

9.05

La reproducción humana asistida en el contexto de los derechos humanos

Human assisted reproduction in the context of human rights

Maria Olga Sánchez Martínez

Doctora en Derecho. Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Cantabria. Santander, España.

Resumen: Al abordar la legislación sobre Reproducción Humana Asistida, el legislador realiza una labor de mediación entre distintos derechos y principios que, en su pretensión de justicia, no está exenta de controversia. Tal labor no se realiza desde un punto de vista neutral, se han de tener en cuenta distintas opciones éticas e ideológicas propias de una sociedad democrática, sin abandonar la coherencia con el desarrollo de los distintos derechos humanos en juego, en definitiva, esa ética pública que configura los sistemas culturales, sociales y políticos: el derecho a la vida, a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a fundar una familia, a la intimidad personal y familiar, a la identidad, a la maternidad, a la salud, a la producción y creación científica y a gozar de los beneficios del progreso científico. Algunas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos inciden en estos derechos al tratar las Reproducción Humana Asistida, lo cual permite, más allá de las legislaciones concretas, esbozar algunos consensos sobre unas técnicas en constante evolución, como las sociedades en las que tales técnicas se ponen a disposición de sus ciudadanos.

Palabras clave: reproducción humana asistida, derechos humanos, ética pública-legislación.

Key-words: *human assisted reproduction; human rights; ethics issues-legislation.*

1 El reconocimiento internacional de los derechos sexuales y reproductivos

La separación entre sexualidad y reproducción ha contribuido a impulsar cambios importantes en las sociedades actuales y, muy especialmente, en las familias como núcleo básico de reproducción social. Primero, a través de la posibilidad de sexualidad sin reproducción y, actualmente, de la reproducción sin sexualidad, se ha permitido alcanzar un nivel de libertad en la elección de proyectos vitales sin precedentes. La investigación científica, el desarrollo tecnológico y los cambios culturales, asociados a la sexualidad y a la reproducción, siguen avanzado no exentos de controversia y a ritmos diversos, según las también distintas maneras

de entender y afrontar los múltiples aspectos que convergen: científicos, éticos, sociológicos, psicológicos, jurídicos, económicos y culturales.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se abren paso, en una indiscutible realidad, como un factor de cambio social de múltiples posibilidades en el control de la reproducción que, más allá de sus aspectos terapéuticos, pueden convertirse en un medio alternativo de procreación, en el que se ven afectados aspectos éticos y jurídicos que tienen en el centro del debate diversos derechos humanos, a veces en conflicto. Las distintas regulaciones pugnan por equilibrar esos diversos derechos e intereses.

El gran potencial transformador de los derechos humanos, en términos de justicia social, aboca a un proceso de reconocimiento y garantía siempre inconcluso y dispuesto a expandirse, tanto en lo que se refiere a sus titulares como a sus contenidos. Los derechos "no nacen todos en un momento, nacen cuando deben o pueden nacer" (Bobbio, 1991, p. 18). El tiempo es hoy, entre otros, de los derechos sexuales y reproductivos. Unos derechos que desde valores normativizados como la dignidad, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, la salud y la vida, adquieren en la actualidad unas dimensiones insospechadas, respecto a no muchos años atrás.

La incidencia de la ciencia en la naturaleza, en lo que a opciones de reproducción se refiere, la posibilidad junto a la fecundación puramente natural de la fecundación planificada y controlada, inicia un cambio en el ejercicio de las libertades personales y familiares, ligado en un primer momento a problemas demográficos muy unidos a la pobreza y la necesidad de poner freno a esa explosión demográfica, en países en vías de desarrollo, a través del control de la natalidad. Esto implicará la posibilidad de una sexualidad sin reproducción. En aquellas motivaciones pragmáticas no estaba ausente un creciente reconocimiento de los derechos de las mujeres y de los niños, que vendrían a incidir en la necesidad de mejorar las condiciones materiales de vida y de libertad de estos grupos especialmente vulnerables y castigados por la pobreza. Un paso más en la consolidación de los derechos sexuales y reproductivos se producirá con la revolución científica y tecnológica, que supone la posibilidad de reproducción sin sexualidad y su tremenda incidencia en el núcleo social familiar y en los derechos humanos, especialmente de las mujeres. Los avances científicos para que lleguen efectivamente a mejorar las

condiciones de vida de los ciudadanos precisarán de leyes y políticas que aseguren y protejan los derechos de los mismos que, en este aspecto, vendría a significar la posibilidad real del individuo de tomar decisiones sobre la procreación.

Unos derechos que iniciarán su andadura en el marco internacional. El artículo 16.1 del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, señala que los "Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para la eliminación de la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán con condiciones de igualdad entre hombres y mujeres", e) "Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" (Naciones Unidas, 1979). Tanto el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, como la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, consideran la salud sexual y reproductiva como parte de "ciertos derechos humanos ya reconocidos" en leyes nacionales y en documentos internacionales, y adoptan un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, como "un estado general de bienestar físico, mental y social", y no de mera ausencia de enfermedad o dolencia, "en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos" (Naciones Unidas, 1994, §§ 7.2 y 7.3¹; Naciones Unidas, 1995, §§ 94 y 95) .En ambos documentos internacionales se reafirma el concepto de salud, como estado completo de bienestar físico, mental y social, asumido en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946). La infertilidad es considerada por la OMS como una "enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales sin anticoncepción" (OMS, 2009)² y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 25, establece que las personas con discapacidad tienen derecho a "gozar del más alto nivel posible de salud", para lo cual el apartado a) obliga a los Estados Partes a proporcionar a estas personas

¹ En el párrafo 7.17 se insta a los gobiernos a proporcionar "técnicas de fecundación in vitro de conformidad con las directrices éticas y normas médicas apropiadas".

² http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology/en/

"programas y atención de la salud gratuitos y a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva" (Naciones Unidas, 2006)³. El derecho a acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva vendría también avalado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo artículo 12 se reconoce el "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

Estas reflexiones previas permiten poner de manifiesto que la salud sexual y reproductiva, y su efectiva garantía, no puede configurarse simplemente como una libertad, en cuanto a la decisión de no tener descendencia sino también la de tenerla y que las medidas para ello, que deben estar a disposición de los ciudadanos y ciudadanas, no pueden limitarse sólo aquellas que procuren evitar o interrumpir embarazos, sino también aquellas que permitan su consecución. La ciencia y la tecnología están preparadas para ello pero, para su efectividad, precisan del acompañamiento de recursos económicos, políticos y legislativos.

2 La corte interamericana de derechos humanos: los derechos vulnerados con la prohibición de la fecundación *in vitro* (fiv)

Si se ha visto que el derecho a la salud alcanza y protege la sexualidad y la reproducción, otros derechos están también implicados en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia de 28 de noviembre de 2012, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*, ofrece un minucioso análisis de la situación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en relación a los distintos derechos humanos que se ven afectados en el proceso de procreación de quienes acuden a estas técnicas (CIDH, 2012)⁴.

El caso que se plantea en la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene como base la anulación de la Corte Constitucional de Costa Rica del Decreto Ejecutivo que regulaba la fecundación *in vitro* en este país. Aquella anulación estuvo fundamentada en la consideración de una protección absoluta del derecho a la vida, desde el momento de la concepción. Al respecto se entendió que el estado actual de

³ <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tcccconvs.pdf>

⁴ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

la técnica aplicable a la fecundación *in vitro* implica necesariamente la destrucción de embriones humanos. Frente a tal argumentación, la Corte Interamericana procederá a una ponderación de distintos derechos en juego, a fin de determinar si la prohibición de la fecundación *in vitro*, como consecuencia de la anulación del Decreto, había sido proporcionada y/o pudo haber incurrido en una vulneración de derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos⁵.

Por lo que se refiere al derecho a la vida privada, protegida por el artículo 11.2 de la Convención, la Corte considera que abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, que incluye la capacidad para el desarrollo de la personalidad, la configuración de la propia identidad y el establecimiento de relaciones personales. Entiende también que la maternidad es parte esencial del libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, "la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, la decisión de ser padre o madre en el sentido genético o biológico". La vida privada se relaciona así con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva que implica, a su vez, el acceso a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho⁶. La protección del derecho a la vida privada aparece, además, estrechamente relacionado con la protección de la vida familiar y el papel central que la Convención Americana atribuye

⁵ En concreto los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos que se someterán a examen son: artículo 5.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" (derecho a la integridad personal); el artículo 7.1: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales" (derecho a la libertad personal); artículo 11.2: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación" (derecho a la intimidad personal y familiar); artículo 17. 1: "La familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado"; artículo 17.2: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención" (derecho a fundar una familia, protección de la familia); artículo 4.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" (derecho a la vida); artículo 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"; artículo 1.1: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (Igualdad y no discriminación).

⁶ Párrs. 143 y 146 de la Sentencia 28 de noviembre de 2012, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Tal configuración del derecho, vendría avalado por el artículo 16 e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ("derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos").

a la familia en el artículo 17, formando la decisión de procrear parte del derecho a fundar una familia⁷.

Afirma también la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la protección de la integridad personal, física y psicológica, puede tener un impacto en la vida privada, menoscabándose un eficaz ejercicio del derecho cuando se dificulta la accesibilidad para solventar ciertos problemas de salud reproductiva, siendo pertinente entonces la invocación del artículo 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De esta manera, el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva incidiría directamente en el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, que implica el acceso a la tecnología médica necesaria y disponible para ejercer eficazmente el derecho a la libertad reproductiva, constituyendo una obligación para el Estado evitar restricciones desproporcionadas e innecesarias, bien sea *de iure* o *de facto*, para que cada persona pueda tomar sus propias decisiones al respecto⁸.

La Corte constata, como hecho no controvertido que, con motivo de la decisión de la Sala Constitucional costarricense, la fecundación *in vitro* no se practica en el país y eso ha generado que los demandantes fueran privados de la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían seguir para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. La cuestión decisiva es si esa injerencia o restricción de derechos resulta justificada, es decir, que no sea abusiva o arbitraria, que esté prevista en la ley, que persiga un fin legítimo y que sea idónea, necesaria y proporcionada⁹.

La cuestión central utilizada por la Sala Constitucional de Costa Rica, para determinar la justificación y proporcionalidad de su decisión, fue el reconocimiento a toda persona, entendida como ser humano, del derecho que el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos atribuye a la vida "en general, a partir del momento de la concepción". La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, pone de manifiesto que existen diversas posturas, que analizan desde diferentes perspectivas, sobre cuál es el momento de la concepción y cuándo comienza la vida humana, sin que exista un consenso generalizado sobre el

⁷ Párr. 145, Sentencia CIDH, 28 de noviembre de 2012.

⁸ *Ibidem.*, Párrs. 147-150.

⁹ *Ibidem.*, Párrs. 159-162.

particular. Al respecto, la Corte señala que la concepción no puede entenderse como un momento excluyente del cuerpo de la mujer, dado que el embrión no tiene, en tales condiciones, ninguna posibilidad de supervivencia antes de la implantación en el útero¹⁰. Desde el punto de vista de una interpretación sistemática de la Convención Americana, concluye que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión, siendo el objeto directo de la protección fundamentalmente la mujer embarazada, a través de la cual se procede a la defensa del no nacido¹¹. Por otra parte, ningún otro texto internacional de protección de derechos humanos le lleva a sustentar que el embrión pueda ser considerado persona a efectos del artículo 4 de la Convención¹². De especial relevancia considerará el resultado de una interpretación evolutiva de un texto elaborado cuando aún no existía el procedimiento de la fecundación *in vitro*. A tal efecto, llama la atención de que en tales procedimientos, el derecho internacional no trata al embrión como persona, ni se deduce un derecho a la vida del mismo. Igualmente destaca que Costa Rica es el único país de la región que prohíbe la fecundación *in vitro*¹³. Ninguno de los Estados en que se practica ha considerado que la protección del embrión impida las técnicas de reproducción asistida, antes bien proceden a la aplicación de una protección gradual e incremental de la vida prenatal¹⁴. Por otro lado, la protección del derecho a la vida no puede implicar la negación de otros derechos, por eso, la expresión "en general" del artículo 4, debe interpretarse a fin de, admitiendo la existencia de conflictos de derechos, permitir excepciones a la protección de la vida. Por tanto, la protección de la vida prenatal ha de armonizarse con la garantía y protección de los derechos de otras personas, especialmente los de la madre¹⁵.

Precisamente, estima la Corte que la Sala Constitucional costarricense, partiendo de una absoluta protección del embrión, no ponderó ni tuvo en cuenta otros derechos en conflicto, lo cual supuso una "arbitraria, excesiva y desproporcionada" interferencia en la vida privada y familiar con efectos discriminatorios por razón de discapacidad, de género y de situación económica¹⁶. En concreto, la decisión de la

¹⁰ *Ibidem.*, Párr. 187.

¹¹ *Ibidem.*, Párrs. 222-223.

¹² *Ibidem.*, Párr. 244.

¹³ *Ibidem.*, Párrs. 253-254.

¹⁴ *Ibidem.*, Párr. 256.

¹⁵ *Ibidem.*, Párrs. 258-260.

¹⁶ *Ibidem.*, Párr. 316.

Sala implicó una injerencia desproporcionada en la intimidad de las personas que, al tener que continuar su tratamiento médico en el extranjero, se vieron compelidos a exponer aspectos de su vida privada¹⁷. Además, la prohibición de la fecundación *in vitro* interfirió en la libre elección de los planes de vida de aquellas parejas cuya única opción de procrear era acudir a aquella técnica, a lo que habría que añadir los efectos negativos en su integridad psicológica¹⁸.

En cuanto a los efectos discriminatorios, la Corte consideró que siendo la infertilidad una enfermedad que supone una limitación funcional de la capacidad reproductiva, quienes estén afectadas por la misma están protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, lo cual incluye el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver sus problemas de salud reproductiva¹⁹. El segundo factor, considerado por la Corte como discriminatorio, es el género. Teniendo en cuenta, por un lado, que la maternidad es considerada como una parte fundamental de la identidad de género y que la tecnología de la reproducción asistida incide especialmente en el cuerpo de las mujeres, la prohibición de la fecundación *in vitro*, aún no dirigida sólo hacia las mujeres, tiene un impacto negativo desproporcionado sobre ellas²⁰. Finalmente, la Corte afirma que se produce una discriminación por razones económicas, en tanto que la posibilidad de acceder al tratamiento en un país extranjero sólo es accesible a las personas con recursos económicos elevados²¹.

En definitiva, concluye la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la incidencia de la resolución de la Sala Constitucional de Costa Rica en los derechos implicados no guardó proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger embriones, ante la consideración de que la fecundación *in vitro* suponía una "elevada" pérdida de los mismos y un "riesgo desproporcionado de muerte". Entiende la Corte que el Decreto anulado contemplaba medidas de protección del embrión que evitaban aquellos riesgos, como la determinación del número de óvulos a fecundar, o la prohibición de desechar, eliminar o preservar embriones. Por otro lado, la pérdida de

¹⁷ *Ibidem.*, Párr.279.

¹⁸ *Ibidem.*, Párrs. 281-282.

¹⁹ *Ibidem.*, Párr. 293.

²⁰ *Ibidem.*, Párrs. 298-299.

²¹ *Ibidem.*, Párr. 304.

embriones es un riesgo inherente a la fecundación, también la natural. Y, finalmente, la fecundación *in vitro* tiene precisamente como objetivo crear vida y no destruirla²².

Tras un análisis minucioso de los derechos en juego, y de la situación de la fecundación *in vitro* en el ámbito internacional, la Corte consideró violados los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En consecuencia, la no protección eficaz de los derechos de salud sexual y reproductiva, a través de la fecundación *in vitro* en este caso, supuso un menoscabo no justificado y desproporcionado del derecho a la integridad y libertad personal, derecho a la vida privada y la intimidad, derecho a fundar una familia y a no ser discriminado por razón de discapacidad, género o circunstancias económicas.

3 El tribunal europeo de derechos humanos: la consideración del derecho a ser padre o madre en sentido biológico como parte del derecho a la vida privada y familiar

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido también oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre cuestiones relacionados con técnicas de reproducción asistida y su incidencia en los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, especialmente en el artículo 8, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar²³.

El caso *Evans vs. United Kingdom* plantea al Tribunal Europeo de Derechos Humanos una violación de los artículos 2, 14 y 8 de Convenio, como resultado de la

²² *Ibidem.*, Párrs. 305-311.

²³ Artículo 8.1: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", en su apartado 2. señala: "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuando 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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". Los artículos 2 y 14 han sido también invocados, a propósito de los casos relacionados con las técnicas de reproducción asistida, en diversas ocasiones. El artículo 2.1 dice: "El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. La muerte no puede ser infligida intencionadamente a nadie, salvo en ejecución de una sentencia de pena capital pronunciada por un tribunal en el caso en que el delito esté castigado con esta pena por la ley". El artículo 14 se refiere a la prohibición de discriminación, expresamente a que: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

negativa a la demandante, tras su divorcio y la retirada del consentimiento de su ex marido, de la posibilidad de implantarle los embriones previamente congelados con el consentimiento de ella y su entonces esposo. El Tribunal pone, en primer lugar, de manifiesto que no existe una regulación uniforme en los distintos países sobre la materia cuestionada y que, por tanto, ha de tenerse en cuenta el distinto grado de apreciación nacional sobre la misma. Por lo que se refiere al artículo 2, que reconoce el derecho a la vida, la demandante alega que la prohibición de que ella se implante los embriones congelados conllevaría su posterior destrucción y, por tanto, negarles aquel derecho básico. El Tribunal, por su parte, afirma que la falta de consenso europeo, sobre cuándo comienza la vida y a partir de qué momento se debe proteger, le impide considerar que exista una violación de la legislación británica al Convenio Europeo de Derechos Humanos por el hecho de la falta de protección a la vida del embrión en la fase previa a su implantación en el útero y en los términos en que se plantea el conflicto. En relación al derecho a la vida privada y familiar, del artículo 8, afirma la Corte que este derecho implica la libertad, tanto del hombre como de la mujer, de convertirse en padres biológicos. Una libertad, insistirá, que alcanza tanto al padre como a la madre y que, por tanto, pese a la situación límite del caso en relación a la Sra. Evans, quien no podrá ser madre biológica sino es con esos embriones ya congelados, no puede hacerse efectiva tal libertad respecto a la mujer a costa de privar de la misma libertad al hombre, en este caso, para no convertirse en padre. Por lo que se refiere a la violación de la prohibición de discriminación, amparada por el artículo 14 del Convenio Europeo, la demandante alegó la discriminación en relación a las mujeres que pueden procrear sin asistencia médica, quienes pueden escoger con total libertad el destino de sus óvulos fecundados, frente a quien recurre a la técnica de la fecundación *in vitro*, que encuentra condicionada su maternidad al consentimiento del portador del esperma. El Tribunal reiteró en este aspecto, el respeto a la libertad personal y a la elección individual de tener descendencia o no tenerla, a hombres y mujeres, y al consentimiento por ambos prestado en esos términos²⁴.

²⁴Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (no. 6339/05) Sentencia de 10 de abril 2007. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Evansv the United Kingdom"\],"sort":\["docnamesort Ascending"\],"itemid":\["001-80046"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

En definitiva, en el caso planteado el Tribunal no ha considerado la violación del Convenio ante la decisión de no permitir a una mujer implantarse unos embriones congelados con sus óvulos y el espermatozoides de un hombre, su ex esposo, que retiró su consentimiento en aquella fase del tratamiento que consistía en implantar los embriones en el útero. Pero si consideró que la libertad de ser padre o madre, en sentido biológico, está amparado por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales²⁵. Una consideración que se reitera en el caso *Dickson Vs. Reino Unido*²⁶.

En la Sentencia *S.H. y otros Vs. Austria*, de 3 de noviembre de 2011, se plantea la prohibición de la legislación austriaca de utilizar óvulos y espermatozoides de donante en los procedimientos de fecundación *in vitro*. Los demandantes alegan la violación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en sus artículos 8 (derecho a la vida privada y familiar) y 14 (igualdad y no discriminación)²⁷. La legislación austríaca sobre procreación artificial permitía la fecundación *in vitro* dentro del matrimonio o relación similar, utilizando óvulos y espermatozoides de quienes constituyen tales relaciones. Admitía, pues, sólo la fecundación homóloga en el procedimiento *in vitro*. Excepcionalmente, sí que permitía la donación de espermatozoides (fecundación heteróloga) en la inseminación artificial. Estaba, por tanto, siempre prohibida la donación de óvulos y la donación de espermatozoides en la fecundación *in vitro*, pero permitida esta última en la inseminación artificial. En el caso que se planteó al Tribunal, en una de las parejas era necesario, para hacer efectiva la procreación, la técnica de fecundación *in vitro* y la donación de espermatozoides, en la otra pareja se hacía imprescindible la donación de óvulos. El gobierno austriaco estimó que la prohibición de la fecundación *in vitro*, a partir de espermatozoides y óvulos de donantes, estaba objetiva y razonablemente justificada en el legítimo fin de proteger la salud y el bienestar de las mujeres y niños involucrados, así como

²⁵ "Private life...incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent ... the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of art.8" (Párrs. 71 y 72, Caso *Evans Vs. United Kingdom*)

²⁶Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Dickson Vs. The United Kingdom* (no. 44362/04), Sentencia 4 de diciembre de 2007. La Corte afirmó al respecto que el artículo 8 "is applicable to the applicants complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents" (Párr.66). [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["No.44362/04"\],"itemid":\["001-73360"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

²⁷(No.57813/00.[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["57813/00"\],"sort":\["apnoyear Ascending,appnocode Ascending"\],"itemid":\["001-107325"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{))

salvaguardar la ética general y los valores morales de la sociedad²⁸. Se estimó también tal prohibición, como proporcionada, en atención a la ponderación de diversos derechos en conflicto: el derecho a la procreación, la dignidad humana y el bienestar del niño. Con tal legislación se afirmaba pretender aproximar la fecundación artificial, lo más posible, a la natural, evitando así la formación de relaciones "inusuales", como la diversidad de madres y/o padres, que podían afectar al desarrollo de la descendencia y, al tiempo, evitar el riesgo de explotación de las mujeres. En cuanto a la posibilidad de utilizar espermatozoides de donante en la inseminación, se alegaron razones de facilidad en la utilización del método y la dificultad de controlarlo. Justificada la finalidad de la medida y su proporcionalidad implicaba, para el gobierno austriaco, que no se había producido discriminación²⁹.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró, como había hecho en otras ocasiones, que el derecho de una pareja a concebir un hijo, y a hacer uso para tal fin de la procreación asistida médicamente, entra dentro del ámbito del artículo 8 del Convenio, ya que esta elección es claramente una expresión de la vida privada y familiar³⁰. En cuanto al artículo 14, los demandantes estiman que su posición y, por tanto, su derecho a ser padres, es similar a la de otras parejas que, debido a su condición médica, no necesitan donación de óvulos o de espermatozoides para una fertilización *in vitro*. El Tribunal tratará de determinar si esta diferencia de trato persigue un fin legítimo y es razonable y proporcional, como estimó el gobierno austriaco. Para ello, parte de que no existe una regulación uniforme en los Estados Firmantes y que, siendo cuestiones sensibles a la ética y a la moral, el margen de apreciación de las distintas legislaciones ha de ser amplio. Ahora bien, no existiendo obligación por parte de los Estados de abordar la legislación sobre procreación artificial, si lo hace debe ser coherente y hacerlo de modo que los legítimos intereses implicados sean adecuados y conformes al Convenio. Y, en este sentido, afirmará que las consideraciones morales, o la aceptación social, no son en sí mismas razones suficientes para prohibir de forma absoluta la donación de espermatozoides y/o de óvulos, ya que no es ésta la única, o la medida menos intrusiva, para evitar los riesgos que el

²⁸ Párr. 46.

²⁹ Párr. 51.

³⁰ Párr. 60.

legislador austriaco pretende perseguir para proteger al menor y a las mujeres³¹. La desproporción sería incluso más evidente en la donación de esperma que, prohibida en la fecundación *in vitro*, se permite en la inseminación artificial por una cuestión de mera eficacia, mientras el deseo de tener un hijo pertenece a una faceta tan particularmente importante de la vida de los individuos³². Con estos argumentos, concluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la prohibición en la legislación austriaca de la donación de óvulos y de esperma en las técnicas de procreación *in vitro* vulnera el artículo 14 del Convenio, en combinación con el artículo 8.

En el caso *Costa y Pavan Vs. Italia*, las cuestiones que se plantean son, de un lado, la posible utilización de las técnicas de reproducción asistida no teniendo la pareja problemas de infertilidad y, de otro lado, la prohibición del diagnóstico genético preimplantatorio en la legislación italiana. En este asunto, la señora Costa y el señor Pavan descubrieron que eran portadores sanos de la mucoviscidosis o fibrosis quística, al tener una hija con esa enfermedad. Al producirse un nuevo embarazo efectuaron un diagnóstico prenatal que indicó que el feto tenía la enfermedad, por lo que decidieron interrumpir el embarazo. Deseando tener un hijo sano solicitaron acceder a las técnicas de reproducción asistida y que se les realizara un diagnóstico genético preimplantatorio. Petición que fue rechazada porque la ley italiana, de 19 de febrero de 2004, sólo permitía acceder a estas técnicas a las parejas estériles o infértiles y el diagnóstico genético preimplantatorio estaba prohibido en cualquier caso. No obstante, por Decreto de abril de 2008 se permitió el acceso a las técnicas de reproducción asistida, utilizando el lavado de esperma, a las parejas fértiles en las que el hombre es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual, con el objetivo de impedir que un embarazo natural pudiera transmitir la enfermedad a la mujer o al feto³³.

El Tribunal descartó la violación del artículo 14, relativo a la discriminación en el caso de referencia, por no considerarlo similar al supuesto de quienes podían recurrir a las técnicas de reproducción por ser portadores de enfermedades víricas de

³¹ Párr. 76.

³² Párr. 93.

³³ No. 54270/10, Sentencia de 28 de agosto de 2012. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["costa and pavan"\],"itemid":\["001-115727"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

transmisión sexual. Entiende que en este último caso, el procedimiento que se utiliza es el lavado de semen, técnica anterior a la fecundación y, por tanto, no es una situación comparable al caso que plantean los demandantes, quienes pretenden hacer una selección de embriones sanos. Sin embargo, con respecto a la vida privada y familiar, se encuentra en la situación de avanzar un paso más respecto a la protección del artículo 8 del Convenio. Ya había afirmado el Tribunal, en casos precedentes, que el respeto del derecho a la vida privada y familiar, ampara la decisión de convertirse o no en padre o madre, también que esta decisión sea específicamente referida a la paternidad/maternidad biológica, ahora se trata de determinar si este derecho protege la decisión de los padres de gestar un hijo que no esté afectado por la enfermedad genética, de la que son portadores sanos, y recurrir a las técnicas existentes para conseguir tal propósito. El análisis, en este caso, sobre la justificación y la proporcionalidad de la prohibición de recurrir a aquellas técnicas, lo hará el Tribunal, teniendo en cuenta la posibilidad, en la legislación italiana, de recurrir al aborto terapéutico para casos como el que se planteaba. Y, al respecto, el Tribunal valorará como incoherente la normativa italiana en este aspecto, lo que será determinante para que considere como evidente la vulneración del respeto de la vida privada y familiar de los demandantes. En este sentido, argumentará que para proteger el derecho de tener un hijo no afectado por una enfermedad, de que los futuros padres son portadores, la única posibilidad que se les deja es la de un embarazo natural y proceder al aborto si el feto está enfermo. En tales circunstancias, la única perspectiva de maternidad y paternidad es un niño enfermo o el sufrimiento de un aborto, lo cual es considerado como una limitación desproporcionada, irrazonable e incoherente a los derechos de los demandantes³⁴.

4 A modo de conclusión

El derecho a tener hijos biológicos ha sido ampliamente reconocido como parte de algunos derechos humanos amparados por convenios internacionales, y las técnicas de reproducción humana asistida consideradas como procedimientos adecuados para su satisfacción. En este contexto, las legislaciones han de realizar una adecuada ponderación de los diversos derechos e intereses concurrentes, en un

³⁴Párr. 71.

asunto que, en última instancia, nos sitúa ante la libertad de elección de proyectos vitales.

Referencias

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig. Madrid : Sistema, 1991.

NACIONES UNIDAS. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995. Nueva York : NU, 1996. [on line] Acceso en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> .

NACIONES UNIDAS. *Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*. El Cairo, 5 a 13 de septiembre, 1994. Nueva York : NU, 1995.[on line] Acceso en: http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf

NACIONES UNIDAS. *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Nueva York : NU, 1979. [on line] Acceso en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Constitución de la OMS, adoptada en la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946. Nueva York : OMS, 2006. [on line] Acceso en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp .