

La reproducción médica asistida en el marco de la vida privada y familiar

Assisted medical reproduction in the framework of private and family life

Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ*

RESUMEN: La diversidad legislativa en materia de reproducción médica asistida ha generado que el ejercicio del “derecho reproductivo” no se lleve a cabo con las máximas garantías en todos los Estados. Las polémicas éticas e ideológicas que se plantean en su tratamiento, a lo que se une su necesaria convivencia con los derechos humanos involucrados, conduce a un replanteamiento del recurso a estas técnicas en claves de seguridad jurídica y desde la perspectiva del derecho a la vida privada y familiar.

PALABRAS CLAVE: Reproducción médica asistida; derechos humanos; derecho reproductivo; vida privada y familiar.

ABSTRACT: The legislative diversity in the field of assisted reproduction has meant that the exercise of the “reproductive right” is not carried out with the maximum guarantees in all States. The ethical and ideological controversies that arise in its treatment, together with its necessary coexistence with the human rights involved, leads to a rethinking of the use of these techniques in terms of legal security and from the perspective of the right to private and family life.

KEYWORDS: Medically assisted reproduction; human rights; reproductive right; private and family life.

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco de los Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad de referencia DER 2015-67512-P, “La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional” (prorrogado hasta finales de 2019) y PGC2018-097607-B-I00, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión Europea y Derecho interno” (DITEU, 31-12-2021), de los que soy investigadora principal.

** Profesora Titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho. Universidad de Málaga. Contacto: <mdsanchez@uma.es>. Fecha de recepción: 12/07/2019. Fecha de aprobación: 11/10/2019..

I. INTRODUCCIÓN

El recurso a las diferentes técnicas de reproducción médica asistida (en adelante, TRMA) ha supuesto un antes y un después en el denominado “derecho a la reproducción” o “derecho a la procreación”¹. Pero es necesario reconocer que el análisis de este tipo de cuestiones va constantemente acompañado de fuertes polémicas, no siempre resueltas de forma pacífica, pues no es posible desarrollar un estudio desde una perspectiva neutral en la medida en que entran en juego diversas opciones ideológicas y éticas². Igualmente hay que tener presente la necesaria conviven-

¹ Como ya reconoció LUNA, F., en *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008, págs. 61 y 62, “la salud sexual y reproductiva de las personas, están fuertemente vinculadas a los derechos reproductivos”. No obstante, aunque se suele aludir a los derechos sexuales y reproductivos como si fueran lo mismo, esto no es correcto, ya que, por un lado, se encuentran los derechos sexuales y todo lo referente al derecho a la no reproducción; y, por otro lado, están los derechos reproductivos, es decir, el derecho a la procreación. Por su parte, HERRERA, M., “¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida”, *RJUAM*, núm. 35, 2017.I, pág. 77, estima que hablar de “derecho a procrear” permite establecer los pilares sobre los que debe ser elaborado el régimen jurídico en materia de TRHA respetuoso con todos los derechos involucrados, incluso los del niño que pudiera nacer producto del uso o la intervención de la ciencia médica. Sobre el particular, vid., BLADILO, A./DE LA TORRE, N./HERRERA, M., “Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis”, *Revista IUS*, 2007, Vol. 11, n° 39, pág. 3; VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 10 bis, junio 2019, pág. 504.

² Vid., al respecto, VIDAL MARTÍNEZ, J., *idem*, p. 483; PUERTO, J.J., “La consideración de los nuevos Derechos Humanos en la legislación sobre repro-

cia entre los distintos derechos humanos involucrados, tales como el derecho a la vida privada y familiar, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad, a la intimidad³, a formar una familia, a la igualdad y a no ser discriminado por razón socioeconómica y de género, a la identidad y a la salud⁴. Asimismo, hay que poner

ducción asistida”, *Acta Bioethica 2000*, año VI, núm. 1, p. 131.

³ Presente en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 30 de abril de 1977); y en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 10 de octubre de 1979), en el que, en concreto, la vida privada y familiar es uno de los objetivos básicos de protección, pudiendo decidir la forma en la que se desea planificar una familia y tener un acceso libre a los distintos métodos que las técnicas de reproducción ofrecen, formando parte de las decisiones más íntimas y privadas, lo que conecta con la autonomía de la voluntad, en concreto, la autonomía reproductiva, centrada en la voluntad de los sujetos a los efectos de decidir tener o no un hijo.

⁴ Como ha referido REGUERA ANDRÉS, M^a. C., “El derecho a la protección de la salud reproductiva asistida: una cuestión de igualdad”, *Derecho y Salud*, vol. 23, extra 2013, p. 144, de conformidad con COOK, R./DICKENS, B.M./FATHALIA, M.F., los derechos humanos que contribuyen a la salud sexual y reproductiva son los siguientes: a) derecho a la vida, la seguridad y la sexualidad; b) Derecho a la autodeterminación reproductiva y la libre opción de la maternidad; c) derecho a la salud y los beneficios del progreso científico; d) derecho a la no discriminación y el debido respeto por las diferencias; e) derecho a la información, la educación y la toma de decisiones. El Preámbulo de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (última modificación 22 de septiembre de 2015), establece que “el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan las integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo

de manifiesto que en muchos países estos temas no son tratados y, en el caso de hacerlo, no gozan en ocasiones de buena acogida por lo que no son planteados en términos de absoluta libertad, perdiendo con ello la perspectiva de su importancia y relevancia a los efectos de adoptar determinadas políticas públicas.

Los Tribunales de Derechos Humanos se han pronunciado sobre los derechos reproductivos mediante las TRMA en el marco de los derechos humanos. En concreto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha hecho en la conocida Sentencia de 28 de noviembre de 2012 en el caso Gretel Artavia Murillo y otros contra Costa Rica⁵, en la que se reconoce el derecho a fundar una familia en general, formando parte del derecho a la vida privada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), también se ha pronunciado al respecto, como tendremos ocasión de comprobar con más detalle posteriormente.

En cualquier caso, hay una cuestión que es necesario tener muy clara, el “derecho a la procreación” se basa exclusivamente en la voluntad de los sujetos intervinientes en el proceso, según la modalidad de TRMA a la que se recurra, abriendo la posibilidad de acceso a la maternidad/paternidad a personas que de otra for-

tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual”.

⁵ <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Resulta también de interés, al respecto, la Observación General 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2 de mayo de 2016, sobre el “Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva”, E/C.12/GC/22, consultado en: <<https://www.google.com/search?q=Observaci%C3%B3n+General+22+del+Comit%C3%A9+de+Derechos+Econ%C3%B3micos%2C+ Sociales+y+Culturales%2C+de+2+de+mayo+de+2016%2C+sobre+el+%E2%80%9CDerecho+a+la+Salud+Sexual+y+Reproductiva%E2%80%9D%2C+E%2FC.12%2FGC%2F22.&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b>>

ma no pueden llevar a cabo el ejercicio de este derecho⁶. No hay duda de que la voluntad procreacional se ha erigido en la base de las nuevas formas de reproducción humana, poniéndose de manifiesto en la propia Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida⁷, ya que como es posible verificar la filiación en estos supuestos es establecida al margen de la verdad biológica o genética en favor de la voluntad.

Atendiendo a esta realidad, cabe poder afirmar que, las TRMA han permitido:

1. La separación entre reproducción humana y sexualidad.
2. La reproducción sin sexo.
3. La separación absoluta entre maternidad/paternidad genética, biológica y legal⁸.
4. La aparición de nuevas formas de familia.

⁶ Aunque, bien es cierto que, las TRMA en un principio se entendieron como una respuesta al problema de la infertilidad, en la actualidad son el medio para que miles de personas y parejas logren alcanzar la maternidad/paternidad al margen de los posibles problemas de infertilidad. Como han referido, BLADILLO, A., DE LA TORRE, N. y HERRERA, M., *op. cit.*, pp. 7 y 10, las parejas del mismo sexo recurren a estas técnicas para alcanzar la maternidad o paternidad, al igual que las mujeres que desean ser madres sin tener pareja alguna, lo que obliga desde la perspectiva de los derechos humanos a que las TRMA supongan una revisión de la noción tradicional de familia en singular, debiéndose referir a ellas en plural, así como del derecho filial.

⁷ Consultado en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>> (14/07/2015).

⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *Madre y familia: la disociación entre maternidad genética, biológica y social, en Mujer, maternidad y Derecho*, AMMERMAN YEBRA, J., GARCÍA GOLDAR, M., VARELA CASTRO, I., (coords.), GARCÍA RUBIO, M^a. P. (dir.), Valencia, 2019, pp. 233-254.

Todo ello conlleva un replanteamiento de nociones o conceptos tradicionales y muy arraigados, tales como, el significado que en la actualidad tiene o puede tener la maternidad y la paternidad, el embarazo y el parto, y, sobre todo, la filiación.

En este marco cabe plantearse cuáles son los problemas a los que se enfrentan las TRMA y cuál es el papel que debe desempeñar en este ámbito concreto el TEDH. Como respuesta a la primera cuestión, cabe referir que, la polémica ente ética y moral constante en el tratamiento de estos temas repercute directamente en las respuestas legislativas que pueden ser ofrecidas, de las que dependerá el otorgar a los usuarios de las TRMA una mayor protección, lo que se traduce, bien, en unas superiores garantías a los efectos del recurso y uso de las mismas en el país de origen; o bien, en una marcha a los habitualmente denominados como “paraísos reproductivos”, lo que circunscribe las posibilidades a aquellos que gozan de una mayor solvencia económica. En relación a la segunda interrogante, estimo que la función en esta materia por parte del TEDH debe centrarse en aunar sus esfuerzos por lograr una armonización del sistema, en la medida en que cabe apuntar, como avance previo que, del análisis de su jurisprudencia es posible, por un lado, precisar cuál es la posición del TEDH ante las distintas modalidades de TRMA existentes; y, por otro, cuáles son las soluciones otorgadas por el Tribunal ante los problemas que le han sido planteados como consecuencia del recurso a estas técnicas.

II. ¿CÓMO ES OBJETO DE REGULACIÓN EL “DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA” EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?

El “derecho a la reproducción” o “derecho a la procreación” no es objeto de regulación expresa por parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (en adelante,

CEDH)⁹, y menos aún el “derecho a la reproducción médica asistida”. Esta ausencia de previsión normativa hace que se cuestione el precepto a través del cual el TEDH puede llegar a conocer estos casos ante una posible vulneración. El análisis jurisprudencial posibilita constatar que es el art. 8 CEDH¹⁰, aunque no hace una referencia expresa al “derecho a la reproducción médica asistida” como derecho susceptible de ser objeto de protección, el cauce utilizado, como en otras materias, para que el TEDH pueda conocer de estos asuntos¹¹. Esto permite poder afirmar que el derecho

⁹ Consultado en: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf> (10 de octubre de 1979). En relación al CEDH no es posible olvidar que, este Convenio ha llegado a superar su carácter de Tratado Internacional, adquiriendo un papel más relevante, pues ha logrado “trascendencia constitucional” en la integración europea, lo que ha derivado, en cierta medida, del TEDH que actúa como un típico Tribunal Constitucional, al cual puede el individuo dirigirse de forma directa. Sobre el particular, Cfr. KOTZUR, M., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un actor al servicio de los derechos humanos universales”, trad. de Alberto Oehling de los Reyes, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012, p. 232. Resulta de interés al respecto, IZQUIERDO SANS, C., “La evolución del sistema de acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una revisión de calado”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 68, 2018, pp. 1-21.

¹⁰ Art. 8 CEDH: Derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹¹ FARNÓS AMORÓS, E., en “La reproducción médica asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 36, 2016, p. 96, <www.bioeticaydere-

al uso de las TRMA está incluido en el “respeto a la vida privada y familiar”, prevista en el art. 8 CEDH. Con ello el TEDH lleva a cabo una “interpretación extensiva y sociológica” de los derechos y libertades recogidos en el Convenio, en concreto, mediante el recurso a la doctrina del margen de apreciación¹², ampliando de forma progresiva la necesaria protección que reclaman estas materias¹³.

Sin embargo, aunque se establezca que el art. 8 CEDH es el medio a través del cual el TEDH conoce de las diversas cuestiones que en torno a las nuevas formas de reproducción humana han sido planteadas ante el mismo, lo cual implica que se otorga cobertura mediante el ampliamente interpretado concepto de “vida privada y familiar”, no se puede obviar que existen otros derechos estrechamente relacionados con estas formas de reproducción

cho.ub.edu>, (07/10/2019), ha considerado que se “parte del recurso frecuente del TEDH al derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el art. 8 del Convenio, para valorar el alcance de presuntas vulneraciones de decisiones procreativas por parte de los estados. Este derecho abarca (...) un ámbito mucho más amplio que el derecho a la intimidad, puesto que comprende la esfera en que cada uno puede realizar libremente su personalidad, incluido el derecho a desarrollar relaciones con otras personas y con el mundo exterior”.

¹² MANZANO BARRAGÁN, I., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional Público*, vol. LXIV/2, 2012, p. 52.

¹³ ARIAS APARICIO, F., en “El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como derecho: reconocimiento y protección en el marco del derecho a la vida privada y familiar”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 18, 2014, p. 7, ha estimado que “esta interpretación adaptativa se ve favorecida por las regulaciones que se hacen en las legislaciones nacionales, así como por la incidencia de la evolución de la ciencia y la moral en la concepción de los mismos. El Tribunal ha ido extendiendo su ámbito de aplicación y protegiendo nuevos derechos, que no estaban inicialmente recogidos en el CEDH, mediante una interpretación evolutiva de sus disposiciones “a la luz de las condiciones de vida actuales” y una jurisprudencia constructiva”.

que sí se encuentran contemplados en el CEDH, tales son, el derecho a la vida (art. 2), el derecho a fundar una familia (art. 12) y el trato desigual entre hombres y mujeres a lo que al acceso a estas técnicas se refiere (art.14). Asimismo, aunque el “derecho a la procreación” o “derecho a la reproducción” no está previsto en el CEDH, ni tampoco tiene la consideración de derecho fundamental, sí es posible afirmar que está vinculado a un amplio elenco de derechos fundamentales¹⁴, ya referidos, lo que conlleva poder admitir que la violación de los derechos reproductivos implica una posible vulneración de los derechos con los cuales se encuentra relacionado.

Partiendo de estas premisas y aun no tratándose de un derecho fundamental, exige desde mi punto de vista protección, debiendo ser esta extensible a las técnicas de reproducción asistida que han permitido las nuevas formas de reproducción. Estas técnicas posibilitan el ejercicio del “derecho a la reproducción o a la procreación” de una forma diferente, pero orientadas a la consecución del mismo fin: tener un hijo.

III. LA POSICIÓN DEL TEDH ANTE LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA TRMA

El problema central al cual se enfrenta el TEDH es la diversidad legislativa, en la medida en que estas técnicas son objeto de un tratamiento legislativo diferente en los distintos estados, lo que

¹⁴ En este sentido se han manifestado, FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona 2011, pp. 48 y 56. Con anterioridad, FERRER RIBA, J. “Derechos fundamentales, vínculos familiares y clonación”, *Revista de Occidente*, núm. 214, marzo 1999, p. 74; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Público*, núm. 26, UNED 1988, p. 88.

se traduce en inseguridad jurídica, constituyendo un obstáculo a cualquier intento de armonización.

El análisis de la jurisprudencia del TEDH pone de manifiesto que es necesaria una respuesta, no solamente a nivel nacional, sino internacional, ya que el uso de las TRMA es un problema global. Con ello, se pretende, si no evitar, sí controlar y, en su caso, disminuir el tráfico reproductivo, con el fin de que estas prácticas en sus diversas modalidades se lleven a cabo con las máximas garantías.

La cobertura legal, no solo nacional, sino internacional producto de una armonización de los sistemas otorgará la demanda de seguridad jurídica que estas técnicas requieren. Lo contrario se traduce en un tratamiento desigual y en inseguridad jurídica, parámetros que acompañan en la actualidad el recurso a estas técnicas.

El estudio por casos de las nuevas formas de reproducción de los que ha tenido conocimiento el TEDH se centra en las cuestiones que a continuación son analizadas.

A) LA PROPIEDAD Y DESTINO DE LOS EMBRIONES CRIOPRESERVADOS Y EL “DERECHO A PROCREAR”

El bloque más importante de pronunciamientos del TEDH en esta materia se centra en la cuestionada propiedad y destino de los embriones criopreservados al hilo de lo que se plantea el polémico tema del “derecho a procrear”. En este bloque de Sentencias cabe citar, las que siguen:

- a) Caso Evans contra Reino Unido¹⁵, el TEDH considera que no existe violación del art. 8 CEDH, siendo objeto de discusión:

1º. El derecho a la vida lo que implica tratar el polémico tema del estatuto jurídico del embrión, sobre lo que el TEDH no se mani-

¹⁵ STEDH de 7 de marzo de 2006 (TEDH 2006/19), confirmada por la Gran Sala del TEDH en Sentencia de 10 de abril de 2010 (JUR 2010/101309).

fiesta y deja en manos de cada Estado la determinación del momento a partir del cual cabe entender que se produce el comienzo de la vida, para lo que recurre a la doctrina del margen de apreciación de cada Estado miembro. Al respecto, solamente apuntar que quizás si se atendiera al interés de los embriones congelados los resultados podrían haber sido otros.

2º. La adjudicación de la propiedad de los embriones congelados, cuestión no resuelta por el TEDH cuando se produce la crisis de una pareja que ha prestado su consentimiento para la práctica de un procedimiento de fertilización in vitro. Al hilo de esta cuestión reconoce que sí existe el derecho a tener o no un hijo, debiendo el “derecho a la procreación” ser objeto de una valoración individualizada.

Ante el caso concreto considero que, a pesar del margen de apreciación de los Estados, las circunstancias particulares de la demandante, debieron ser tenidas en cuenta, permitiendo la implantación de los embriones criopreservados sobrantes como excepción, pues era la única posibilidad de la cual disponía para poder tener un hijo genéticamente propio¹⁶. No obstante, esta no es la posición adoptada por el TEDH que en Sentencia de 10 de abril de 2010¹⁷, confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la expareja, a pesar del voto particular

¹⁶ Sobre el particular, vid. las opiniones de LAMM, E., en “La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra Reino Unido”, *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 36, 2008, p. 207 y FARNÓS AMORÓS, E., “¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida”, *InDret*, 1/2007, p. 9, sobre los asuntos Davis vs. Davis y Nachmani vs. Nachmani. Sin embargo, LAMM, E., *idem*, p. 220, en concreto considera que “se debe respetar lo consentido, aunque sea la última oportunidad de tener hijos biológicos, dado que esta circunstancia también fue prevista en el momento de manifestar la voluntad”.

¹⁷ (JUR 2010/101309).

emitido por cuatro de los diecisiete jueces que la componen, admitiendo la violación del art. 8 CEDH, en concreto, la violación del “derecho a la vida privada y familiar” de la demandante, cuyas circunstancias personales tenían que haber sido atendidas por su naturaleza especial. En consecuencia, el TEDH acogiendo a la doctrina del margen de apreciación de los Estados y ante la ausencia de consenso por parte de los mismos, procede a otorgar prioridad al “interés” de una de las partes frente a la otra.

- b) Caso Knecht contra Rumanía¹⁸, el TEDH nuevamente estima que no se produce una violación del art. 8 CEDH. El análisis detallado de la Sentencia permite considerar que:

1º. Existe un reconocimiento del derecho al respeto de las decisiones tanto de tener, como de no tener un hijo.

2º. Existe un reconocimiento del derecho de una pareja a concebir un hijo y hacer uso de la fertilización médicamente asistida para tal fin. Esto implica plantear si existe un posible reconocimiento no expresamente manifestado del “derecho a procrear”. Al respecto cabe considerar que, atendiendo al contenido de la Sentencia existe un respeto a la “voluntad procreacional”, pero no un reconocimiento expreso del “derecho a procrear” como tal derecho. Quizás un paso importante hubiera sido que el TEDH se hubiera manifestado de forma más clara y concreta sobre el particular.

- c) Caso Parrillo contra Italia¹⁹, el TEDH considera que no existe una violación del art. 8 CEDH. El debate se centra nuevamente en el tema de la propiedad de los embriones congelados, pero en este supuesto no para uso gestacional, sino que afecta a su disponibili-

¹⁸ STEDH de 2 de octubre de 2012 (TEDH 2012/88). Ver al respecto, TORROJA MATEU, H., “¿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)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 39, 2016, p. 3.

¹⁹ STEDH de 27 de agosto de 2015 (JUR 2015/204860).

dad, pero con fines de investigación. Al respecto, el TEDH piensa que los embriones criopreservados son parte del material genético e identidad de la persona afectada, lo que existirá solamente en los supuestos de aportación de este material.

Nuevamente es cuestionado el estatuto jurídico del embrión humano, respecto de lo que el TEDH entiende que no son “cosas”, pero entonces ¿qué son? Esto pone de manifiesto que “vida” y “estatuto jurídico del embrión” son una asignatura pendiente del TEDH en perjuicio de la seguridad jurídica.

d) Caso *Nedescu* contra Rumanía²⁰, el TEDH reconoce la existencia de violación del art. 8 CEDH, siendo objeto de debate:

1º. El polémico tema de la propiedad de los embriones, respecto de los que el TEDH reconoce el derecho de los demandantes sobre sus embriones criopreservados, teniendo capacidad para decidir de forma libre y consciente su destino, en el supuesto, su implantación para lograr convertirse en padres genéticos.

2º. La protección debida al embrión/feto humano, respecto de lo que el TEDH aun reconociendo que, a pesar de la ausencia de consenso en torno a su naturaleza y estatuto, debe existir un denominador común y es su pertenencia a la especie humana, la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en persona protegida por el Derecho Civil en nombre de la dignidad humana, sin por ello hacer de él una persona que tendría un derecho a la vida según el art. 2 CEDH.

En relación al supuesto, poner de manifiesto que el TEDH hasta el caso *Nedescu* no reconoce la violación del art. 8 CEDH cuando se cuestiona la propiedad de los embriones crio-preservados y la capacidad de su disposición. En concreto, atendiendo a lo establecido por el TEDH, del análisis de la Sentencia cabe deducir que:

1º. El cuestionado derecho a la vida de los embriones, sigue siendo una cuestión sin resolver.

²⁰ STEDH de 16 de febrero de 2018 (JUR 2018/67267).

2°. El alcance de la protección legal del embrión, el cual debe ser objeto del debido respaldo atendiendo a la dignidad humana.

3°. El derecho a la reproducción médica asistida y la voluntad procreacional, como fundamento del uso de estas técnicas y el derecho a ser padres genéticos.

4°. El concepto de padre/madre, lo que implica dedicar parte importante de la vida de las personas que así lo desean a la realización de un plan para cumplir este objetivo. Amar y educar a un hijo forma parte del derecho a convertirse en padre/madre, así como el desarrollo personal de los sujetos, pero, en cualquier caso, ambos conectados con la “vida privada y familiar”.

B) EL DERECHO DE ACCESO A LAS TRMA COMO UN POSIBLE DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho de uso de las TRMA como medio para poder llegar a concebir un hijo, conduce a plantearse su posible configuración como “derecho fundamental”. El análisis de los casos sobre los que el TEDH se ha manifestado permite poder afirmar que no existe un pronunciamiento “expreso” por su parte en este sentido²¹, sino como una manifestación de la vida privada y familiar del art. 8 CEDH. En este apartado cabe citar:

- a) Caso Dickson contra Reino Unido²², el TEDH reconoce la violación del art. 8 CEDH, pues estima que el “derecho de procreación” se encuentra dentro de su ámbito de aplicación, lo que incluye el derecho de las partes a tomar la decisión de ser padres genéticos, ya que el hecho de encontrarse uno de los miembros de la pareja

²¹ Sobre el particular, 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”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 34, 2011, p. 185.

²² STEDH de 4 de diciembre de 2007 (TEDH 2007/86).

en prisión, no puede privarles de los derechos reconocidos en el CEDH.

- b) Caso S.H. contra Austria²³, el TEDH estima la violación del art. 8 CEDH, no manifestándose en torno a que el recurso a las nuevas formas de reproducción humana pueda ser entendido como un derecho fundamental, sino como una manifestación de la vida privada y familiar.

La consecuencia de los asuntos analizados no es otra que la consideración de que el acceso a las nuevas formas de reproducción humana no son un derecho fundamental, como ya fue constatado anteriormente.

C) LAS TRMA COMO MECANISMO PARA LOGRAR LA CONCEPCIÓN DE UN HIJO SANO

El caso Costa Rica y Paván contra Italia²⁴. El TEDH admite que el acceso a las TRMA y al diagnóstico preimplantacional son objeto de protección por parte del art. 8 CEDH, pues dicha elección constituye una “forma de expresión de su vida privada y familiar”.

D) LA POLÉMICA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El TEDH se ha pronunciado en torno a esta técnica de reproducción médica asistida en diversas ocasiones:

- a) Caso Mennesson²⁵ y Labassee²⁶ contra Francia, aunque se trata de dos casos independientes, atiende a situaciones similares y fueron resueltos por el TEDH de idéntica forma y en la misma fecha. Se admite la violación del art. 8 CEDH, estimando el TEDH que se produce una violación de la vida privada de los menores ante

²³ STEDH de 1 de abril de 2010 (TEDH 2010/56).

²⁴ STEDH de 28 de agosto de 2012 (TEDH 2012/72).

²⁵ STEDH de 26 de junio de 2014 (TEDH 2014/176908).

²⁶ STEDH de 26 de junio de 2014 (TEDH 2014/176905).

el no reconocimiento en el Derecho francés de la relación de filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero. Aunque, bien es cierto que, el Estado francés, tiene como objetivo evitar que sus nacionales puedan satisfacer fuera de sus fronteras su deseo de ser padres mediante el recurso a una técnica de reproducción que está prohibida en su territorio, el TEDH considera que el Estado francés no puede permitir la destrucción del derecho a la identidad, parte del concepto a la intimidad, en la medida en que existe una relación directa entre la vida privada de los niños que han nacido de esta forma y la determinación legal de su filiación. Por lo que, las sentencias francesas que habían denegado la filiación de estos menores, habrían sobrepasado el margen de apreciación de los Estados. Asimismo, determina que las decisiones adoptadas por las autoridades francesas resultaban ser incompatibles con el interés superior de los menores, lo que también se manifestaba en su derecho a heredar, el cual resulta igualmente afectado salvo que los comitentes procediesen a otorgar testamento, lo que es perjudicial en la medida en que los derechos hereditarios de los menores bajo esta forma resultan ser menos favorables.

- b) Caso *Foulony y Bouvet contra Francia*²⁷, el TEDH ante la similitud con el caso *Mennesson y Labassee*, aun reconociendo que no existía una violación del derecho a la vida familiar de los progenitores y demandantes, sí se había producido una violación del respeto a la vida privada de los niños nacidos por esta técnica, resolviendo en el mismo sentido.
- c) Caso *Laborie contra Francia*²⁸, el TEDH condena nuevamente al Estado francés por no reconocer la inscripción en el Registro Civil de dos niños nacidos en el año 2010 en Ucrania mediante gestación por sustitución, siendo los padres de nacionalidad francesa. El Tribunal resuelve de forma similar ante la coincidencia entre los supuestos de hecho de los casos *Mennesson y Labassee* y *Foulon y Bouvet*, con *Laborie*, estableciendo, en idénticos términos

²⁷ STEDH de 21 de julio de 2016 (JUR 2016/176905).

²⁸ STEDH de 19 de enero de 2017 (JUR 2017/14349).

que, si bien es cierto que, no se había producido una infracción del derecho a la vida privada y familiar de los padres comitentes, sí había sido objeto de violación el derecho a la vida privada de los menores nacidos mediante el recurso a esta técnica.

- d) Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, en el que llama especialmente la atención el cambio de opinión de la Gran Sala en relación al planteamiento inicial sostenido por la Sección Segunda, así como el cambio en la línea mantenida hasta el momento respecto de las demandas contra el Estado francés.

1ª. Sentencia TEDH de 27 de enero de 2015²⁹, en la que el Tribunal declara la violación del art. 8 CEDH en base a la salida del menor de su familia de facto, lo que no implica una obligación para el Estado de devolver al menor con sus “presuntos padres comitentes”.

2ª. Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017³⁰, en la que el Tribunal considera que no se ha producido una vulneración del art. 8 CEDH, por lo que no existe una violación de la vida privada familiar, encontrándose justificada la injerencia en la misma que ha derivado en el desamparo del menor³¹.

Referidas de forma somera las Sentencias del TEDH en materia de gestación por sustitución, cabe considerar lo que sigue³²:

²⁹ TEDH 2015/17.

³⁰ TEDH 2017/25806.

³¹ MARTÍNEZ DE AGRUIRRE Y ALDAZ, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre maternidad subrogada”, n° 4, 2017, págs. 1-4, consultado en: <www.bioeticaweb.com>, (10/10/2019); FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, n° 40, 2017, págs. 231-242; GARCÍA RUBIO, M^a. P., y HERRERO OVIEDO, M., “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 67-89.

³² Análisis detallado de las STEDH en esta materia, vid., SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La reproducción médica asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva

1º. El TEDH no se pronuncia sobre el contrato de gestación por sustitución³³.

2º. El interés del menor se erige en el elemento determinante a efectos del reconocimiento de la filiación en los casos de gestación por sustitución internacional.

3º. La importancia otorgada a la existencia de vínculo genético entre el menor y alguno de los padres comitentes.

4º. La valoración de la convivencia previa con los menores nacidos mediante gestación por sustitución.

En cualquier caso, creo que es momento de establecer cuáles son las exigencias que en este ámbito cabe realizar al TEDH, la cuales se centran en lo que sigue:

1º. Mayor implicación del TEDH en los asuntos que son sometidos a su consideración en cuestiones trascendentales relacionadas con las TRMA, tales como, el derecho a la vida, las facultades sobre los embriones criopreservados, las diferencias de trato a los efectos de acceso a estas técnicas, la gestación por sustitución, entre otros.

2º. Lograr una mayor armonización del sistema, en la medida en que el recurso a las TRMA es un problema global que exige una respuesta global con el fin de garantizar un uso presidido por la

de la seguridad jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, nº 4, julio-agosto 2018, págs.70-77; “La gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *InDret*, 4/2018, págs. 15-18; El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante las nuevas formas de reproducción humana, en *La influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho interno*, Sánchez Hernández, C./Fernanda Palma, Mª./García Pérez, O./Prata Roque, M. (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, págs. 529-535.

³³ Sobre el particular, vid. ampliamente, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La gestación por sustitución... *op. cit.*, pp. 1-45.

seguridad jurídica³⁴, evitando el mal denominado turismo reproductivo solamente al alcance de unos cuantos.

3°. Limitar el recurso a la doctrina del margen de apreciación para evitar tener que pronunciarse sobre estos temas³⁵.

IV. RECAPITULACIÓN A EFECTOS DE CONCLUSIÓN

Las TRMA se encuentran en el amplio elenco de los derechos humanos, no siendo reconocido expresamente el derecho a un hijo, sino el derecho a fundar una familia y, en ocasiones, la forma de llevar a cabo el ejercicio de ese derecho es precisamente mediante el recurso a las TRMA.

Las TRMA forman parte integrante de los derechos sexuales y reproductivos de toda persona, los cuales le permiten tomar decisiones en torno a cuándo y cómo quieren reproducirse, así como del “derecho a la vida privada y familiar”.

La diversidad legislativa imperante en la materia, si bien constituye un obstáculo importante, puede ser entendida como un medio que permite vislumbrar las posibles respuestas que los complejos problemas que el uso de estas técnicas plantea, para poder determinar cuáles son las más acertadas con el fin de ofrecer la adecuada protección que los derechos humanos exigen. No obstante, no cabe duda que a ello ayudaría una mayor convergencia entre las distintas regulaciones.

³⁴ Como bien ha sido puesto de manifiesto en la RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735), “un mismo caso podría ser resuelto de una manera distinta en Estados distintos, de modo que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España. Eso no es deseable, pues las posiciones jurídicas de los particulares cambian de Estado a Estado, y se quebraría la coherencia de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su continuidad en el espacio”

³⁵ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La reproducción médica asistida... *op. cit.*, pp. 49-52 y 84-89.

La armonización en sede de TRMA es una exigencia para acabar con la injusticia y desigualdad social en el acceso a las mismas. El uso seguro de estas prácticas es un elemento común a los efectos de acometer una regulación global en materia de TRMA. Dignidad y libertad deben presidir su regulación en la que se establezca el grado de responsabilidad que debe ser asumido por los distintos agentes que intervienen en el proceso según la modalidad de la cual se trate. En el recurso a las TRMA es necesario evitar la desigualdad y discriminación, a lo que está obligado a velar el derecho, quien habrá de impedirlo y, en su caso, contrarrestarlo.

La negativa por parte del legislador a la hora otorgar regulación en materia de TRMA, no implica que ésta deje de ser una realidad. La reproducción médica asistida debe ser objeto de una regulación que sea respetuosa con los derechos humanos de todos los sujetos que intervienen en el proceso, en especial, los menores.

Como se ha podido comprobar el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones en relación con los problemas derivados del recurso a las TRMA, aceptando que las diversas demandas interpuestas encontraban su apoyo en el “derecho a la vida privada y familiar” (art. 8 CEDH), reiterando en sus sentencias que tratándose de cuestiones sensibles los Estados disponen de un amplio margen de apreciación, al tiempo que intenta avanzar en ofrecer una respuesta jurídica homogénea que ofrezca una mayor seguridad jurídica en el acceso y práctica de estas técnicas.

El análisis de la jurisprudencia del TEDH que se ha llevado a cabo en esta materia permite poder considerar, al amparo del art. 8 CEDH, y, por consiguiente, del “respeto al derecho a la vida privada y familiar” lo que sigue:

1º. El reconocimiento del derecho a decidir tener o no tener un hijo.

2º. El derecho a ser padres genéticos.

3º. El derecho al uso de las TRMA como medio para poder concebir un hijo y, en concreto, un “hijo sano”.

4°. El concepto de padre/madre, entendido como la dedicación de parte de la vida de los sujetos que deciden tener un hijo a la realización de un plan para hacer realidad este objetivo, lo que se encuentra desvinculado de la paternidad/maternidad genética o biológica.

5°. La capacidad del sujeto, atendiendo a las circunstancias del caso, para ejercer una elección consciente y deliberada en relación al destino de sus embriones criopreservados.

6°. El embrión/feto pertenece a la raza humana por lo que la potencialidad de ese ser y su capacidad para llegar a convertirse en una persona requiere protección en nombre de la dignidad humana, sin hacer de ella una persona con el derecho a la vida en el sentido del art. 2 CEDH.

En todo caso y como ya ha sido referido³⁶, la presencia de la Unión Europea adquiere importancia de forma progresiva, no solamente en los sistema de Derecho Internacional Privado, sino también en los procedimientos tendentes a tutelar y proteger los Derechos Humanos, los cuales se han convertido en una “vía cada vez menos excepcional de último recurso que fiscaliza a los sistemas nacionales”. Prueba de ello es la labor que viene desempeñando el TEDH que pretende poner orden en el intento de ofrecer unas directrices que otorguen cierta homogeneidad a los problemas que el recurso a las TRMA presenta en la práctica³⁷. El estudio de las Sentencias emitidas por el TEDH, pone de manifiesto que las nuevas formas de reproducción presentan una gran variedad de problemas que son objeto de una respuesta legal

³⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho Civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidad de Coimbra, vol. XCII, t. I, 2016, p. 228.

³⁷ Vid. al respecto, MOLERO MARTÍN-SALAS, M^a. P., “La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año 14, núm. 2, 2016, p. 183.

diferente por parte de los distintos ordenamientos jurídicos. Pero no hay que olvidar nunca la importante influencia que esta jurisprudencia puede llegar a tener en el supuesto de ser acometida una posible regulación internacional³⁸.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho Civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidad de Coimbra, vol. XCII, t. I, 2016.

ARIAS APARICIO, F., “El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como derecho: reconocimiento y protección en el marco del derecho a la vida privada y familiar”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 18, 2014.

BLADILO, A., DE LA TORRE, N. y HERRERA, M., “Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis”, *Revista IUS*, vol. 11, núm. 39, 2007.

FARNÓS AMORÓS, E., “¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida”, *InDret*, 1/2007.

-----, “La reproducción médica asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 36, 2016, consultado en: <www.bioeticayderecho.ub.edu>, (07/10/2019).

³⁸ Sobre el valor de la jurisprudencia, ver entre otros, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La reproducción médica asistida... *op. cit.*”, pp. 44-46; GARCÍA PÉREZ, O., “El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia”, *InDret*, 4/2018, pp. 1-53.

- , Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones, Barcelona 2011.
- , “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017.
- FERRER RIBA, J., “Derechos fundamentales, vínculos familiares y clonación”, *Revista de Occidente*, núm. 214, marzo 1999.
- GARCÍA PÉREZ, O., “El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia”, *InDret*, 4/2018.
- GARCÍA RUBIO, M^a. P./HERRERO OVIEDO, M., “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Público*, núm. 26, UNED 1988.
- HERRERA, M., “¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida”, *RJUAM*, vol. 1, núm. 35, 2017
- IZQUIERDO SANS, C., “La evolución del sistema de acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una revisión de calado”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 68, 2018.
- KOTZUR, M., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un actor al servicio de los derechos humanos universales”, trad. de Alberto Oehling de los Reyes, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012, p. 232.
- LAMM, E., “La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra Reino Unido”, *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 36, 2008.
- LUNA, F., *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

- MANZANO BARRAGÁN, I., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional Público*, vol. LXIV, núm. 2, 2012.
- MARTÍNEZ DE AGRUIRRE Y ALDAZ, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre maternidad subrogada”, n° 4, 2017, consultado en: <www.bioeticaweb.com>, (10/10/2019).
- MOLERO MARTÍN-SALAS, M^a. P., “La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, a. 14, núm. 2, 2016.
- PUERTO, J.J., “La consideración de los nuevos Derechos Humanos en la legislación sobre reproducción asistida”, *Acta Bioethica* 2000, a. VI, n° 1.
- REGUERA ANDRÉS, M^a. C., “El derecho a la protección de la salud reproductiva asistida: una cuestión de igualdad”, *Derecho y Salud*, vol. 23, extra 2013.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La reproducción médica asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2018.
- , “La gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *InDret*, 4/2018.
- , “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante las nuevas formas de reproducción humana”, en *La influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho interno*, en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., FERNANDA PALMA, M^a., GARCÍA PÉREZ, O. y PRATA ROQUE, M. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 529-535.

- , *Madre y familia: la disociación entre maternidad genética, biológica y social, en Mujer, maternidad y Derecho*, AMMERMAN YEBRA, J., GARCÍA GOLDAR, M., VARELA CASTRO, I., (coords.), GARCÍA RUBIO, M^a. P. (dir.), Valencia, 2019.
- TORROJA MATEU, H., “¿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)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 39, 2016.
- 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”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 34, 2011.
- , “Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019.

