

LA CRECIENTE AMPLIACIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: ANÁLISIS CRÍTICO Y BASES PARA SU REDUCCIÓN*

THE INCREASING EXPANSION OF THE NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION IN THE ACCESS TO ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES: CRITICAL ANALYSIS AND FOUNDATIONS FOR ITS REDUCTION

JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS**

Resumen: El objetivo del presente trabajo radica en poner de manifiesto la tensión dialéctica existente entre el reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos humanos y, por tanto, presididos por el principio de universalidad, y el progresivo y creciente ensanchamiento por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del margen de apreciación que tienen los Estados a la hora de permitir el acceso a las técnicas de reproducción asistida. La tendencia jurisprudencial de ampliación del margen de maniobra nacional parece consolidarse tras la adopción en 2013 del Protocolo nº 15 al Convenio Europeo de Derechos Humanos que, por vez primera, positiviza la doctrina jurisprudencial del margen, intensificándose tras la reciente STEDH de 24 enero de 2017 dictada en el caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*. Frente a esta posición, abogamos por reconducir la actual deriva de la jurisprudencia del TEDH, estrechando el margen de apreciación nacional para evitar efectos indeseables como la ambigüedad e impredecibilidad jurisprudencial y el elitismo reproductivo. Desde esta perspectiva, apostamos por la armonización a través de estándares comunes mínimos en materia de acceso a las técnicas de reproducción asistida.

Palabras clave: técnicas de reproducción asistida, margen de apreciación nacional, armonización, estándares mínimos comunes.

Abstract: The goal of this paper is to highlight the dialectical tension between the recognition of reproductive rights as human rights and, therefore, underpinned by the principle of universality, and the progressive and growing widening of the margin of appreciation that European Court of Human Rights is recognizing to the Member States in order to allow the access to the assisted reproductive technologies. This case-law tendency to expand the space for national manoeuvre seems to be consolidated after the adoption in 2013 of Protocol No. 15 to the European Convention

* Fecha de recepción: 17 de mayo de 2017.

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017.

** Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad de Cantabria. Profesor asociado doctor del Departamento de Derecho Privado (IDIVAL-Universidad de Cantabria). Correo electrónico: joaquin.cayon@unican.es.

on Human Rights, which for the first time states the jurisprudential doctrine of the margin, and after the recent ECtHR judgment of 24 January 2017 concerning the case *Paradiso and Campanelli versus Italy*. Contrary to this position, we advocate for the redressing of the current derivation of ECtHR jurisprudence, narrowing the national margin of appreciation in order to avoid undesirable effects such as the ambiguity and unpredictability of ECtHR case-law and reproductive elitism. From this perspective, we clearly defend a harmonization of minimum common standards for access to assisted reproduction techniques.

Keywords: Assisted reproduction techniques, national margin of appreciation, harmonization, common minimum standards.

SUMARIO: I. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: JUSTIFICACIÓN Y EVOLUCIÓN; 1. Planteamiento; 2. Evolución de la doctrina y su progresivo ensanchamiento; II. EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS; III. SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES DE VIOLACIÓN NACIONAL DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR POR SOBREPASAR EL MARGEN DE APRECIACIÓN; 1. Negativa al acceso a las técnicas reproductivas en situación de encarcelamiento; 2. Negativa al acceso al diagnóstico genético preimplantacional; 3. Negativa a la filiación en los supuestos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero: posición inicial; IV. CASOS DE RECONOCIMIENTO DE UN AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL; 1. Revocabilidad del consentimiento; 2. Prohibición de donación de gametos; 3. Incautación por las autoridades nacionales de embriones criopreservados; 4. Denegación de la entrada en territorio nacional de niño nacido a resultas de gestación por subrogación; 5. Prohibición de donación de embriones con fines de investigación; 6. El reciente triunfo del ensanchamiento del margen: negativa a la filiación en los supuestos de gestación subrogada sin vínculo genético; V. ÚLTIMOS DESARROLLOS JURÍDICO-POSITIVOS: HACIA LA INDESEABLE AMPLIACIÓN DEL MARGEN; 1. La primera advertencia: la Declaración de Brighton de 2012; 2. La positivización del margen de apreciación en 2013: el Protocolo n.º 15 al Convenio Europeo de Derechos Humanos; VI. VALORACIÓN RESULTANTE: NECESIDAD DE ESTRECHAMIENTO DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y DE ARMONIZACIÓN DE ESTÁNDARES MÍNIMOS; VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: JUSTIFICACIÓN Y EVOLUCIÓN

1. Planteamiento

El denominado «margen de apreciación» tiene su origen en el concepto francés *marge d'appréciation*, que se empleó tradicionalmente en la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* francés para definir el ámbito de discreción que debía permitirse a los órganos administra-

tivos, operando así como límite a la revisión jurisdiccional de sus decisiones¹. También en el Derecho alemán se han venido utilizando las expresiones de *Beurteilungsspielraum* o *Ermessensmissbrauch*, con la misma finalidad habilitante de un cierto espacio de valoración discrecional por parte de la Administración pública a la hora de aplicar una determinada norma, reduciendo así el grado de fiscalización jurisdiccional de la decisión pública². Sobre estos antecedentes, la institución del margen de apreciación nacional ha sido asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) como técnica jurídica para limitar el alcance revisor de las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales. De este modo, el margen de apreciación ha sido concebido como el espacio de maniobra dentro del cual los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) pueden interpretar y aplicar sus obligaciones³. De ahí que se empleen para designarlo gráficas expresiones como *room to play* (espacio de juego), *room for manoeuvre* (espacio de maniobra) o *elbow room* (marco de juego), todas ellas denotativas del margen que se confiere a los Estados en relación con sus compromisos convencionales. Así las cosas, ante la disyuntiva de una revisión plena o parcial de las decisiones judiciales nacionales en materia de derechos humanos, el TEDH ha venido progresivamente adoptando la denominada doctrina del margen de apreciación nacional que constituye, por ello, una creación jurisprudencial no contemplada expresamente en la versión originaria del CEDH⁴.

2. Evolución de la doctrina y su progresivo ensanchamiento

Si analizamos históricamente la doctrina del margen de apreciación nacional en el TEDH, podemos claramente diferenciar dos etapas. En una primera ola de sentencias, se aplicaba exclusivamente a los supuestos de derogación de obligaciones convencionales en caso de excepción (artículo 15 CEDH). En una segunda etapa expansiva, se amplía a casos que afectan a los derechos y libertades fundamentales de los demandantes.

Respecto de la primera de ellas, conviene recordar que el artículo 15 CEDH contiene una cláusula de inaplicación «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la

¹ BRAUCH, J.A., «The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: threat to the rule of law», *Columbia Journal of European Law*, núm. 113, 2004-2005, p. 115.

² YOUROW, H.C., *The margin of appreciation in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht (Martinus Nijhoff Publishers), 1996, p. 14, pone de relieve que el concepto procede del ordenamiento militar alemán.

³ En palabras de PATERNOTTE «some ‘elbow room’ within which member states could interpret the ECHR obligations». Cfr. PATERNOTTE, J., «The Margin of Appreciation under fire-The evolution of the legal concept in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Has the margin of appreciation shrunk and will it increase after the Brighton conference?».

⁴ Paradójicamente, se trata de una herramienta que resulta exclusiva del TEDH, siendo raramente utilizada por otros tribunales internacionales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Internacional de Justicia.

vida de la nación»⁵. Este precepto en ningún caso autoriza la derogación del artículo 2 CEDH (derecho a la vida), salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3 (prohibición de la tortura), 4.1 (prohibición de la esclavitud o servidumbre) y 7 (principio de legalidad penal)⁶. Sentado el régimen jurídico básico de la llamada cláusula derogatoria, el primer supuesto en el que la Corte de Estrasburgo permitió un cierto margen de apreciación nacional fue el caso *Lawless c. Irlanda –n.º 3–* (1961)⁷. En el mismo se enjuicia el arresto en Irlanda de Gerard Lawless por su condición de miembro del IRA cuando intentaba viajar al Reino Unido. El demandante fue preventivamente detenido sin juicio durante cinco meses, invocando Irlanda el artículo 15 CEDH para justificar estas facultades extraordinarias de detención. Si bien el TEDH no mencionó expresamente la técnica del margen, sostuvo la idea de que «la existencia en dicho momento de una emergencia pública que amenazaba la vida de la nación fue razonablemente deducida por el gobierno irlandés»⁸. Bastaría por ello una deducción razonable (*reasonable deduction*) para que un gobierno nacional pudiera inaplicar el CEDH.

Más tarde, han aparecido otros supuestos de aplicación del margen en relación con la cláusula derogatoria, siendo destacable el caso *Irlanda c. Reino Unido* (1978)⁹, que constituyó el primer litigio interestatal de la historia del Tribunal. En este caso, el gobierno irlandés, al contrario de lo sucedido en *Lawless*, alegó la violación masiva de los derechos humanos del CEDH en el tratamiento de los presos del IRA por parte de las autoridades británicas. Irlanda no cuestionaba la existencia de una emergencia pública, sino que afirmó

⁵ Reza del siguiente modo: «En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional».

⁶ Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación debe tener plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio que vuelvan a tener plena aplicación (artículo 15.3 CEDH).

⁷ STEDH de 1 de julio de 1961 (TEDH 1961\2). En realidad el término «margen de apreciación» se debe a Sir Humphrey Waldo, presidente de la Comisión encargada de presentar el asunto *Lawless contra Irlanda* al TEDH. La Comisión defendió que el concepto de margen de apreciación implicaba que el cumplimiento de las responsabilidades por parte de un gobierno nacional constituía esencialmente un delicado problema de apreciación de factores complejos y de equilibrio entre consideraciones contradictorias de interés público («The concept of the margin of appreciation is that a Government's discharge of these responsibilities is essentially a delicate problem of appreciating complex factors and of balancing conflicting considerations of the public interest»). Cfr. PATERNOTTE, J., «The Margin of Appreciation under fire...», ob. cit., p. 9.

⁸ En este sentido, el párrafo 28 indica que «the Court, after an examination, find this to be the case; whereas the existence at the time of a 'public emergency threatening the life of the nation', was reasonably deduced by the Irish Government from a combination of several factors, namely: in the first place, the existence in the territory of the Republic of Ireland of a secret army engaged in unconstitutional activities and using violence to attain its purposes; secondly, the fact that this army was also operating outside the territory of the State, thus seriously jeopardising the relations of the Republic of Ireland with its neighbour; thirdly, the steady and alarming increase in terrorist activities from the autumn of 1956 and throughout the first half of 1957».

⁹ STEDH de 18 enero de 1978 (TEDH 1978\2).

que el Reino Unido había actuado *ultra vires*, sobrepasando el margen que el artículo 15 permite a los Estados. El caso exigió que el Tribunal aclarara los límites de su sistema de revisión judicial, consagrando el criterio de la mejor posición nacional (*better national position*). Así señalará que «en razón de su contacto directo y continuo con las necesidades urgentes del momento, las autoridades nacionales están en principio en mejor posición que el juez internacional para decidir tanto sobre la presencia de tal emergencia como sobre la naturaleza y alcance de las excepciones necesarias para evitarla. En este asunto, el artículo 15 párr. 1, deja a esas autoridades un amplio margen de apreciación»¹⁰. Desde 1978, el criterio de la mejor posición ha sido raramente invocado¹¹. No obstante, fue resucitado para resolver el caso *A. y otros c. Reino Unido* (2009)¹², esta vez debido a la detención preventiva de sospechosos de terroristas de Al Qaeda después de los ataques del 11-S en Estados Unidos. En definitiva, cabe concluir que el legado de los casos del artículo 15 CEDH es el reconocimiento del margen flexible para decidir del que disponen los gobiernos y los tribunales nacionales, al encontrarse mejor situados que los tribunales internacionales¹³.

Junto con los casos del artículo 15, la segunda etapa de la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el margen de apreciación se refiere a los casos relativos a las libertades personales. Como sabemos, los derechos fundamentales del CEDH contenidos en los artículos 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión y de asociación) del CEDH son susceptibles de restricción nacional, de acuerdo con determinados requisitos. En este sentido, el punto de arranque será el caso *Handyside c. Reino Unido* (1976)¹⁴, que amparará el margen de discrecionalidad nacional en el *principio de subsidiariedad*. El margen de apreciación se convertirá así en la piedra angular de la sentencia del Tribunal que señalará que el mecanismo de protección instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos¹⁵.

¹⁰ Parágrafo 207: «By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 (art.15-1) leaves those authorities a wide margin of appreciation». [Traducción del autor].

¹¹ PATERNOTTE, J., «The Margin of Appreciation under fire...», ob. cit., p. 11, a quien seguimos.

¹² STEDH de 19 febrero de 2009 (TEDH 2009/86).

¹³ *Ibidem.* p. 12.

¹⁴ STEDH de 7 diciembre de 1976 (TEDH 1976/6). Richard Handyside compró los derechos de venta de «The Little Red Schoolbook», un libro destinado a escolares escrito por dos autores daneses que incluía un polémico capítulo sobre sexo. Por distribuir el libro en Inglaterra, Handyside recibió varias multas al amparo de la Ley de Publicaciones Obscenas de 1959 y 1964. El Reino Unido reconoció que su libertad de expresión había sido restringida, pero sostuvo que esta restricción estaba justificada.

¹⁵ Parágrafo 48: «The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights».

En esa misma línea cabe hacer referencia al caso *Dudgeon c. Reino Unido* (1981)¹⁶, relativo a la eventual violación del artículo 8 CEDH¹⁷. En este asunto, la Corte concluyó que el margen de apreciación quedaba afectado no solo por la naturaleza de la finalidad de la restricción, sino también por la naturaleza de las propias actividades implicadas. Así las cosas, se estima la demanda, dado que debe haber razones particularmente graves para que se lleven a cabo injerencias por parte de las autoridades públicas, que puedan legitimarse a los efectos del artículo 8.2 CEDH¹⁸. En este sentido, el tribunal entendió que las razones proporcionadas por el Gobierno británico, aun siendo importantes, no eran suficientes.

Finalmente, el alcance del margen de apreciación puede también fácilmente comprobarse en pronunciamientos más recientes. Entraría dentro del margen de apreciación nacional la posibilidad de reconocer o no el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse. Así en el caso *Schalk y Kopf c. Austria* (2010)¹⁹, el Tribunal aclaró que el CEDH no obliga a los Estados miembros a reconocer legalmente los matrimonios entre personas del mismo sexo, especialmente si estas parejas pueden disfrutar de un marco legal alternativo²⁰. En este sentido, se señala que «la cuestión del matrimonio del mismo sexo afecta a un área sensible de controversia social, política y religiosa. En ausencia de consenso, el Estado disfruta de un margen de apreciación especialmente amplio».

En la misma línea, tampoco existiría al amparo del CEDH ningún derecho de las parejas homosexuales a adoptar. En el caso *Gas y Dubois c. Francia* (2012)²¹, el Tribunal sostiene la inexistencia de violación del artículo 14 CEDH (prohibición de discriminación) en conjunción con el artículo 8, ya que la ley francesa no establece diferencia en el tratamiento para la adopción basada en la orientación sexual, sino en el matrimonio de los adoptantes, que se exige como requisito de capacidad (también se deniega la posibilidad de adopción a las parejas de hecho heterosexuales).

De las resoluciones judiciales destacadas –entre las muchas que han recaído en este asunto– podemos extraer varias conclusiones iniciales. En primer lugar, asistimos a un progresivo ensanchamiento del margen, al principio reducido a los confines de la legislación de excepción para pasar a una expansión que permite su aplicación en casos sobre

¹⁶ STEDH de 22 octubre de 1981 (TEDH 1981\4).

¹⁷ Jeff Dudgeon era un activista de los derechos de los homosexuales en Belfast en los años setenta. En ese momento, bajo la ley de Irlanda del Norte, las actividades homosexuales eran consideradas ilegales por lo que Dudgeon fue interrogado por la policía, aunque no procesado. El activista presentó una demanda ante el TEDH, alegando que la ley norirlandesa infringía su privacidad protegida por el artículo 8 CEDH.

¹⁸ Parágrafo 52: «However, not only the nature of the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation. The present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2)».

¹⁹ STEDH de 24 de junio de 2010 (JUR 2010\211641).

²⁰ Sobre esta sentencia, *vid.*, HODSON, L., «A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria», *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 1, 2011, pp. 170-179.

²¹ STEDH de 15 marzo de 2012 (TEDH 2012\26).

derechos fundamentales. En segundo lugar, los argumentos justificativos del margen son variables: desde el criterio de la mejor posición nacional hasta la ausencia de un «consenso europeo identificable» en la materia afectada por la decisión judicial. Finalmente, la Corte de Estrasburgo aplica la doctrina del margen de apreciación nacional en aquellos asuntos en los que las cuestiones éticas y morales se encuentran especialmente afectadas. En todo caso, sigue sin poder predecirse a ciencia cierta la extensión, amplia o estrecha, del margen de apreciación nacional²². De hecho, la jurisprudencia del TEDH ni es uniforme ni resulta coherente, como prueba tanto la variabilidad de su argumentación como la propia terminología que se emplea en los fallos²³.

II. EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Resulta notorio que los derechos reproductivos han sido reconocidos como derechos humanos en diferentes declaraciones y tratados internacionales, reconocimiento del que derivan importantes consecuencias jurídicas. En este sentido, resulta preciso subrayar que, en tanto derechos humanos, los derechos reproductivos²⁴ tienen carácter universal, nota que chocaría, en cierta medida, con la existencia de un amplio margen de apreciación nacional, dado que la universalidad parece exigir un sustrato común aplicable a cualquier ser humano con independencia del ordenamiento nacional que le resulte de aplicación.

²² Así lo destacó tempranamente O'DONNELL, T.A., «The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 4, núm. 4, 1982, p. 475: «A central problem is to determine a principled basis on which this distinction [between a wide and a narrow margin] can be made so that the Convention may be enforced without infringing upon legitimate activities of governments».

²³ Es significativo el estudio taxonómico de PATERNOTTE, J., «The Margin of Appreciation under fire», ob. cit., p. 31, quien destaca la asimétrica invocación del margen por el TEDH. Así, en 1.373 menciones estudiadas hasta 2012 aparece el término «margen de apreciación», en 480 figura la expresión «amplio margen de apreciación», en 631 «cierto margen de apreciación», en 39 «estrecho margen de apreciación», en 263 «poder de apreciación», en 78 «margen de discreción» o también en 78 «cierta discreción».

²⁴ Si bien es cierto que históricamente ha existido un vínculo indisoluble entre sexualidad y reproducción, los derechos sexuales y los derechos reproductivos constituyen, como de todos es conocido, conceptos distintos. Los derechos sexuales apelarían o tendrían como manifestación fundamental el desarrollo de la propia sexualidad (heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad o transexualidad), así como la facultad de determinar si se quiere vincular o no la actividad sexual con fines reproductivos; mientras, los derechos reproductivos tendrían una doble dimensión: una dimensión positiva, que sería el derecho a procrear, y otra negativa, el derecho a no procrear, que no será objeto del presente estudio y cuyas manifestaciones más clásicas son el reconocimiento de la interrupción voluntaria del embarazo y de la esterilización voluntaria, cuestiones sobre las que también se ha pronunciado el TEDH.

Desde la perspectiva jurídica internacional, los derechos reproductivos han sido reconocidos y definidos por la Conferencia Internacional de El Cairo de 1994²⁵, como derechos básicos de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el espaciamiento entre los nacimientos; a disponer de la información necesaria y de los medios para ello; y a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia. Se trata de una amplísima definición, en la que los derechos reproductivos tendrían una triple manifestación en cuanto a su contenido. De esta definición es posible concebir el vínculo existente entre derechos reproductivos y derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA) como una relación de fin a medio, en la que la tecnología reproductiva constituiría, por lo tanto, un medio para acceder a ese fin más amplio que sería el derecho a la procreación.

Sentadas estas cuestiones metodológicas, cabría preguntarse en qué medida un ciudadano de un país miembro del Consejo de Europa²⁶ podría obtener la tutela del TEDH en caso de negativa al acceso a una determinada técnica reproductiva en el Estado de origen. ¿Hasta qué punto existe un «derecho humano» al acceso a las TRA? Sin perjuicio de lo que a continuación señalaremos, debemos destacar, como punto de partida, que, probablemente en un ejercicio de puro pragmatismo, el TEDH no reconoce un derecho a la procreación, entendido como acceso incondicionado a las TRA, y, en este sentido, cada día se advierte un mayor relativismo por parte del Tribunal, que viene reconociendo un creciente margen de apreciación nacional. En todo caso, para analizar el alcance y, sobre todo, la tensión dialéctica existente entre derechos humanos universales y margen de apreciación nacional, conviene tener en cuenta que el CEDH, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, es hijo de la II Guerra Mundial y, por tanto, heredero de su tiempo; de ahí que los derechos reproductivos no sean reconocidos expresamente en el mismo. En efecto, esta ausencia de reconocimiento dimana fundamentalmente de dos circunstancias concretas: de una parte, el texto se centra en el reconocimiento y protección de derechos de naturaleza civil y política, y de otra, las TRA no se generalizarán sino a partir de los años ochenta del siglo pasado. Ello no obstante, y esta es una característica realmente fascinante, el Convenio ha demostrado una gran capacidad de autoadaptación, dado que, pese a carecer de cualquier tipo de referencia al derecho a la protección de la salud y, por tanto, a la salud sexual y reproductiva, contiene una previsión que constituye una suerte de cajón de sastre cuya interpretación extensiva ha permitido en una primera etapa la ampliación de derechos a través de la jurisprudencia del TEDH. Se trata del artículo 8 CEDH, que reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar²⁷. Al amparo de dicho precepto, la

²⁵ Si bien no es jurídicamente vinculante para los Estados, ha sido adoptada como propia por la Organización Mundial de la Salud.

²⁶ El Consejo de Europa se encuentra en la actualidad integrado por 47 Estados (la totalidad de los Estados europeos con la excepción de Bielorrusia).

²⁷ El precepto reza así: «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

Corte de Estrasburgo ha concedido amparo, especialmente en su primera jurisprudencia, a los nacionales a los que se les ha privado del acceso a la reproducción asistida en determinadas circunstancias concretas.

No obstante, debemos adelantar que, ante la extraordinaria heterogeneidad de las soluciones legislativas nacionales en materia reproductiva y tratándose de una cuestión de carácter intrínsecamente moral o ético, advertimos un progresivo ensanchamiento del margen de apreciación nacional concedido a los Estados²⁸. Resulta obvio que los derechos reproductivos presentan poliédricas implicaciones éticas, lo que va a provocar una doble consecuencia. En primer lugar, y desde la perspectiva jurídica, se observa un cierto relativismo jurídico-cultural, que viene desembocando en determinados ordenamientos en la progresiva hegemonía de la idea de los derechos humanos como concepto esencialmente cultural. Si bien es cierto que no puede negarse la presencia de elementos culturales en su configuración, al mismo tiempo existe un mínimo denominador común: el respeto a la dignidad, indisponible a los Estados parte de los diferentes tratados internacionales de derechos humanos. Evidentemente, la doctrina del margen de apreciación nacional abona la idea de la relatividad del supraconcepto «derechos humanos». En segundo lugar, y desde un punto de vista filosófico, la doctrina del margen de apreciación nacional implica una cierta neutralidad ética o, dicho de forma menos científica, un cierto «lavado de manos» por parte del TEDH que, de esta manera, ve garantizada su subsistencia, en el sentido de evitar el cuestionamiento de sus pronunciamientos por quienes los consideran una suerte de injerencia en la soberanía regulatoria de cada país.

Llegados a este punto, traeremos a colación varios *leading cases* que, de alguna forma, ilustran la errática oscilación del TEDH en relación con la extensión del margen de apreciación nacional en materia reproductiva. No obstante, resulta posible su sistematización, distinguiendo un primer bloque en el que el Tribunal concede el amparo a los demandantes, al apreciar una vulneración de derechos humanos en la solución nacional que excede del

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». Como señala 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», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 18, 2014, p. 8, la consideración de los nuevos derechos que surgen del acceso y utilización de las TRA, previstas en las legislaciones europeas, se ha efectuado a partir de una concepción expansiva de la noción de «vida privada» que se reconoce como derecho en el artículo 8 CEDH.

²⁸ Como indica KOFFEMAN, «European law explicitly allows for the existing diversity between the legal regimes of the EU Member States in reproductive matters. States are left room to make their own principled choices in these moral and ethical issues». *Vid.*, KOFFEMAN, N.R., «Legal responses to cross-border movement in reproductive matters within the European Union» 2014, p. 18. Disponible en: <<http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/workshop7.html>> [Consultado el 17/5/17]. En el mismo sentido, la «inflación» del margen de apreciación ha sido denunciada en otros estudios: por todos, KRATOCHVÍL, J., «The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, núm. 3, 2011, pp. 324-357.

margen de apreciación. Se trata sustancialmente de tres cuestiones: la negativa al acceso a las técnicas reproductivas en situación de encarcelamiento, la negativa al acceso al diagnóstico genético preimplantacional y la negativa a la filiación en los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero. Por el contrario, un segundo conjunto de asuntos se inscribe en la progresiva y creciente tendencia del reconocimiento de un amplio margen de apreciación nacional en materias como la revocabilidad del consentimiento, la prohibición de la donación de gametos o la prohibición de donación de embriones con fines de investigación. Con todo, el gran cambio de giro se apreciará en la reciente STEDH dictada en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* a principios de 2017.

III. SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES DE VIOLACIÓN NACIONAL DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR POR SOBREPASAR EL MARGEN DE APRECIACIÓN

1. Negativa al acceso a las técnicas reproductivas en situación de encarcelamiento

¿Tienen derecho los reclusos al acceso a las TRA? Se podría argumentar que no, si tenemos en cuenta que una de las excepciones al derecho a la vida privada y familiar que el propio artículo 8 CEDH contempla es precisamente la que afecta a la seguridad nacional. El interesante supuesto que se planteó ante el TEDH fue el *caso Dickson c. Reino Unido* (2007)²⁹. Lorraine Dickson solicitó la inseminación artificial con espermatozoides de su marido preso, por considerar que dicha técnica constituía su última oportunidad de tener descendencia genética, al contar ya con cuarenta y cuatro años y tener pendientes su marido todavía quince años de condena privativa de libertad. Las autoridades británicas denegaron la posibilidad de la inseminación artificial en base a dos argumentos: en primer lugar, la inexistencia de un derecho al acceso a las TRA como derecho general a nivel europeo y, en segundo lugar, la prevalencia del interés del menor y la protección de su bienestar, que se vería afectado como consecuencia de la reclusión en prisión de su padre, Kirk Dickson. Sin embargo, el TEDH otorgará el amparo solicitado al entender que, en cualquier caso, el futuro hijo podría estar al cuidado de la madre, permitiendo, por tanto, a los Dickson acceder a las TRA a través de la modalidad de inseminación artificial. La negativa de las autoridades británicas habría infringido el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH), sobrepasando el margen de apreciación nacional³⁰. Esta sentencia, sin embargo, es meramente casuística, sin que puedan extrapolarse consecuencias generales de su contenido³¹.

²⁹ STEDH de 4 de diciembre de 2007 (TEDH 2007/86).

³⁰ Así, señala que «cuando está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de una persona (tal como la elección de ser padre genético), el margen de apreciación del Estado es por lo general restringido» (parágrafo 78).

³¹ FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E. (dirs.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del

2. Negativa al acceso al diagnóstico genético preimplantacional

En esta materia resulta ilustrativo el caso *Costa y Pavan c. Italia* (2012)³². Se trata de una pareja italiana que, tras el nacimiento de su primer hijo, descubre que son portadores sanos de fibrosis quística, por lo que deciden recurrir al diagnóstico genético preimplantacional (DGP) para su segundo hijo, modificando genéticamente el embrión a los efectos de impedir que padezca la misma enfermedad que el primero. Sin embargo, la legislación italiana prohíbe el DGP a aquellas parejas que no cumplen el requisito de esterilidad. Ante esta situación, la única opción de los demandantes era recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo, dado que el aborto eugenésico se encuentra permitido en la legislación italiana. La Corte entendió que la solución legal resultaba desproporcionada y, sobre todo, subrayó la incoherencia de reconocer la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo de carácter eugenésico, como consecuencia de la futura tara del *nasciturus*, y, en cambio, prohibir el acceso al DGP. El Tribunal concluye que la prohibición del DGP con carácter preventivo excede del margen de apreciación nacional y, consecuentemente, condena por daño moral al Estado italiano.

3. Negativa a la filiación en los supuestos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero: posición inicial

La Corte de Estrasburgo ha analizado la cuestión de la determinación de la filiación en favor de los comitentes europeos en relación con los nacidos a resultas de la gestación subrogada en un país distinto del de origen, cuando en este último dicha TRA se encuentra prohibida. En primer término, debemos referirnos a dos sentencias de la misma fecha: las relativas a los casos *Mennesson c. Francia* (2014)³³ y *Labassee c. Francia* (2014)³⁴, resueltas en los mismos términos. En ambos supuestos se trata de menores que fueron gestadas mediante subrogación comercial en California y Minnesota, respectivamente, con óvulos donados y espermatozoides del padre comitente. Tras su nacimiento, las niñas pasan a residir en Francia con los comitentes, pero se les deniega la filiación porque la gestación subrogada estaba prohibida en el ordenamiento francés y porque, en ninguno de los dos casos, la mujer tenía capacidad para gestar. Ante esta situación, dos eran las soluciones posibles: reconocer la filiación, disociando gestación y paternidad, o denegarla, en la medida en la que el Estado de origen de los progenitores la prohíbe.

Ministerio de Justicia, núm. 2179, 2015, p. 187. En este sentido, EIJKHOLT, M., «The right to procreate is not aborted. Dickson v. United Kingdom», *Medical Law Review*, núm. 16, 2008, p. 293, ha criticado el casuismo de la sentencia Dickson, que fracasó en el intento de dejar sentado con carácter general un concepto sobre el derecho a la procreación.

³² STEDH de 28 agosto de 2012 (TEDH 2012\72).

³³ STEDH de 26 junio de 2014 (JUR 2014\176908).

³⁴ STEDH de 26 junio de 2014 (JUR 2014\176905).

Para resolver la polémica cuestión, cabe tener en cuenta que si la gestación subrogada es nula de pleno derecho en un determinado país, la consecuencia no podría ser otra que la falta de producción de efecto alguno, al amparo del viejo brocardo *quod nullum est, nullum effectum producit*. Sin embargo, en esta ocasión el TEDH reconoció la filiación de las niñas en favor de los comitentes, si bien no en aplicación del derecho a la vida privada de los padres intencionales (artículo 8 CEDH), sino en el de las propias menores que asocia con su derecho a la identidad. El Tribunal considera que debe prevalecer el superior interés del menor a tener padres, considerando que la negativa francesa a reconocer la filiación era contraria al CEDH, al exceder del margen de apreciación nacional. La sentencia condena a Francia a indemnizar el daño moral causado a cada una de las menores implicadas, que tenían catorce y trece años cuando la Corte resolvió el caso. En este sentido, la doctrina española más autorizada ha destacado que 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 privada³⁵.

IV. CASOS DE RECONOCIMIENTO DE UN AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

1. Revocabilidad del consentimiento

Un primer supuesto en el que se reconoce un amplio margen de apreciación es el resuelto en el caso *Evans c. Reino Unido* (2007)³⁶. Natalie Evans, que sufría cáncer de ovario, crioconservó seis embriones antes de que su relación de pareja finalizase. Pese a ello, Evans pretendía utilizar los embriones crioconservados para someterse a una fecundación *in vitro*, si bien su ex-pareja, haciendo uso de la facultad prevista en la legislación británica, revocó su consentimiento para tal utilización. La demandante alegó que era su última oportunidad de tener un hijo genético, al amparo del artículo 8 CEDH. También invocó un supuesto derecho a la vida de los embriones *ex* artículo 2 CEDH, argumento este último que no prosperó, dado que no se les reconoció la titularidad de tal derecho. Por su parte, el antiguo compañero sentimental adujo que no podía ser forzado a procrear. La Corte, sin entrar en el fondo del asunto, resolvió que, dada la falta de consenso europeo y el hecho de que las normas nacionales habían sido claras y puestas en conocimiento de la demandante, no había habido violación de artículo 8 CEDH, por lo que la solución británica entraba dentro del margen de apreciación nacional³⁷.

³⁵ FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», ob. cit., p. 193.

³⁶ STEDH de 10 abril de 2007 (JUR 2007\101309).

³⁷ Para FARNÓS AMORÓS, E., «Evans v. The U.K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2007, p. 5, de la propia decisión se deduce que la solución alcanzada no era la única posible en los

2. Prohibición de donación de gametos

En relación a esta cuestión, debe efectuarse necesaria referencia al importante caso *S.H. y otros c. Austria* (2011)³⁸, que constituye a nuestro juicio la más significativa manifestación de la ampliación jurisprudencial del margen de apreciación. Debe partirse de la premisa de que la legislación austriaca prohíbe la donación de gametos, ya sean óvulos o espermatozoides, para la práctica de la fecundación *in vitro*. Ante dicha prohibición legislativa, los demandantes acudieron al TEDH por entender que la ley nacional vulneraba su derecho al respeto a la vida privada (artículo 8 CEDH) y su derecho a la igualdad (artículo 14 CEDH) en la medida que se trataba de las únicas TRA que permitían a las dos parejas recurrentes tener hijos genéticamente relacionados. La cuestión radicaba, por tanto, en si cabía entender esta prohibición dentro del margen de apreciación nacional. En este asunto, frente a la sentencia de instancia estimatoria, la Gran Sala considera dicha prohibición dentro del margen de apreciación, por lo que serían admisibles tanto las políticas restrictivas, caso de Austria que prohíbe la donación de gametos, como las permisivas³⁹. Así las cosas, la ausencia de un consenso europeo identificable de largo recorrido permitiría entender que la legislación austriaca no excede del margen de apreciación nacional⁴⁰.

Pero no solo eso, sino que, además, incorpora un argumento peligroso y, en nuestra opinión, teñido de hipocresía ética, al indicar que la ley austriaca no prohíbe acudir al extranjero en busca de tratamiento contra la infertilidad que comprenda TRA no permitidas en Austria⁴¹. Dicha justificación, que a nuestro juicio pone de relieve una doble moral, ha sido duramente criticada en la doctrina en tanto constituye una invitación por parte del TEDH al turismo reproductivo que, lógicamente, produce inequidad y elitismo en el acceso, como

términos de la Convención, de modo que sin superar los límites de la misma cabían ciertas excepciones a la regla de la revocabilidad.

³⁸ STEDH de 3 de noviembre de 2011 (JUR 2011\369437).

³⁹ KETE, D., «Case of S.H. and Others v. Austria: Practical Concern over Individual Rights», *Boston College International and Comparative Law Review*, sup. 47, vol. 36, núm. 3, 2014, p. 59, critica el confuso precedente que la sentencia supone («The court, in limiting its decision to a respect for Austrian law based on the wide margin of appreciation afforded to nations when there is no European consensus on an issue, created a confusing precedent»).

⁴⁰ El Tribunal señala que «existe actualmente una clara tendencia en la legislación de los Estados contratantes a permitir la donación de gametos con fines de fecundación *in vitro*, lo que refleja un consenso europeo emergente. Sin embargo, este consenso emergente no se basa en principios establecidos y de larga duración recogidos en la legislación de los Estados miembros, sino que refleja una etapa de desarrollo en un ámbito jurídico particularmente dinámico y no reduce de manera decisiva el margen de apreciación del Estado» (párrafo 96). Finalmente destaca que «aun cuando no encuentre infracción del artículo 8 en el presente caso, el Tribunal considera que este campo, en el que el Derecho parece estar en constante evolución, que se encuentra sujeta a un desarrollo particularmente dinámico en el ámbito científico y jurídico, debe mantenerse en examen por los Estados contratantes» (párrafo 118). [Traducción del autor].

⁴¹ En la versión inglesa original: «In this connection the Court also observes that there is no prohibition under Austrian law on going abroad to seek treatment of infertility that uses artificial procreation techniques not allowed in Austria».

más tarde volveremos a poner de manifiesto⁴². En todo caso, se ha destacado que la decisión de *S.H. y otros c. Austria* tendrá varias consecuencias: la diversidad jurídica europea persistirá, no se reconocerá el derecho básico a la procreación para las parejas que necesitan gametos donados en Europa y la atención reproductiva transfronteriza seguirá siendo la única opción para muchos pacientes⁴³.

3. Incautación por las autoridades nacionales de embriones crioconservados

Un asunto de menor enjundia, dado que se produjo una desaparición sobrevenida del objeto y no llegó al conocimiento de la Gran Sala, es el caso *Knecht c. Rumanía* (2012)⁴⁴, que trae causa una investigación penal dirigida frente a centros rumanos no autorizados, entre los que se encontraba la clínica privada a la que acudió la demandante para someterse a un proceso de fecundación *in vitro* con embriones sobrantes que fueron crioconservados. En el marco de esta investigación, las autoridades nacionales decidieron poner los embriones bajo la custodia de una institución estatal, negándose en primera instancia el centro depositario a entregárselos a la demandante para su traslado a otro centro. La recurrente alegaba que esta medida vulneraba su derecho a la vida privada y familiar, si bien el TEDH considera que la medida de las autoridades nacionales se encontraba justificada legalmente y 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. Además, como en *S.H. y otros c. Austria*, se reitera que «la tarea del Tribunal no es sustituir él mismo a las autoridades nacionales competentes en la determinación de la política más adecuada para regular las cuestiones de fertilización artificial, respecto principalmente a los procedimientos a seguirse o a las autoridades que participen y en qué medida, especialmente cuando la utilización de tratamiento de fecundación *in vitro* planteó y sigue planteando hoy sensibles cuestiones morales y éticas, en un contexto de avances médicos y científicos rápidos».

⁴² JACKSON, E., «S.H. and Others v. Austria», *Reproductive Bio Medicine Online*, vol. 25, núm. 7, 2012, p. 663, se pregunta con ironía cómo es posible que, si el margen de apreciación es tan importante para los Estados miembros, sus ciudadanos puedan a través de una sencilla ruta acceder al tratamiento prohibido («If the margin of appreciation is so important to member states, isn't it a little odd that their citizens are simultaneously given a simple route through which they can access the banned treatment?»). También en contra del argumento de la sentencia, por razones de coherencia entre lo que se prohíbe internamente y se permite en el exterior, COHEN, I.G., «S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism», *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 25, núm. 7, 2012, p. 662. El argumento también ha merecido la crítica de STORROW, R.F., «Judicial review of restrictions on gamete donation in Europe», *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 25, núm. 7, 2012, p. 657, para quien la referencia a la posibilidad de reproducción transfronteriza socava la integridad de la decisión del TEDH. En nuestro país, se posiciona igualmente de forma crítica FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», ob. cit., p. 188.

⁴³ VAN HOOFF, G. y PENNING, G., «The consequences of S.H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgments», *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 25, núm. 7, 2012, p. 667.

⁴⁴ STEDH de 2 octubre de 2012 (TEDH 2012\88).

4. Denegación de la entrada en territorio nacional de niño nacido a resultas de gestación por subrogación

En el caso *D. y otros c. Bélgica* (2014)⁴⁵, las autoridades belgas rechazaron autorizar la llegada al territorio nacional de un niño nacido en Ucrania a resultas de un contrato de gestación subrogada. Los demandantes, D. y R., eran nacionales belgas casados que viajaron a Ucrania para celebrar un contrato de gestación por sustitución. La negativa de las autoridades belgas a expedir un documento de viaje para el niño, dio lugar a la separación temporal de los demandantes y del niño, por lo que los comitentes invocaron la violación del artículo 8 CEDH, al constituir la negativa estatal una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar. Sin embargo, el TEDH desechó tal argumento, considerando que la injerencia estaba prevista por la ley y perseguía varios objetivos legítimos, en particular la prevención del tráfico de seres humanos y la protección de los derechos de los demás, en este caso los de la madre sustituta y, en cierta medida, los del niño. En este sentido, se consideró que los posibles controles previos a la llegada a territorio nacional quedaban incluidos en el amplio margen de apreciación del que disfrutaban los Estados miembros. En este caso, resulta interesante comprobar que Bélgica, muy probablemente para evitar tener que enfrentarse al problema de la determinación de la filiación del niño, estableció controles previos, dificultando su entrada en el territorio nacional, lo que, a nuestro juicio, supone un exceso que, sin embargo, la Corte ampara al abrigo del reconocimiento de un generoso margen de apreciación.

5. Prohibición de donación de embriones con fines de investigación

En el caso *Parrillo c. Italia* (2015)⁴⁶ se ventila la admisibilidad de la prohibición de donación de embriones con fines de investigación. La señora Parillo era una ciudadana italiana que, junto a su pareja, generó una serie de preembriones criopreservados para una futura fecundación *in vitro*. Antes de la transferencia embrionaria, el compañero de la demandante fallece, situación ante la cual decide donarlos a la ciencia, pese a la prohibición de la legislación italiana, que no lo permite. La recurrente acude al TEDH, que entiende que, ante la falta de consenso europeo sobre una cuestión tan sensible, Italia ha actuado dentro de su margen de apreciación. El caso se desmarca así de otros resueltos en distinto sentido (en especial, *Costa y Pavan c. Italia*), si bien al no implicar la donación una futura maternidad no afectaba a un aspecto especialmente importante de la existencia de la recurrente⁴⁷. En definitiva, se considera que no existe violación del artículo 8 CEDH ante el

⁴⁵ Se trata de una sentencia de la Sección 2.ª del TEDH de 8 de julio de 2014 (29176/13).

⁴⁶ STEDH de 27 agosto de 2015 (JUR 2015\204860).

⁴⁷ *Vid.* sobre el asunto de fondo, CASINI, M.; CASINI, C.; MEANEY, J.; SULEKOVÁ, M. y SPAGNOLO, A. G., «Object of Property or Human Being? The Status of the Human Embryo before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (Case Parrillo v. Italy)», *Medical, Ethics & Bioethics*, vol. 21, núms. 1-2, 2014, pp. 2-13.

amplio margen de apreciación nacional derivado de la ausencia de consenso europeo, unido a la circunstancia de la inexistencia de evidencia alguna de que la pareja fallecida hubiera querido destinar los embriones a la investigación médica.

6. El reciente triunfo del ensanchamiento del margen: negativa a la filiación en los supuestos de gestación subrogada sin vínculo genético

Existe un supuesto que viene a resumir gráficamente cuanto venimos señalando en relación con el progresivo ensanchamiento del margen de apreciación nacional y que, por ello, debe ser analizado con mayor detenimiento. Se trata del lacerante caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*. Una pareja casada italiana celebra un contrato de gestación subrogada con una agencia rusa, tras someterse sin éxito en varias ocasiones en su país a tratamientos de fecundación *in vitro*. La diferencia con respecto a los casos *Mennesson* y *Labassee*, en los que el semen procedía del padre comitente, radicaba en que a la gestante le fueron implantados los embriones creados mediante gametos donados, sin que existiera, por tanto, participación genética de ninguno de los dos progenitores. Tras el nacimiento del menor y el regreso de la pareja a Italia, las autoridades nacionales se niegan a reconocer la filiación, al considerar que era una fecundación heteróloga y, por tanto, contraria al orden público italiano. La situación era realmente dramática porque las autoridades italianas no solo se negaban a reconocer la filiación, sino que, a los siete meses de su nacimiento, el menor fue puesto bajo la guarda de los servicios sociales, impidiéndose el contacto con la pareja comitente. Nos encontramos ante una solución, desde una perspectiva formalista, aparentemente coherente: si la gestación subrogada es nula de pleno derecho y resulta contraria al orden público italiano, no sería posible reconocer la filiación de los niños nacidos a través de ella y, en consecuencia, su guarda no puede recaer sobre los padres comitentes, en tanto que no son sus padres legales. Posteriormente, en 2013 y con su filiación pendiente de determinación, el menor, que contaba ya con dos años, fue acogido por una familia con el fin último de ser adoptado.

La controversia se resolverá por la Sección 2.^a en 2015 [STEDH de 27 enero de 2015 (TEDH 2015\17)], entendiendo la Corte que, en este caso concreto, incluso sin vinculación genética de los futuros progenitores, existe una violación del derecho a la vida familiar y privada de los comitentes. En este sentido, la sentencia de instancia indica que el Tribunal debe considerar los vínculos familiares *de facto*, al tener en cuenta que los demandantes pasaron con el niño los primeros momentos importantes de su joven vida: seis meses en Italia, a partir del tercer mes del niño⁴⁸. De esta forma, se concluye que la actuación italiana fue desproporcionada, debiendo prevalecer el superior interés del menor, de modo que «la referencia al orden público no puede constituir sin embargo una carta blanca para cualquier

⁴⁸ Aunque el periodo como tal era relativamente corto, el Tribunal consideró que los demandantes se comportaron con el niño como sus padres y concluye la existencia de una vida familiar *de facto* entre los demandantes y el niño.

medida, porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño corresponde al Estado independientemente de la naturaleza del vínculo parental, genético u otro». Por ello, se condena a Italia a indemnizar el daño moral causado a la pareja comitente. A pesar de resultar de escasa cuantía⁴⁹, se trata de una de las mayores indemnizaciones por daño moral de los últimos tiempos y ello porque, cuando la Corte se pronunció, la situación era ya irreversible: el niño ya estaba adoptado, tras el acogimiento preadoptivo que tuvo lugar en 2013. Sin embargo, el pronunciamiento judicial abrió una vía muy interesante dado que, por vez primera, el Tribunal reconoce que habría que determinar la filiación en relación con los padres del Estado de origen con independencia del vínculo genético, yendo más allá de los casos decididos en 2014 en relación con Francia.

No obstante, el TEDH no iba a quedar inmune a la progresiva tendencia de ampliación del margen que venimos denunciando. En efecto, en la reciente STEDH de 24 enero de 2017 (JUR 2017\25806) dictada en el caso *Paradiso y Campanelli*, la Gran Sala revoca la sentencia de instancia, declarando que Italia no violó el artículo 8 CEDH, habida cuenta de la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los comitentes, de la corta duración de la relación con el niño y de la incertidumbre de los vínculos jurídicos entre ellos, a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de los lazos afectivos. En este sentido, Estrasburgo no verifica la concurrencia en el caso de «vida familiar» entre los comitentes y el niño, en los términos del artículo 8 CEDH.

De forma contradictoria a nuestro juicio, la Corte reconoce, sin embargo, que los hechos del caso afectaban al derecho al respeto a la vida privada de los padres comitentes, aunque, por la ilegalidad en que incurrieron los comitentes, se considera proporcionada la decisión de privarles de la custodia del niño. En este sentido, la Corte valoró especialmente el hecho de que la conducta de los comitentes violentaba la legislación italiana en materia de adopción y de técnicas de fecundación artificial.

En opinión de la Gran Sala, las autoridades italianas, habiendo llegado a la conclusión de que el niño no sufriría un perjuicio grave o irreparable como resultado de la separación de la pareja italiana, habrían alcanzado un equilibrio justo entre los diferentes intereses en juego, manteniéndose dentro del margen de apreciación nacional. Por ello, para la Corte, las medidas adoptadas por los tribunales italianos tuvieron el legítimo objetivo de prevenir un desorden y proteger los derechos y libertades de otros. En este punto, considera legítimo el deseo de las autoridades nacionales de reafirmar la competencia exclusiva del Estado para reconocer las relaciones paterno-filiales, en el caso italiano sobre la sola base de la existencia de un vínculo biológico o una adopción legal, con la intención de proteger a los niños. En este sentido, puede apreciarse que el pretendido superior interés del menor, argumento para justificar el amparo en otros supuestos, es empleado también aquí, pero en sentido contrario.

⁴⁹ Veinte mil euros, más las cargas fiscales correspondientes en concepto de daño moral, cantidad a la que habría de añadirse diez mil euros en concepto de gastos y costas.

Parece claro que el nuevo pronunciamiento rompe no solo con el planteamiento de la primera instancia, sino también con la doctrina sentada en *Menneson y Labassee*, si bien es cierto que en estos casos la subrogación era diferente, al aportar el padre intencional el material seminal. Queda pendiente saber si *Paradiso* constituirá un *leading case*, como mucho nos tememos, cuya doctrina sea extendida por la Gran Sala para casos similares que se encuentran pendientes de decisión⁵⁰.

Sea como fuere, la solución adoptada constituye, a nuestro parecer, un grave error jurisprudencial, dado que el reconocimiento de un amplio margen en esta materia no va a hacer sino incrementar los problemas reales ante el hecho consumado del nacimiento, resultando inútil, desde una perspectiva práctica, la formalista invocación de la nulidad de pleno derecho del contrato en el ordenamiento interno⁵¹. La reciente sentencia refuerza, aún más si cabe, la acuciante necesidad de una mínima armonización internacional en materia de reconocimiento en origen de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero⁵². De lo contrario, la amplitud del exorbitante margen concedido puede provocar *de facto* tres diferentes situaciones: a) Estados en los que la gestación subrogada sea admisible y, por tanto, reconozcan la filiación en favor de los comitentes; b) Estados en los que sea nula, pero reconozcan la filiación en caso de que el tratamiento se haya realizado en el extranjero; y c) Estados en los que también se reputa nula y, además, no determinen la filiación con los comitentes. La admisibilidad de esta heterogeneidad de posibilidades, fruto de la amplísima discrecionalidad legislativa nacional, no parece el mejor contexto para satisfacer el superior interés del menor.

V. ÚLTIMOS DESARROLLOS JURÍDICO-POSITIVOS: HACIA LA INDESEABLE AMPLIACIÓN DEL MARGEN

1. La primera advertencia: la Declaración de Brighton de 2012

La existencia de un conjunto de países refractarios a la influencia de las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo en las legislaciones nacionales quedó claramente reflejada en

⁵⁰ *Laborie c. Francia* (n.º 44024/13), *Foulon c. Francia* (n.º 9063/14) y *Bouvet c. Francia* (n.º 10410/14).

⁵¹ Se ha señalado que esta sentencia envía un mensaje desalentador, por no decir intimidante, a las parejas que no pueden acceder a las tecnologías reproductivas en sus países de origen y desean viajar con fines reproductivos a otros lugares, ya que el posterior reconocimiento nacional puede ser rechazado por estar en contra del Derecho positivo y el orden público. *Vid.*, IGNOVSKA, E., «Paradiso and Campanelli v. Italy: Lost in Recognition. Filiation of an Adopted Embryo born by Surrogate Woman in a Foreign Country». *Strasbourg Observers*, 4 de Abril de 2017, Disponible en: <<https://strasbourgobservers.com/2017/04/04/paradiso-and-campanelli-v-italy-lost-in-recognition-filiation-of-an-adopted-embryo-born-by-surrogate-woman-in-a-foreign-country/>> [Consultado el 17/5/17].

⁵² 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 c. Italia*, FARNÓS AMORÓS reivindica con sumo acierto la necesidad de legislar a nivel interno e internacional para proteger mejor y con carácter *ex ante* los distintos intereses en juego (FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», ob. cit., p. 195).

la Conferencia de Alto Nivel sobre el Futuro del TEDH promovida por el Reino Unido y celebrada en Brighton el 19 y 20 de abril de 2012. En el contexto de la Conferencia se adoptó la denominada Declaración de Brighton que contiene la propuesta británica sobre el futuro papel que debiera jugar el TEDH. En este sentido, la Declaración contiene buenas y corteses palabras, pues describe el CEDH como un sistema exitoso de protección de los derechos humanos, tanto a nivel nacional como supranacional, y califica el margen de apreciación como una forma de diálogo entre el TEDH y los tribunales nacionales⁵³. Sin embargo, no cabe duda a nuestro juicio de que el verdadero objetivo de la Declaración es bien distinto: persigue fortalecer el margen nacional.

En este sentido, resulta ilustrativo que el texto considere que el sistema del Convenio es subsidiario de la salvaguardia de los derechos humanos a nivel nacional y, recogiendo la vieja doctrina de la *better position*, sostenga que las autoridades nacionales están, en línea de principio, mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales. A este respecto, la función de la Corte se reduciría a examinar si las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales son compatibles con el CEDH, teniendo debidamente en cuenta el margen de apreciación del Estado⁵⁴. Por todo ello, la Conferencia exige la positivización del margen y «anima» (*sic*) a la Corte a «dar una gran importancia a estos principios [subsidiariedad y margen de apreciación] en sus sentencias», concluyendo que «la transparencia y la accesibilidad de los principios de subsidiariedad y margen de apreciación deberían reforzarse mediante su inclusión expresa en el Convenio»⁵⁵.

2. La positivización del margen de apreciación en 2013: el Protocolo n.º 15 al Convenio Europeo de Derechos Humanos

Brighton producirá pronto sus frutos. La tendencia al ensanchamiento del margen de apreciación nacional tiene una nueva vuelta de tuerca como consecuencia de la adopción de un nuevo protocolo al CEDH: el Protocolo n.º 15, de 16 de mayo de 2013⁵⁶. Por vez

⁵³ *Vid.* FRANTZIOU, E., «The margin of appreciation doctrine in European human rights law». UCL Policy Briefing, octubre 2014. Disponible en: <<https://www.ucl.ac.uk/european-institute/analysis/2014-15/europe-briefing-margin>> [Consultado el 17/5/2017].

⁵⁴ La Declaración así lo indica literalmente: «This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system. In this respect, the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State's margin of appreciation».

⁵⁵ «The Conference therefore: [...] encourages the Court to give great prominence to these principles (subsidiarity and the margin of appreciation) in its judgments; concludes that the transparency and accessibility of the principles of subsidiarity and the margin of appreciation should be enhanced by their express inclusion in the Convention».

⁵⁶ El Protocolo n.º 15 no se encuentra aún vigente. Entrará en vigor tres meses después de que todos los Estados parte del CEDH lo hayan ratificado. Sobre el protocolo, *vid.*, LÓPEZ GUERRA, L.M., «Los Protocolos

primera se fija, desde la perspectiva jurídico-positiva, la doctrina del margen de apreciación nacional, al ordenar el artículo 1 del nuevo protocolo la inclusión de un párrafo final en el preámbulo del CEDH del siguiente tenor:

«Las Altas Partes Contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad primordial de proporcionar los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus Protocolos, y, al hacerlo, disponen de un margen de apreciación, sujeto a la jurisdicción de control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido en la presente Convención».

Hasta ese momento, la doctrina del margen de apreciación nacional, era tan solo una construcción jurisprudencial del TEDH. Cuando el protocolo entre en vigor, pasará a convertirse en parte integrante del preámbulo del CEDH, con la consiguiente carga simbólica y hermenéutica que ello representa. Estamos asistiendo, por lo tanto, al desarrollo de una tendencia equivalente a la que presentan otras políticas europeas, progresivamente impregnadas por el principio de subsidiariedad. En este sentido, resulta curioso que, si bien el Reino Unido continúa perteneciendo al Consejo de Europa y es parte firmante del CEDH, un país que ha acabado abandonando la Unión Europea haya sido capaz de imponer su criterio en esta materia. Se trata, en definitiva, de una más de las paradojas del *Brexit*⁵⁷.

VI. VALORACIÓN RESULTANTE: NECESIDAD DE ESTRECHAMIENTO DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y DE ARMONIZACIÓN DE ESTÁNDARES MÍNIMOS

A favor de un amplio margen de apreciación en materia reproductiva se ha defendido que la diversidad cultural y las diferencias de opinión entre los Estados miembros del Consejo de Europa no permitirían una legislación uniforme. Ello justificaría que la regulación de las cuestiones privadas de índole ético se atribuyese necesariamente a los parlamentos nacionales, de modo que la doctrina del margen permitiría así un cierto espacio para la diferenciación. Para los militantes de esta posición, cuyo principal referente doctrinal ha sido

de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 49, 2014, pp. 11-29. También puede consultarse el informe explicativo disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf [Consultado el 17/5/17].

⁵⁷ Si bien el *Brexit* afecta tan solo al ámbito de la Unión Europea y no del Consejo de Europa, resulta claro que constituye una enmienda a la totalidad de la europeización de las políticas nacionales, entre las que se encuentran las relativas a los derechos humanos. No es descartable, pues, que el abandono acabe afectando a la posición del Reino Unido en relación con el CEDH. Esta onda expansiva de largo alcance que el *Brexit* representa se ha puesto de manifiesto en la propia posición del Reino Unido, que ha introducido dentro de la negociación de la salida aspectos también ajenos al ámbito comunitario como su cooperación en materia de seguridad con el resto de países europeos. Véase al respecto, la declaración oficial de la primera ministra británica de 17 de enero de 2017. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/speeches/the-governments-negotiating-objectives-for-exiting-the-eu-pm-speech> [Consultado el 17/5/17].

Pennings⁵⁸, el turismo reproductivo, o si se prefiere una denominación menos comercial, la reproducción transfronteriza, constituiría una «válvula de seguridad» que reduciría el conflicto moral y expresaría, además, un mínimo reconocimiento de la autonomía moral de los demás⁵⁹. Desde esa posición, se critica, finalmente, que, en realidad, la armonización de criterios en esta materia podría ser un «lobo con piel de cordero»⁶⁰ que provocaría más problemas que soluciones. Incluso se ha señalado que una armonización en el fondo equivaldría a una verdadera uniformización⁶¹.

Frente a dicha postura, apostamos por reconducir la actual deriva de la jurisprudencia del TEDH en una doble dirección. En primer término, estrechando el margen de apreciación nacional. A nuestro juicio, resulta demostrable que un amplio margen genera efectos indeseables. El primero de ellos es la impredecibilidad de las resoluciones judiciales de Estrasburgo⁶², con el consiguiente efecto de inseguridad jurídica que ello provoca⁶³. De hecho, la Corte utiliza el concepto de margen de apreciación para llegar en ocasiones a conclusiones diferentes. En este sentido, debe ponerse de manifiesto cómo utiliza un margen estrecho para declarar violaciones de derechos humanos en cuestiones políticas, como sucede en las demandas formuladas tradicionalmente frente a países como Turquía⁶⁴, y, sin embargo, no tiene reparo en expandirlo en materia reproductiva. Por otra parte, Estrasburgo también peca de incoherencia: el margen se invoca en unos casos y se desecha en otros

⁵⁸ Especialmente desde la publicación de PENNINGS, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human Reproduction*, vol. 19 núm. 12, 2004, pp. 2689-2694. También a favor del margen, si bien en relación con los derechos del feto, BRAAKE, T., «Late Abortion and The European Convention For Human, Rights», *Medicine and Law*, vol. 18, núm. 4, 1999, p. 612, y WILLIAMS, G., «The Fetus And The “Right To Life”», *Cambridge Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 1994, p. 80.

⁵⁹ PENNINGS, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», ob. cit., p. 2694. En PENNINGS, G., «Reproductive tourism as moral pluralism in motion», *Journal of Medical Ethics*, núm. 28, 2002, pp. 337-341, el autor se refiere a lo que denomina «tolerancia externa», de modo que el margen de apreciación quedaría compensado con la posibilidad de turismo reproductivo. Por ello, defiende que «a certain norm is applicable and applied in society as wanted by the majority while simultaneously the members of the minority can still act according to their moral view by going abroad». De esta manera, permitir a la gente obtener asistencia en el extranjero sería manifestación de un respeto mínimo de carácter absoluto a su autonomía moral («allowing people to look abroad demonstrates the absolute minimum of respect for their moral autonomy»).

⁶⁰ En efecto, PENNINGS se pregunta si la armonización no es, en realidad, «a wolf in sheep's clothing» (PENNINGS, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», ob. cit., p. 2692).

⁶¹ «They say harmonization but they mean uniformization» (PENNINGS, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», ob. cit., p. 2689).

⁶² *Vid.* BRAUCH, J.A., «The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: threat to the rule of law», ob. cit., p. 147.

⁶³ En este mismo sentido, DÍAZ DE VALDÉS, J. M., «Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos», *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 18, 2008, pp. 100-101, ha criticado que «la doctrina del margen de apreciación se amplía al punto de perder contenido real, y cada caso se termina resolviendo de acuerdo a sus circunstancias particulares, contribuyendo muy poco a aumentar la certeza jurídica en esta área».

⁶⁴ Por ejemplo, el caso *Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c. Turquía* (1998), decidido en la STDH de 30 de enero de 1998 (TEDH 1998\1).

similares⁶⁵. Los asuntos *Menneson* y *Paradiso* (la sentencia de 2015 procedente la Sección 2.^a) constituyen un buen ejemplo al respecto, pues en este último no existe mención alguna al margen como fundamento de la decisión⁶⁶.

Por otra parte, seguimos sin saber a ciencia cierta qué es el «consenso europeo identificable», a cuya ausencia suele abrazarse el TEDH para reconocer un generoso margen de apreciación a los Estados. El consenso no debe en ningún caso confundirse con el margen de apreciación, sino que se trata de un factor para permitir la aplicación de este último de manera más o menos amplia. El problema radica en que se desconocen los parámetros para medirlo. Pudiera parecer que se trata de una tendencia legislativa (caso *Sheffield c Reino Unido*, 1998)⁶⁷, pero en otros asuntos la Corte parece referirse al consenso también como una tendencia social (caso *Frette c. Francia*, 2002). A mayor abundamiento, la Corte tampoco ha especificado qué porcentaje de Estados miembros deberían reconocer un derecho para entender que existe un cierto *status* de consenso. Por si fuera poco, el consenso exigible a veces tiene poco de «europeo»: el TEDH tiene la costumbre de justificar sus tesis mencionando en ocasiones la legislación de otros países no europeos, especialmente los de la *Commonwealth*⁶⁸. Tampoco existe un test claro que permita una identificación del consenso europeo en materia reproductiva⁶⁹, lo que deja a los Estados en una inmejorable situación para aplicar su propia concepción nacional del derecho humano en cuestión. La técnica del consenso europeo presenta, a nuestro juicio, un último problema: del mismo se desprende un concepto de los derechos humanos de naturaleza evolutiva, porque el eventual cambio normativo de carácter mayoritario modularía la amplitud del derecho humano afectado. En definitiva, nos atrevemos a afirmar que el denominado «consenso europeo identificable», en muchas ocasiones, ni es realmente consenso, ni es europeo ni resulta posible de identificar.

Asimismo, conviene resaltar que extender la amplitud del margen implica de hecho fomentar soluciones alternativas a las restricciones nacionales, traducándose bien en clandestinidad, bien en turismo reproductivo⁷⁰. Respecto a este último debe insistirse en la

⁶⁵ En el mismo sentido, KRATOCHVÍL, J., «The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights», ob. cit., p. 343.

⁶⁶ PUPPINCK, G. y DE LA HOUGUE, C., «Paradiso and Campanelli v Italy: The ECHR validates the sale of a child through surrogacy», *Revue Lamy Droit Civil* (Translation from French), núm. 126, 2015, p. 45.

⁶⁷ PATERNOTTE, J., «The Margin of Appreciation under fire », ob. cit., p. 34.

⁶⁸ A título de ejemplo, Australia y Nueva Zelanda, en el caso *Christine Goodwin c. Reino Unido* (2002), o Canadá y Sudáfrica, en el caso *Hirst c. Reino Unido*, n.º 2 (2005). Es lo que se ha llamado gráficamente la *Commonwealth's inspiration* (PATERNOTTE, J., «The Margin of Appreciation under fire », ob. cit., p. 36).

⁶⁹ KRATOCHVÍL, J., «The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights», ob. cit. p. 346: «Unfortunately, in most cases where no width of the margin was identified, there was no concrete test that the Court used in deciding whether a violation of the Convention had occurred». Por ello, el autor reclama la existencia de un test (pp. 351-353).

⁷⁰ Para FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 36, 2016, p. 109, «en un contexto globalizado, en que el 'turismo reproductivo' ya permite evitar las legislaciones restrictivas, es necesario

inequidad que genera, dado que, al depender de la situación económica de los interesados, solo aquellos que dispongan de recursos suficientes podrían ver satisfechos sus deseos de descendencia por medio de las TRA⁷¹. Las consecuencias de todo ello son la emergencia del elitismo reproductivo y de la desigualdad⁷², generando un *nuevo mercado europeo de fertilidad*, incompatible con una concepción universal de los derechos humanos. En todo caso, la utilización del turismo reproductivo como «válvula de seguridad moral» en realidad es apelar a una doble moral que permite fuera lo que se prohíbe puertas adentro, lo que no deja de ser, a nuestro parecer, éticamente inasumible⁷³.

La segunda dirección a la que apuntamos es la necesidad de armonización, como herramienta que *de facto* haga innecesario emplear la técnica del margen o al menos lo reduzca. En este sentido, entendemos que el principio de universalidad exige la adopción de estándares mínimos comunes para las heterogéneas legislaciones nacionales en materia de acceso a las TRA. De lo contrario, la flexibilidad del artículo 8 CEDH, en cuanto «precepto paraguas», podría quedar vacía en relación con la atención reproductiva.

Para llevar a cabo una armonización de mínimos, en línea de principio, diferentes opciones, no necesariamente incompatibles. Una primera solución consistiría en propiciar un espacio europeo de principios éticos de mínimos, adoptando en el seno del Consejo de Europa una suerte de convenio-marco, bien autónomo, bien como nuevo Protocolo al CEDH, que resultase ulteriormente implementable por los Estados firmantes mediante su transposición a los ordenamientos nacionales. Una segunda opción consistiría en concen-

reflexionar sobre el papel meramente simbólico que pueden acabar teniendo muchas de las legislaciones nacionales sobre reproducción asistida».

⁷¹ No cabría apelar de forma automática a la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, dado que únicamente reconoce el derecho a ser reembolsado de los gastos de la asistencia sanitaria prestada en el extranjero cuando dicha prestación está reconocida en la propia cartera nacional. Así, se infiere del artículo 7.1 *in fine*, cuando exige, en todo caso, que la asistencia sanitaria cuyo importe se reembolsa figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho en el Estado miembro de afiliación. Cuestión diferente sería que el Estado de afiliación reconozca la prestación, pero no prevea su efectiva prestación en territorio nacional.

⁷² Para FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», *ob. cit.*, p. 197, las consecuencias de la 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.

⁷³ LAMM, E., «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, p. 22, resume las preocupaciones esenciales que genera el turismo reproductivo, algunas de las cuales ya han sido resaltadas: sería solo una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo; resulta imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las madres y los niños, e implica y aumenta la probabilidad de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos. Además, dado que las prohibiciones legales suelen ser un reflejo del consenso social, es preocupante que algunos ciudadanos pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las normas sean más laxas. El turismo reproductivo también dejaría entrever la idea de que la reproducción humana es objeto del comercio.

trarse en la armonización de las condiciones de seguridad y calidad mediante la adopción de las oportunas directivas en el ámbito de la UE⁷⁴. Finalmente, una tercera posibilidad radicaría en propiciar la armonización a través de la autorregulación, promoviendo directrices y códigos de conducta no vinculantes pero comunes con la consideración de *Soft Law*⁷⁵.

En todo caso, conviene no olvidar que existen escasas normas sustantivas en materia de reproducción en el contexto comunitario. No hay, por ejemplo, una legislación de la UE que obligue a los Estados miembros a legalizar el aborto o a prohibir el tratamiento con gametos donados. En este tipo de cuestiones sensibles, los Estados miembros de la UE hasta la fecha jamás han estado dispuestos a transferir competencias a la Unión⁷⁶. De hecho, en materia de salud, la UE solo tiene atribuida una genérica competencia de coordinación⁷⁷ y en el ámbito del Derecho de familia carece de competencia alguna, salvo cuando se trate de medidas «con repercusión transfronteriza»⁷⁸. Tampoco la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷⁹ parece una sólida base sobre la que edificar la deseable armonización, dado que derechos conectados con el acceso a las TRA, como el derecho a la dignidad humana, el derecho a la integridad física o el derecho al respeto a la vida priva-

⁷⁴ Un ejemplo sería la Directiva 98/79/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre de 1998 sobre productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*.

⁷⁵ El término *Soft Law* no es homogéneo y resulta empleado con diferentes acepciones, si bien resulta comúnmente aceptado que su origen se encuentra en el Derecho internacional y que su paternidad debe atribuirse a Lord McNair, primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre 1959 y 1965, quien previamente había sido presidente de la Corte Internacional de Justicia durante el período 1952-1955. CHINKIN, C.M., «Normative Development in the International Legal System» en SHELTON, D. (ed.), *Commitment and compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford (Oxford University Press), 2000, p. 22. En este sentido, la doctrina ha recordado su naturaleza programática y principal en el ámbito internacional, de modo que originariamente designaba enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían operativos a través de su aplicación judicial pero que no estaban necesariamente exentos de una cierta juridicidad. También la expresión se empleaba para distinguir las proposiciones jurídico-internacionales *de lege ferenda* de las *de lege lata*. MAZUELOS BELLIDO, A., «*Soft Law* ¿mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pp. 1-2.

⁷⁶ KOFFEMAN, N.R., «Legal responses to cross-border movement in reproductive matters within the European Union», ob. cit., p. 3.

⁷⁷ Artículos 4.2.k), 6.a) y 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁷⁸ Artículo 81.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁷⁹ La cuestión del valor normativo de la Carta y su eficacia jurídica se resolvió en el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada en el DOUE el 7 de junio de 2016) que señala que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

da y familiar⁸⁰, solo son invocables en asuntos que resulten de la competencia de la UE⁸¹. Además, el derecho a la protección de la salud y a beneficiarse de la atención sanitaria, reconocido en el artículo 35 de la Carta, se subordina a «las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales».

Por ello, consideramos que el Consejo de Europa constituye una plataforma más adecuada para enunciar principios comunes en materia reproductiva que permitan la reducción del margen de apreciación de los Estados. En este contexto, el papel del TEDH va a ser crucial, si bien la coyuntura histórica actual no parece, desde luego, la más adecuada. En efecto, la ampliación del margen de apreciación nacional, también en el ámbito de la salud reproductiva, constituye una manifestación más de la crisis del proyecto europeo, tanto a nivel de la UE como del Consejo de Europa, de la progresiva emergencia de la soberanía regulatoria de los Estados y de la renacionalización del fenómeno sanitario. Pero, al menos, debemos ser conscientes de las consecuencias: la ampliación del margen de apreciación nacional supone un vaciamiento fáctico del contenido del CEDH y lleva consigo una degradación del marco europeo de derechos humanos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

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», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 18, 2014, pp. 1-32.

BRAAKE, T., «Late Abortion and The European Convention for Human, Rights», *Medicine and Law*, vol. 18, núm. 4, 1999, pp. 607-612.

BRAUCH, J.A., «The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: threat to the rule of law», *Columbia Journal of European Law*, núm. 113, 2004-2005, pp. 113-150.

CASINI, M.; CASINI, C.; MEANEY, J.; ŠULEKOVÁ, M. y SPAGNOLO, A. G., «Object of Property or Human Being? The Status of the Human Embryo before the

⁸⁰ Artículos 1, 3 y 7, respectivamente, de la Carta.

⁸¹ En efecto, el artículo 51.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que «las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión». El apartado 2 del precepto deja claro que «la presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados». En el mismo sentido, KOFFEMAN, N.R., «Legal responses to cross-border movement in reproductive matters within the European Union», ob. cit., p. 3.

- Grand Chamber of the European Court of Human Rights (Case Parrillo v. Italy)», *Medical, Ethics & Bioethics*, vol. 21, núms. 1-2, 2014, pp. 2-13.
- CHINKIN, C.M., «Normative Developmet in the Internacional Legal System», en SHELTON, D. (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the Internacional Legal System*, Oxford (Oxford University Press), 2000, pp. 21-42.
- COHEN, I.G., «S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism», *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 25, núm. 7, 2012, pp. 660-662.
- DÍAZ DE VALDÉS, J. M., «Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos», *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 18, 2008, pp. 69-104.
- EIJKHOLT, M., «The right to procreate is not aborted. Dickson v. United Kingdom», *Medical Law Review*, núm. 16, 2008, pp. 284-293.
- HODSON, L., «A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria», *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 1, 2011, pp. 170-179.
- KOFFEMAN, N.R., «Legal responses to cross-border movement in reproductive matters within the European Union» 2014. Disponible en: <<http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/workshop7.html>> [Consultado el 17/5/17].
- KRATOCHVÍL, J., «The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, núm. 3, 2011, pp. 324-357.
- FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción 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, pp. 93-112.
- FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E. (dirs.), «Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, 2015, pp. 175-202.
- FARNÓS AMORÓS, E., «Evans v. The U.K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2007, pp. 1-6.

- FRANTZIOU, E., «The margin of appreciation doctrine in European human rights law». *UCL Policy Briefing*, 2014. Disponible en: <<https://www.ucl.ac.uk/european-institute/analysis/2014-15/europe-briefing-margin>> [Consultado el 17/5/17].
- IGNOVSKA, E., «Paradiso and Campanelli v. Italy: Lost in Recognition. Filiation of an Adopted Embryo born by Surrogate Woman in a Foreign Country». *Strasbourg Observers*, 2017. Disponible en: <<https://strasbourgobservers.com/2017/04/04/paradiso-and-campanelli-v-italy-lost-in-recognition-filiation-of-an-adopted-embryo-born-by-surrogate-woman-in-a-foreign-country/>> [Consultado el 17/5/17].
- JACKSON, E., «S.H. and Others v. Austria», *Reproductive Bio Medicine Online*, vol. 25, núm. 7, 2012, pp. 663-664.
- KETE, D., «Case of S.H. and Others v. Austria: Practical Concern over Individual Rights», *Boston College International and Comparative Law Review*, sup. 47, vol. 36 núm. 3, 2014, pp. 47-60.
- LAMM, E, «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, pp. 1-49.
- MAZUELOS BELLIDO, A., «Soft Law ¿mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pp. 1-40.
- O'DONNELL, T.A., «The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 4, núm. 4, 1982, pp. 474-496.
- PATERNOTTE, J., «The Margin of Appreciation under fire-The evolution of the legal concept in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: has the margin of appreciation shrunk and will it increase after the Brighton conference?» Disponible en: <<http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjW4PeB7tPTAhVKbRQKHdPsCJwQFggiMAA&url=http%3A%2F%2Fdare.uva.nl%2Fcgi%2Farno%2Fshow.cgi%3Ffid%3D450946&usg=AFQjCNFqlBdLldScQtTFaTifAN4KA-ES0w>> [Consultado el 17/5/17].
- PENNINGS, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human Reproduction*, vol. 19, núm. 12, 2004, pp. 2689-2694.
- PENNINGS, G., «Reproductive tourism as moral pluralism in motion», *Journal of Medical Ethics*, núm. 28, 2002, pp. 337-341.
- PUPPINCK, G. y DE LA HOUGUE, C., «Paradiso and Campanelli v Italy: The ECHR validates the sale of a child through surrogacy», *Revue Lamy Droit Civil*, núm. 126, 2015, pp. 41-45.

- STORROW, R.F., «Judicial review of restrictions on gamete donation in Europe», *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 25, núm. 7, 2012, pp. 655-659.
- VAN HOOFF, G. y PENNING, G., «The consequences of S.H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgments», *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 25, núm. 7, 2012, pp. 665-669.
- WILLIAMS, G., «The Fetus And The “Right To Life”», *Cambridge Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 1994, pp. 71-80.
- YOUROW, H.C., *The margin of appreciation in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht (Martinus Nijhoff Publishers), 1996.