo con el artículo 12.1 LTRHA: «Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia; b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. (...)».

⁴⁶ «Art.1 (*Finalità*). 1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.».

«Art. 4 (*Accesso alle tecniche*). 1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.».

Mientras que en *S.H. y otros contra Austria* el objeto de análisis era la compatibilidad de la prohibición de donación de gametos con el artículo 8 CEDH, en *Costa y Pavan* la incompatibilidad se declara en términos de incoherencia del sistema de la normativa italiana, lo que comporta una falta de proporcionalidad y, en consecuencia, una interferencia indebida en la vida privada de los recurrentes⁴⁷.

Dado que el DGP era la única opción que aseguraba a la pareja recurrente tener un hijo libre de la enfermedad, el TEDH considera que el ordenamiento jurídico italiano es incoherente (§57)⁴⁸ y desproporcionado (§64)⁴⁹. Así, negar el acceso al DGP en tales circunstancias afecta el derecho de los recurrentes a su vida privada y familiar, puesto que existe un derecho al acceso a las TRA y al DGP «para concebir un hijo que no se encuentre afectado por una enfermedad genética en particular» (§58). A pesar de que el TEDH admite que el DGP suscita cuestiones morales y éticas serias, en este caso considera que la decisión del Gobierno italiano de prohibirlo en determinadas circunstancias excede del margen de apreciación del estado y, por tanto, no escapa del control del TEDH (§61).

3.5 *Menesson y Labassee contra Francia y Paradiso y Campanelli contra Italia*: eficacia de los acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero

Los casos *Menesson y Labassee contra Francia*⁵⁰ resuelven de forma cumulativa una cuestión de gran actualidad en muchos ordenamientos, que plantea cuáles deben ser los efectos de los acuerdos de gestación por sustitución celebrados por ciudadanos europeos, de estados que

⁴⁷ Para este análisis, *vid.* PENASA, S.: «La Corte Europea...», *cit.* (en prensa), y «The Italian regulation on Assisted Reproductive Technologies facing the European Court of Human Rights: the case of Costa and Pavan v. Italy», *Rev Der Gen H* 37/2012, pp. 155-180; y d'AMICO, «L'inconstituzionalità...», *cit.*, p. 31.

⁴⁸ «El tribunal no puede sino hacer notar que la legislación italiana es incoherente en esta área. Por un lado, prohíbe la implantación de embriones que no estén afectados por la enfermedad de que los recurrentes son portadores sanos, mientras que por el otro permite a los recurrentes abortar un feto afectado por esta misma enfermedad»: trad. de la autora, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

⁴⁹ «En consideración a la incoherencia en la legislación italiana, descrita supra, en relación con el DGP, el tribunal considera que la interferencia con el derecho de los recurrentes a su vida privada y familiar era desproporcionada. En consecuencia, en este caso ha existido una violación del artículo 8 del Convenio»: trad. de la autora, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

⁵⁰ Asuntos 65192/11 y 65941/11, ambos decididos por la Sec. 5.ª el 26 de junio de 2014.

prohíben o no reconocen estos acuerdos, en otros países que sí los reconocen legalmente o de facto⁵¹. En ellos se discutía el estatus legal de tres menores gestadas con fines comerciales por una mujer en los estados norteamericanos de California y Minnesota, en ambos casos con óvulos donados y esperma del padre comitente⁵². Tras su nacimiento en EE.UU.,

⁵¹ En España, la ineficacia de los acuerdos de gestación por sustitución que declara el artículo 10 LTRHA ha sido confirmada por la Sala 1.ª del TS, en sentencia de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833). El caso, muy controvertido dada la distinta aproximación al mismo por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tiene sus orígenes en la negativa del Registro Consular español en Los Ángeles (California), a inscribir como hijos matrimoniales de dos hombres españoles a los gemelos gestados en San Diego por una mujer a la que contactaron a través de una agencia. En él, los órganos judiciales españoles siguen la línea de las distintas instancias francesas, al afirmar que estos acuerdos son contrarios al orden público internacional español. Pese a ello, el TS deja abierta la posibilidad de que el padre biológico, haciendo uso de la acción que reconoce el artículo 10.3 LTRHA, pueda reclamar su paternidad y el otro hombre pueda adoptar a los menores. El futuro del caso, que se encuentra pendiente de recurso ante el TC, puede verse influenciado por la doctrina del TEDH en *Menesson y Labassee contra Francia*. Respecto de los casos similares que puedan plantearse en el futuro debe tenerse en cuenta la inminente reforma que prevé la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, dirigida a reconocer la filiación resultante de los acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero; para más información, *vid.* mi trabajo «Filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 38-41 (en prensa). En último término, la suerte del caso español ante el TC y, en su caso, ante el TEDH es incierta, puesto que el Pleno del TS, por auto de 2 de febrero de 2015 (JUR 2015\45930), desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la sentencia del TS, argumentando que el caso español se distancia de los dos casos franceses, entre otros aspectos, porque los órganos judiciales españoles remitieron a la pareja comitente en todo momento a la reclamación de la paternidad, ex artículo 10.3 LTRHA, respecto del padre biológico, y a la adopción por parte del otro miembro de la pareja, por lo que los menores no debían quedar necesariamente sin su filiación determinada. Sin embargo, como argumento en otro trabajo, considero que esta constituye una solución «de segunda», pues el no reconocimiento de eficacia inmediata a estos acuerdos y el recurso, en su lugar, a una acción de paternidad seguida de la adopción comporta que durante un tiempo los menores sigan sin una filiación determinada, con todos los riesgos que ello implica: «Filiación derivada de reproducción asistida...», *cit.*, pp. 38-41. Situaciones como las planteadas por los casos franceses y español se han dado también en otros países europeos, como Bélgica o Alemania: *vid.* los casos citados en mi trabajo «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain», *International Family Law*, 1/2013, pp. 68-72, y el caso resuelto por el TS federal alemán el 10 de diciembre de 2014 (XII ZB 463/13) que, tras la resolución de los casos *Menesson y Labassee* por el TEDH, considera que no vulnera el orden público alemán reconocer una relación de filiación constituida en California mediante un acuerdo de gestación por sustitución si al menos uno de los comitentes aportó su material genético, siempre que la gestante no lo hiciera.

⁵² La procedencia de los óvulos de mujer distinta de la gestante justifica que nos encontremos ante un caso de gestación por sustitución parcial, por contraposición a la tradicional, plena o total, en que la gestante también aporta su material genético, de modo que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante. En estos casos, minoritarios, en que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial: WEISBERG, D.K., APPLETON, S.F., «Modern Family Law.

las niñas pasaron a residir en Francia con sus padres comitentes, un hombre y una mujer de ciudadanía francesa que habían recurrido a la gestación por sustitución en el extranjero porque esta estaba prohibida en Francia y porque la mujer en ninguno de los dos casos tenía capacidad para gestar. Los órganos administrativos y judiciales franceses impidieron la ejecución de los acuerdos apelando al orden público internacional francés y al principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

Sin embargo, el TEDH considera que la negativa del estado francés de reconocer la filiación de los menores a favor de sus padres comitentes es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH), que vincula a la identidad. La afectación en la identidad de los menores por parte del estado francés, que se traduce en extremos aparentemente tan remotos como los sucesorios, es contraria a su interés superior, al exceder del amplio margen de apreciación de que gozan los estados en materias tan sensibles y faltas de consenso como esta. Por ello, la sentencia condena al estado francés al pago de 5.000 euros en concepto del daño moral causado a cada una de las menores implicadas, que ya tenían 14 y 13 años cuando el TEDH resolvió el caso⁵³. Quizás el extremo más controvertido de ambos fallos es que en ellos el TEDH subraya el vínculo biológico existente entre el padre comitente y las menores, lo que le permite vincular paternidad biológica con identidad y, por ende, con vida privada. Al respecto, en el caso *Menesson* el TEDH se pronuncia en los términos siguientes, que reproduce en *Labassee*: «El análisis que se ha llevado a cabo tiene un interés especial en un caso como el presente, en que uno de los padres comitentes también es el padre biológico. Dada la importancia del elemento biológico como componente de la identidad (...) no puede considerarse en interés del menor privarle de una relación legal de esta naturaleza cuando la realidad biológica de la relación ha sido establecida y padre e hijo pretenden su pleno reconocimiento. Esta relación no solo no fue reconocida cuando se solicitó la transcripción de los certificados de nacimiento, sino que tampoco se llevó a cabo ningún reconocimiento formal por la vía de la declaración de filiación o de la adopción, (...)» (§100)⁵⁴. Dadas las consecuencias de

Cases and Materials», Third Ed., Aspen, New York, 2006, pp. 1109-1110.

⁵³ El fallo ha sido aplaudido por HERRERA, M., LAMM, E., «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley* (Buenos Aires – Argentina), Núm. 122, 2.7.2014, pp. 1 y 6-8.

⁵⁴ Trad. de la autora, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC). En el mismo sentido, *vid.* §§79-80 del caso *Labassee*.

estas restricciones en la identidad y en el derecho a la vida privada de las menores, cuyo superior interés debe prevalecer, el TEDH considera que el estado francés superó el margen de apreciación existente en esta materia (§§100-101).

El TEDH se ha tenido que volver a pronunciar sobre la cuestión más recientemente en *Paradiso y Campanelli contra Italia*⁵⁵, un caso todavía no firme y más controvertido (acaso más dramático), con unas connotaciones especiales que lo alejan de *Menesson y Labasse*. El caso afecta a una pareja casada italiana que, tras someterse sin éxito a varios procedimientos de FIV en su país, celebró un acuerdo comercial de gestación por sustitución con una agencia rusa, para acceder a una gestante a la cual le fueron implantados los embriones creados mediante gametos donados. Como consecuencia de dicho tratamiento, el 27 de febrero de 2011 nació un niño. Una vez la pareja regresó a Italia con el bebé, acreditada la renuncia de la madre gestante al menor y con el certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas, las autoridades italianas se negaron a otorgar efectos a dicho certificado, al considerar que contravenía la prohibición de la fecundación heteróloga que contenía entonces la legislación italiana, además de la normativa sobre adopción⁵⁶. Aunque las autoridades italianas no iniciaron acciones penales contra la pareja, por alteración de la filiación, lo que hubiera comportado la imposibilidad de adoptar o acoger a un menor en el futuro, en octubre de 2011, a los casi ocho meses de su nacimiento, el menor fue puesto bajo la guarda de los servicios sociales italianos y desde ese momento se impidió todo contacto entre este y la pareja comitente. En enero de 2013, y todavía sin su identidad determinada en Italia, el menor fue acogido por una familia, con el fin de ser adoptado.

El TEDH considera, a la vista de su jurisprudencia, que se ha producido una vulneración en la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), puesto que los recurrentes pasaron con el menor las primeras etapas importantes de su vida y actuaron como sus padres (§69). La posición de las autoridades nacionales, que no dudaron en poner al menor bajo la guarda de los servicios sociales enfatizando la ausencia de vínculos genéticos entre este y los dos miembros de la pareja comitente, se considera

⁵⁵ Asunto 25358/12, decidido por la Sec. 2.ª el 27 de enero de 2015.

⁵⁶ En este punto, la decisión de las autoridades italianas parece reprochar a la pareja recurrente que, pese a haber obtenido la idoneidad para adoptar en 2006, decidiera recurrir a la gestación por sustitución en el extranjero, por lo que dudaron de su capacidad afectiva y educativa (§22).

desproporcionada (§86). En este punto, considero especialmente relevante, por los efectos que puede tener de cara futuro respecto de otros estados miembros, la afirmación del tribunal según la cual «(...) la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al estado *con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo (...)*»⁵⁷. Este pronunciamiento se traduce en una condena a Italia al pago de 20.000 € por el daño moral causado a la pareja comitente. El último inciso del fundamento transcrito tiene un interés especial, puesto que el TEDH parece prescindir de la necesaria conexión genética entre el nacido y alguno de los miembros de la pareja comitente, que el mismo Tribunal sí había exigido en los dos casos franceses.

Más allá de la reparación pecuniaria ordenada por el TEDH, en este caso a favor de la pareja recurrente, las consecuencias de *Paradiso y Campanelli contra Italia* son dramáticas en comparación con las de *Menesson y Labassee contra Francia*. Así, a la vista de la edad del menor (casi cuatro años) cuando el TEDH se pronunció sobre el caso, la decisión de las autoridades nacionales de ponerlo bajo la guarda de los servicios sociales a pocos meses de su nacimiento deviene irreversible, en especial teniendo en cuenta su situación de acogimiento preadoptivo que concluyó en una adopción en 2013. Pese a que en todos los casos descritos en este apartado la solución alcanzada por el TEDH respecto de unos menores que fueron gestados mediante el recurso a una gestante en el extranjero, es la que más protege el interés superior de los menores, las distintas circunstancias de cada caso, resultantes de la actuación previa de las autoridades nacionales, explican su distinto final.

Casos como los analizados en este último apartado plantean, una vez más, si la decisión más razonable no debería venir por la vía de la regulación, a nivel interno o internacional, de los acuerdos de gestación

⁵⁷ Vid. §80. Fragmento traducido por la autora de la versión en francés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

Esta afirmación contrasta con la conclusión del voto disidente formulado de forma conjunta por dos de los jueces de la sección, duramente crítica con lo que considera que es una limitación al margen de apreciación de los estados, puesto que si la mínima existencia de vida familiar con el menor es suficiente para reconocer un vínculo entre este y la pareja comitente, la libertad de los Estados de no reconocer efectos jurídicos a los acuerdos de gestación por sustitución, en la línea iniciada en los casos *Menesson* y *Labassee*, se reduce a cero (*vid.* §15 de la opinión disidente).

por sustitución⁵⁸. A la vista de los efectos que pueden resultar de un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en el extranjero, a raíz del caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, la necesidad de legislar se impone a los efectos de proteger mejor y con carácter «ex ante» los distintos intereses en juego⁵⁹.

4. CONCLUSIONES

La variedad que presentan los casos sometidos al escrutinio del TEDH y que han sido analizados en estas páginas impiden identificar un *case-law* coherente en materia de acceso a la reproducción asistida por parte de los ciudadanos de los estados miembros. En cada uno de ellos el recurso del TEDH a la doctrina del margen de apreciación no es casual, como tampoco lo es prescindir de ella. Así, el TEDH recurre a la misma en casos en los que se plantean restricciones generales en materia de reproducción asistida susceptibles de afectar a todos los nacionales de un estado miembro por igual (*Evans contra Reino Unido y S.H. y otros contra Austria*). Por el contrario, el TEDH no aplica tal doctrina en casos muy concretos de los que no puede inferirse un derecho general a procrear mediante reproducción asistida (*Dickson contra Reino Unido y Costa y Pavan contra Italia*) o en los que lo que se discute no es una prohibición por parte de un estado miembro sino sus efectos en dicho estado, en especial cuando ya existen unos menores cuyo interés debe quedar protegido (*Mennesson y Labassee contra Francia y Paradiso y Campanelli contra Italia*).

Del análisis de los casos descritos resulta que el margen de apreciación es más amplio allá donde no existe consenso entre los estados miembros sobre la relativa importancia del interés en juego o sobre la mejor manera de protegerlo, en particular cuando el caso plantea cuestiones sensibles de carácter moral o ético. Ahora bien, las diferencias entre las legislaciones de los estados miembros no pueden convertir en aceptable cualquier solución.

La diversidad legal existente entre los ordenamientos europeos en materia de reproducción asistida, unida al amplio margen de apreciación permitido por el TEDH, nos sitúa, una vez más, ante un ámbito del derecho de familia en que los intereses de armonización no casan bien con los derechos individuales de los estados a la identidad nacional en áreas de

⁵⁸ A favor, *vid.* ROCA i TRIAS, E., «Libertad y familia», Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 153.

⁵⁹ *Vid.* mi trabajo «Filiación derivada de reproducción asistida...», *cit.*, pp. 45-48 (en prensa).

contrastada moralidad. Las consecuencias de esta falta de armonización, unidas a la cada vez mayor libertad de movimiento, se han traducido en un mayor auge del acceso a las TRA en otros países, lo que -más allá de ser una solución-, plantea riesgos serios de discriminación elitista y de explotación y baja calidad del tratamiento, en especial cuando son los ciudadanos de países desarrollados los que acceden al tratamiento en países menos desarrollados. Dado que en un mundo globalizado la posibilidad de acceder al tratamiento en otros países ya es una realidad imparable, se hace imprescindible fijar unas directrices mínimas en relación con el acceso a las TRA y el consentimiento informado a las mismas. Estas directrices no deben ser necesariamente legales, puesto que ningún modelo regulatorio en el contexto de las TRA puede prescindir de los códigos ético-profesionales, la autorregulación del sector y la jurisprudencia⁶⁰. Ello garantizaría a los ciudadanos europeos el acceso a las TRA en unas mínimas condiciones básicas de salud e igualdad.

⁶⁰ Vid. PENASA, S., «Converging by procedures: Assisted reproductive technology regulation within the European Union», *Medical Law International* 12(3-4), 2013, pp. 323 y 325. Sobre el particular me remito, además, a los datos aportados por ALKORTA IDIAKEZ, I., en este mismo número monográfico: «La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo». En el apartado 3 su autora apunta a que el 21% de los estados que cuentan con algún tipo de normativa reguladora se limita a códigos o estándares administrativos dirigidos a las clínicas de infertilidad que ofrecen tratamientos de reproducción asistida, y al aumento de las sanciones como consecuencia del surgimiento de estándares internacionales que orientan la práctica.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALGHRANI, A., «Deciding the Fate of Frozen Embryos», *Medical Law Review*, Vol. 13, 2005, pp. 244-256.

ALGHRANI, A., HARRIS, J., «Reproductive liberty: should the foundation of families be regulated?», *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 18(2), 2006, pp. 191-210.

ALKORTA, I., «Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

–, «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte I)», *Rev Der Gen H* 18/2003, pp. 41-89.

–, «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte II)», *Rev Der Gen H* 19/2003, pp. 23-41.

–, «El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear», *Rev Der Gen Hum* 24/2006, pp. 129-153.

–, «Nuevos límites del derecho a procrear», *DPC*, Núm. 20, 2006, pp. 9-61.

D'AMICO, M. d', «L'inconstituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa», *Rivista di BioDiritto*, 2/2014, pp. 13-35.

BAINHAM, A., «`Truth will out`: paternity in Europe», *The Cambridge Law Journal*, Vol. 66(2), 2007, pp. 278-282.

BARBER CÁRCAMO, R., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva», *DPC*, Núm. 20, 2006, pp. 105-151.

BOMHOFF, J., ZUCCA, L., «The tragedy of Ms. Evans: Conflicts and Inconmesurability of Rights, Evans v. the United Kingdom, Fourth Section Judgement of 7 March 2006, Application No. 6339/05», *European Constitutional Law Review* 2/2006, pp. 424-442.

CAHN, N.R., «Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)», *New York University Press*, New York – London, 2009.

CASADEVALL, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, Bosch, Barcelona, 2007.

COHEN, I.G., «S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism» 25 *Reproductive BioMedicine Online* 660, 2012.

COOK, R.J., «International Protection of Women's Reproductive Rights», 24 *N.Y.U.J. Int'l L&Pol.*, 1992, p. 672.

COOK, R., DICKENS, B.M., FATHALLA, M., «Reproductive Health and Human Rights. Integrating Medicine, Ethics and Law», Clarendon Press, Oxford, 2003.

FARNÓS AMORÓS, E., «Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones», Atelier, Barcelona, 2011.

–, «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain», *International Family Law*, 1/2013, pp. 68-72.

–, «Filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 5-59 (en prensa).

FIVCAT.NET, *Estadística de la Reproducció Humana Assistida a Catalunya*, 2012, pp. 1-17 (*disponible on-line*).

HERRERA, M., LAMM, E., «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley* (Buenos Aires – Argentina), Núm. 122, 2 de julio de 2014, pp. 1-8.

VAN HOOFF, W., Pennings, G., «Extraterritorial Laws for Cross-Border Reproductive Care: The Issue of Legal Diversity», 19 *European Journal of Health Law* 187, 2012.

JACKSON, E., «S.H. and Others v. Austria», 25 *Reproductive Bio Medicine Online* 663, 2012.

LIND, C., «Evans v. United Kingdom – judgements of Solomon: power, gender and procreation», *Child and Family Law Quarterly*, 2006, Vol. 18(4), pp. 576-592.

De LORA, P., «¿Qué hay de malo en tener hijos?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 10, 2006, pp. 45-63.

MURPHY, T., CUINN, G.O., «Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, Vol. 10(4), 2010, pp. 601-638.

PACKER, C., «Defining and Delineating the Right to Reproductive Choice», *67 Nordic Journal of International Law* 77, 1998.

PENASA, S., «The Italian regulation on Assisted Reproductive Technologies facing the European Court of Human Rights: the case of Costa and Pavan v. Italy», *Rev Der Gen H* 37/2012, pp. 155-180.

–, «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (en prensa).

–, «Converging by procedures: Assisted reproductive technology regulation in the European Union», *Medical Law International* 12(3-4), 2013, pp. 300-327.

PENNINGS, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human Reproduction*, 2004, Vol. 19(12), pp. 2689-2694.

PRIAULX, N., «Rethinking progenerative conflict: Why reproductive autonomy matters», *Medical Law Review* 16/2008, pp. 169-200.

ROCA I TRIAS, E., *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

ROMEO CASABONA, CM, PASLACK, R., SIMON, J.W., «Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European countries», *Rev Der Gen H* 38/2013, pp. 15-42.

SHELDON, S., «Gender equality and reproductive decision-making», *Feminist Legal Studies*, 2004, Vol. 12, pp. 303-316.

–, «Evans v. Amicus Healthcare; Hadley v Midland Fertility Services – Revealing cracks in the ‘twin pillars?’», *Child and Family Law Quarterly*, 2004, Vol. 16(4), pp. 437-452.

SHENFIELD, F., De MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRARETTI, A.P., NYBOE ANDERSEN, A, De WERT, G., , GOOSSENS, V., the ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, «Cross border reproductive care in six European countries», *Human Reproduction*, 2010, Vol. 25(6), pp. 1361-1368.

STORROW, R.F., «The pluralism problem in cross-border reproductive care», *Human Reproduction*, 2010, Vol. 25(12), pp. 2939-2943.

VIDAL MARTÍNEZ, J. «Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo», *Rev Der Gen Hum* 34/2011, pp. 155-201.

WARNOCK, M., *A question of life, The Warnock Report on Human Fertilisation & Embriology*, Oxford (UK) & Cambridge (USA), Blackwell, 1985.

–, «Making babies. Is there a right to have children?», Oxford, Oxford University Press, 2002.

WEISBERG, D.K., APPLETON, S.F., «Modern Family Law. Cases and Materials», Third Ed., Aspen, New York, 2006.