

COMENTARIO A LA Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª) Caso  
Costa y Pavan contra Italia. Sentencia de 28 agosto 2012 TEDH 2012\72

MIGUEL ANGEL CORTES MAULEÓN  
ABOGADO. MÉXICO

The techniques in human reproduction has to be treated from the family as a matter of public order law but without entailing restrictions to the fundamental rights of individuals in the exercise of his development of his will as person and as parents, especially when there is an individual and joint consent which is recognised when after the birth register to his descendant in the registry. In this way produces a true respect for the right to privacy which is reflected in the right of a couple to conceive a child by making use of techniques in the particular case of human reproduction. Because denial of the use of such techniques affects the private and family life, and would not be included in the right to respect for the decision of breaking with the existence of a fair balance between public and private interests concurrent as laid down in article 8 of the Convention for protection of fundamental rights and freedoms of 1999.

Esta sentencia hace referencia específica a las parejas en las que el hombre es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual (como el virus V.I.H., hepatitis B y C) al objeto de permitirles procrear hijos sin el riesgo de transmitir la enfermedad vírica a la mujer o al feto fecundado por medios naturales.

Las consecuencias de tal sistema sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los demandantes son evidentes. Para proteger su derecho de traer al mundo un niño que no esté afectado por la enfermedad de la que son portadores sanos, la única posibilidad que tienen es la de iniciar un embarazo por medios naturales y proceder a una inseminación artificial. En este caso, los demandantes ya han procedido una vez a un I.M.E. (interrupción médica del embarazo) por este motivo, sobre el mes de febrero de 2010.

En este contexto, el Tribunal no puede ignorar<sup>1</sup>, por un lado, la angustia de la demandante quien, ante la imposibilidad de realizar un diagnóstico precoz intrauterino, tendría como única perspectiva de maternidad la relacionada con la posibilidad de que

---

<sup>1</sup> TEDH (Sección 1ª). Caso S.H. y otros contra AUSTRIA, sentencia de 1 abril 2010. TEDH 2010\56. En materia de respeto al derecho a la vida privada: derecho de una pareja a concebir un hijo haciendo uso de técnicas de reproducción asistida.

el niño esté afectado por la enfermedad en cuestión y, por otro lado, el sufrimiento derivado de proceder, en su caso, a un aborto terapéutico.

La Gran Sala estableció que, en cuestión de fecundación heteróloga, teniendo en cuenta la evolución de la rama en examen, el margen de apreciación del Estado no podría estar restringido de manera decisiva, atendiendo al Convenio de Protección de Derechos y Libertades<sup>2</sup>. De tal manera que debe prevalecer el respeto a la vida privada y familiar sin que la autoridad pública pueda interferir en la protección de la salud y de la moral así como en el respeto a los demás, de tal manera que no se puede admitir por este Tribunal que las parejas donde el hombre está afectado por enfermedades víricas de transmisión sexual no puedan acceder a la fecundación artificial con el fin de evitar el riesgo de transmisión de enfermedades sexualmente transmisibles a la madre y al niño fecundado por vías naturales.

Este fundamento coincide con la aplicación que actualmente acontece en México, país carente de regulación específica en la materia pero donde inseminación artificial se ha incorporado a la medicina general y su práctica es común.

Sin embargo, el artículo 4º constitucional se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, y de manera más específica, Ley General de Salud de 1984 modificada en enero de 2013 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología, aunque lo deseable sería una ley que regulara de modo directo y concreta la inseminación artificial.

Esta situación hace que centremos nuestros estudios en las normas y jurisprudencia de otros países que suponen la base de estudios que esperamos contribuyan a redactar una ley donde se recoja el régimen jurídico de la reproducción humana asistida.

---

<sup>2</sup> Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999 Resolución de 5 de abril 1999. Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Es una situación fáctica que México al igual que sucede en Europa no hay problemas ni reticencias sobre la inseminación homóloga, es decir, aquella que se efectúa con el espermatozoides del esposo aplicado a su esposa, no presenta ningún problema jurídico en particular, puesto que técnicamente se trataría de la disposición de componentes de tejidos para inseminación artificial que sigue la reglas generales aplicables para los trasplantes en la Ley General de Salud, asimismo la legislación civil tomará en cuenta que el hijo concebido mediante este método es producto de matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural.

Los problemas en México comienzan a surgir cuando la inseminación es heteróloga, es decir, aquella en la que se usa el semen proporcionado por un donante ajeno a la pareja o si ésta se realiza en una mujer soltera, viuda o divorciada, puesto que si bien es cierto que por lo regular la disposición de órganos, tejidos y sus componentes se realiza en personas ajenas al núcleo familiar del receptor, existe una regulación civil estricta por lo que hace a la filiación.

Hemos traído esta sentencia a comentar porque a pesar de que nuestra escasa regulación nacional se recoge en la Ley General de la salud y su Reglamento, lo cierto es que diferentes Estados han desarrollado diferentes normativas que permiten de manera más o menos amplia regular la permisividad de las técnicas de reproducción heteróloga siendo como en el caso de la sentencia a comentar más permisivas si la causa que provoca la inseminación en la mujer es por motivos de salud del marido.

Nos parece destacado que siendo el fundamento de la inseminación el ser considerado un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación, la Ley italiana se oponga cuando el propio marido ha dado su consentimiento, ya que una vez producido el acuerdo entre personas casadas salvo renuncia al reconocimiento posterior de filiación del bebe no se justifica la oposición de la Administración pública, pues aunque estemos ante un derecho de orden público no deja de desarrollarse en el más estricto ámbito privado.

En México la causa que provoca la inseminación heteróloga carece de importancia una vez que se presta el consentimiento del marido cuya esposa va a ser inseminada con espermatozoides de un donante. Pues su justificación depende de una opinión médica que

indique la imposibilidad de la pareja para procrear por los medios naturales. En la medida que la inseminación artificial se justifique, será aceptada por la sociedad<sup>3</sup>. De hecho es el artículo 466.2 de la Ley General de Salud mexicana donde se dice que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge. Aquí se regula la falta de consentimiento para la realización de la inseminación artificial, es decir, que la ausencia de la voluntad para la práctica de la inseminación artificial se considera como una conducta punible. Este criterio lo siguen los Códigos Penales los Estados de Querétaro y Colima, que autorizan el aborto cuando el embarazo es causa de una inseminación artificial indebida o no haya sido querida o consentida por la mujer.

“Por otro lado, interpretando al *contrario sensu* las disposiciones unitivas, se pueden afirmar que se reglamente indirectamente la realización de la procreación asistida requiriendo por lo menos del consentimiento de la mujer que se va a someter a la intervención médica y el de su marido, si estuviera casada”<sup>4</sup>.

En este sentido el fallo del TEDH coincide con el fundamento establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para la decisión de procrear. Está prevista en el artículo 4º y en el se establece que si una persona decide tener hijos, y no pueda hacerlo por medio naturales, se puede alcanzar dicho fin a través de la asistencia médica a la procreación, ya sea invocando el derecho a la salud, en el entendido de que la utilización de los recursos de la tecnología ofrece hoy en día tiene un fin terapéutico; o bien como parte de la libertad del individuo, invocando un derecho a la procreación. Añadiendo artículo 4º en su párrafo segundo, que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”.

Por principio es indudable que el postulado destaca paternidad y la maternidad responsable, de tal manera que todos los individuos que nazcan en el país sean fruto de la libre decisión de su padre y madre, en la medida que estén conscientes del número de hijos a que le pueden otorgar las decisiones necesarias de subsistencia. En tal virtud el derecho de

---

<sup>3</sup> CUELLO CALÓN, E.: “En torno a la inseminación artificial en el campo penal”, Revista Jurídica Veracruzana, Jalapa, Veracruz, T. XII, núm. 3, 1961, pp. 129-145 y 136

<sup>4</sup> GUZMAN AVALOS, A.: La filiación en los Albores del siglo XXI, Editorial Porrúa, 2005, primera edición, página 191.

procreación debe ejercerse dentro de un marco de responsabilidad y compromiso hacia los hijos. Las parejas y los ciudadanos en el ejercicio de ese derecho, han de tener en cuenta las necesidades de sus hijos por presentes y futuros y la elección del momento óptimo para el embarazo, y si éste no se logra en forma natural, mediante la realización del acto sexual, entonces se podrá recurrir a la procreación por medios médicamente asistidos, procreación que resulta ser más racional y humana que la natural, es producto de una lección y no de mera coincidencia.

La Constitución, por tanto, no hace una referencia a una paternidad exclusivamente biológica, por lo que si las personas no pueden concebir hijos en forma natural entonces lo pueden lograr con la intervención de los avances científicos; este derecho no excluye a la procreación asistida. Si la Constitución establece el derecho a que toda persona decida sobre su reproducción (paternidad-maternidad) y también puede decidir sobre los medios que utilice para lograr. Dicho de otra forma la norma Constitucional interpretada en sentido largo no presenta obstáculo al desarrollo de las técnicas de procreación asistida.

Se consagra que “toda persona tiene derecho...”, en el marco de igualdad de cualquier garantía constitucional a su ejercicio por cualquier individuo, se destina a todos los ciudadanos mexicanos y extranjero: hombre y mujer, unidos o no en matrimonios. No hay distinción de ninguna especie.

Si bien es cierto que para la inseminación artificial heteróloga, la garantía constitucional se apoya en el requisito del consentimiento como esencial, pues el esposo o el concubinario debe aceptar que su esposa o concubina sea fecundada con espermatozoide de otro hombre, por lo tanto, tendrá que aceptar la responsabilidad de la paternidad de un hijo o hija con los que no va a estar ligado por vínculos genéticos. Hay quien piensa que este consentimiento del marido o del concubinario de la madre tiene quizás valor moral, pero jurídicamente se encuentra desprovisto de eficacia; por ello pueden impugnar la paternidad con la prueba de su esterilidad o un examen de sangre. Desde luego, esta posibilidad existe, sobre todo en aquellos países (y entidades federativas, en el caso de México) en donde ya se practican este tipo de fecundaciones y no existe un marco legal que reglamente los conflictos que pueden surgir en las diferentes etapas del proceso de fecundación, gestación y alumbramiento.

En este contexto, el varón que consintió expresamente a que su compañera o esposa fuera inseminada artificialmente con semen de otro, tiene la responsabilidad de asumir la paternidad inherente. De hecho, en juicio de desconocimiento de la paternidad, el documento donde conste la expresión de la voluntad del inconforme hará prueba para establecer el vínculo de filiación. Por eso hay quien afirma que la voluntad del marido o compañero de la madre debe constar en escritura pública ya que se trata de un instrumento que servirá como título de determinación legal de la filiación, que es un reconocimiento previo del hijo o hija y tiene carácter de prueba plena. Sin embargo en exceso de formalidades puede producir un efecto contrario al deseado, por ello es conveniente el equilibrio entre la posible valoración de un consentimiento expresado de manera tácita y los requisitos de elevarlo a escritura pública.

Resultado distinto resultará si no hay consentimiento previo del marido, es decir, si el marido no otorga su consentimiento o se manifiesta en contra de este tipo de prácticas, en tal caso no se le deberá atribuir la paternidad. Ahora bien, con la legislación mexicana vigente opera la presunción legal<sup>5</sup>, de que el hijo es del marido y dado que la filiación es una institución de orden público y por lo tanto no admite interpretaciones por analogía o mayoría de razón y, si no se está en presencia de los supuestos específicos que marca la ley, el marido no puede desconocer al hijo o hija de su esposa nacido en matrimonio.

Como conclusión final tras lo expuesto afirmamos que el fundamento jurídico que va aparejado a las técnicas de reproducción humana referidas a la inseminación han de tratarse desde el Derecho de familia como cuestión de orden público pero sin que ello suponga restricciones a los derechos fundamentales de los individuos en el ejercicio de su desarrollo de su voluntad como persona y como padres, sobretudo cuando hay un consentimiento previo individual y conjunto que se reconocerá cuando tras el nacimiento se inscriba a su descendiente en el Registro. De esta manera se produce un verdadero respeto al derecho a la vida privada que en el caso concreto se recoge en el derecho de una pareja a concebir un hijo haciendo uso de técnicas de reproducción

---

<sup>5</sup> La fracción I del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que “se presumen hijos de los cónyuges los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, de ninguna manera puede destruirse con la simple negativa de la paternidad” ; tan es así, que el propio legislador ha dispuesto, en el artículo 325 del mismo cuerpo de leyes, que contra esa presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento; prueba que, indudablemente, solo podrá rendirse dentro del juicio contradictorio a que se refieren los artículos 335 y 336 del Código ya anteriormente citado.

asistida, pues la denegación del uso de tales técnicas afecta a la vida privada y familiar, y no quedaría incluida en el derecho al respeto de la decisión de ser padres genéticos rompiendo con la existencia de un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados concurrentes tal y como establece el artículo 8 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999, recogido en esta sentencia por el TEDH.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª) Caso Costa y Pavan contra Italia.

Sentencia de 28 agosto 2012 TEDH 2012\72

Texto no encontrado

Buscar en el documento Texto a buscar DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: Vida privada y familiar: alcance: técnicas de reproducción asistida y diagnóstico genético preimplantatorio: la denegación afecta a la vida privada y familiar, al incluirse el derecho al respeto de la decisión de ser padres de un hijo sano; Injerencias de los poderes públicos: sistemas de reproducción: legislación que únicamente permite el acceso a técnicas de reproducción asistida y diagnóstico genético preimplantatorio para concebir hijos sanos a parejas estériles o aquellas en las que el hombre es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual: demandantes portadores de enfermedad genética cuya única vía para tener hijos sanos es fecundarlos de manera natural y proceder a una interrupción del embarazo cada vez que el diagnóstico prenatal muestre que el feto esté afectado: incoherencia del sistema legislativo: medida desproporcionada: violación existente. Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos

Demanda núm. 54270/2010

Demanda de ciudadanos italianos contra la República de Italia presentada ante el Tribunal el 20-09-2010, por la negativa de las autoridades a acceder a las técnicas de reproducción asistida a personas portadoras de enfermedad genética. Violación del art. 8 del Convenio: existencia: estimación de la demanda .

En el asunto Costa y Pavan contra Italia ,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda) constituido en una Sala compuesta por los siguientes Jueces , Françoise Tulkens, Presidenta , Dragoljub Popović, Isabelle Berro-Lefèvre, Andreas Sajó, Guido Raimondi, Paulo Pinto de Albuquerque, Helen Keller, así como por Danutë Jočienė y Işıl Karakaş como Jueces suplentes y por la señora Françoise Elens-Passos, Secretaria Adjunta de Sección,



Tras haber deliberado en privado el 10 de julio de 2012,

Dicta la siguiente

## SENTENCIA

### Procedimiento

1

El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 54270/10) dirigida contra la República Italiana, que dos ciudadanos de este Estado, la señora Rosetta Costa y el señor Walter Pavan («los demandantes»), presentaron ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1999, 1190, 1572) («el Convenio»), el 20 de septiembre de 2010.

2

Los demandantes están representados ante el Tribunal por las señoras Nicolò Paoletti y Ginevra Paoletti, abogadas colegiadas en Roma. El Gobierno italiano («el Gobierno») está representado por su agente la señora E. Spatafora, así como por su coagente, la señora P. Accardo.

3

Portadores sanos de la mucoviscidosis, los demandantes denuncian no poder acceder al diagnóstico genético preimplantatorio a fin de seleccionar un embrión que no estuviera afectado por esta patología y alegan que esta técnica está disponible para categorías de personas de las que no forman parte. Invocan los artículos 8 y 14 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) .

4

A solicitud de los demandantes, el 4 de mayo de 2011, la presidenta decidió tratar la demanda con carácter prioritario (artículo 41 del reglamento).

5

El 7 de junio de 2011, se dio traslado de la demanda al Gobierno. Conforme a las disposiciones del artículo 29.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) , también decidió examinar al mismo tiempo la admisibilidad y fondo de la demanda.

6

De conformidad con el artículo 44.3 del reglamento, los días 31 de agosto y 7 de noviembre, a solicitud de dos demandas, la presidenta concedió el derecho de intervenir a terceras partes. La primera, presentada por el señor Grégor Puppink en representación del Centro Europeo para la Justicia y los Derechos Humanos (ECLJ), de la asociación « Movimento per la vita » y de cincuenta y dos parlamentarios italianos (en adelante «primer tercero interviniente») y la segunda, presentada por la señora Filomena Gallo en representación de las asociaciones « Luca Coscioni », « Amica Cicogna Onlus », « Cerco un bimbo », « L'altra cicogna » y de sesenta parlamentarios italianos y europeos (en adelante «segundo tercero interviniente»). Las terceras partes intervinientes presentaron sus observaciones los días 22 de septiembre y 28 de noviembre de 2011, respectivamente.

Hechos

I

Circunstancias del caso

7

Los demandantes nacieron respectivamente en 1977 y 1975 y residen en Roma.

8

Tras el nacimiento de su hija, nacida en 2006, los demandantes se enteraron de que eran portadores sanos de la mucoviscidosis <sup>1</sup> . La niña nació con esta enfermedad.

1

«<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx?i=001-112992>») Mucoviscidosis o fibrosis quística: Enfermedad hereditaria caracterizada por una viscosidad anormal del moco que segregan las glándulas pancreáticas y bronquiales. Esta patología, que se manifiesta más a menudo por problemas respiratorios, evoluciona más o menos rápidamente hacia una insuficiencia respiratoria grave, a menudo fatal en ausencia de trasplante de pulmón. Fuente: Diccionario Médico Larousse.

9

Corriendo el mes de febrero de 2010, y estando de nuevo embarazada, los demandantes, deseando tener un niño libre de la enfermedad de la que eran portadores, efectuaron un diagnóstico prenatal que indicó que el feto estaba afectado por la mucoviscidosis. Por lo tanto, decidieron realizar una interrupción médica del embarazo (en lo sucesivo, «I.M.E».).

10

En este momento, los demandantes deseaban tener acceso a las técnicas de reproducción asistida (en lo sucesivo, «TRA») y diagnóstico genético preimplantatorio <sup>2</sup> (en lo sucesivo, «D.P.I») antes de que la demandante quedara embarazada de nuevo. Sin embargo, en virtud de los términos de la Ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004, las técnicas de TRA sólo están disponibles para las parejas estériles o infértiles. El D.P.I. está prohibido para cualquier clase de personas.

2

Diagnóstico Genético Preimplantacional: Identificación de una anomalía genética en el embrión a través de las técnicas de biología molecular durante la fertilización in vitro .

Fuente: Diccionario Médico Larousse. «<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx?i=001-112992>»

11

Por un decreto del 11 de abril de 2008, el Ministerio de Sanidad extendió el acceso al TRA a las parejas en las que el hombre es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual (como el virus V.I.H., hepatitis B y C) al objeto de permitirles procrear hijos sin el riesgo de transmitir la enfermedad vírica a la mujer o al feto fecundado por medios naturales.

12

Según las informaciones proporcionadas por el Gobierno y por el primer tercero interviniente, esta operación se realiza a través del «lavado de espermatozoides» en un estado anterior a aquel de la creación del embrión in vitro.

II

Legislación interna aplicable

1

Ley núm. 40 de 19 de febrero de 2004 («Normas sobre las técnicas de reproducción asistida»)

Artículo 4.1

Acceso a las técnicas

«El acceso a las técnicas de reproducción asistida sólo se autoriza cuando se demuestre la imposibilidad de eliminar de otra forma las causas que impiden la procreación y, en cualquier caso, dicho acceso se limita a los casos de esterilidad o infertilidad inexplicables, certificados por un informe médico, así como en casos de esterilidad o infertilidad derivados de una causa verificada y certificada por un informe médico. [...]».

## Artículo 5.1

### Condiciones subjetivas

«[...] las parejas que hayan alcanzado la mayoría de edad, compuesta de dos personas de sexo contrario o viviendo en pareja, de edad potencialmente fértil y en activo, pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida».

## Artículo 14.5

### Limites a la aplicación de técnicas sobre los embriones

«Los individuos que cumplen las condiciones previstas por el artículo 5 son informadas sobre el nombre y, a solicitud, sobre el estado de salud de los embriones producidos y destinados a ser implantados en el útero».

2

Decreto del Ministerio de Sanidad núm. 15165 de 21 de julio de 2004

### Medidas de tutela del embrión

[...] Todo examen relativo al estado de salud de los embriones fecundados in vitro , en el sentido del artículo 14 apartado 5 (de la Ley núm. 40 de 2004) se refiere únicamente a la observación de éstos. (...)».

3

Decreto del Ministerio de Sanidad núm. 31639 de 11 de abril de 2008

13

En este decreto, la referencia a las finalidades de «observación» mencionadas en el decreto del ministerio de Sanidad núm. 15165 de 21 de julio de 2004 fue eliminada.

14

Además, la parte de este decreto relativa a la certificación de infertilidad o de esterilidad prevé que, a los fines del acceso a las técnicas de la TRA, ésta debe ser efectuada:

«[...] teniendo en cuenta también las condiciones particulares en cuya presencia –cuando el hombre es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual transmisibles por enfermedades de VIH, de hepatitis B y C– el elevado riesgo de infección para la madre o el feto, constituye de hecho, en términos objetivos, una barrera para la reproducción humana, que requiere precauciones que se traducen necesariamente en una condición de infertilidad comparable a los casos de infertilidad masculina severa derivada de una causa verificada y certificada por un informe médico, como el establecido en el artículo 4 apartado 1 de la Ley núm. 40 de 2004».

4

La sentencia del tribunal administrativo regional de Latium núm. 398 de 21 de enero de 2008

15

Por esta sentencia, el tribunal anuló por exceso de poder la parte del decreto del ministerio de Sanidad núm. 15165 de 21 de julio de 2004 limitando todo examen del estado de salud de los embriones creados in vitro a los únicos fines de la observación. El tribunal consideró en particular que la competencia de establecer el campo de aplicación de los exámenes en cuestión no podía corresponder más que al legislador, y no al ministerio, que dispone únicamente de poder ejecutivo.

5

Orden del tribunal de Salerno núm. 12474/09 dictada el 13 de enero de 2010

16

Por esta orden, dictada en un procedimiento de urgencia, el juez delegado del tribunal de Salerno autorizó por primera vez a una pareja de padres, no estériles y no infértiles, portadores sanos de la atrofia muscular, a acceder al D.P.I.

17

El juez recordó en particular las novedades introducidas por el decreto del ministerio de Sanidad núm. 31639 de 11 de abril de 2008, es decir, el hecho de que los exámenes sobre el estado de salud de los embriones creados in vitro no estaban ya limitados al solo fin de la observación y que el acceso a la reproducción asistida estaba autorizado para las parejas donde el hombre era portador de enfermedades víricas de transmisión sexual.

18

Consideró igualmente que el D.P.I. no podía ser considerado más que como una técnica de control prenatal buscando conocer el estado de salud del embrión. La prohibición de acceso a tal práctica suponía por tanto, en el caso de los demandantes, la responsabilidad médica del director médico del Centro de la Medicina de Reproducción, parte demandada en el procedimiento, por no ejecutar una prestación sanitaria.

19

El juez consideró igualmente que no hubiera sido razonable no garantizar a la madre el derecho a conocer el estado de salud del embrión a través del D.P.I. cuando si le reconocían el derecho a abortar un feto enfermo.

20

El juez, por tanto, ordenó al director médico la realización de un D.P.I. sobre el embrión in vitro de los demandantes para verificar si este último estaba afectado por la atrofia muscular.

III

Legislación europea aplicable

1

El Convenio del Consejo de Europa sobre derechos humanos y la biomedicina («Convenio de Oviedo») de 4 de abril de 1997

21

Este Convenio dispone lo siguiente en su parte aplicable:

Artículo 12 – Pruebas genéticas predictivas

«Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado».

22

El apartado 83 del Informe explicativo al Convenio de Oviedo dispone:

«El artículo 12 en sí mismo no supone ninguna limitación al derecho de proceder a pruebas genéticas predictivas sobre un embrión con el fin de determinar si éste es portador de caracteres hereditarios que supondrán una grave enfermedad para el bebe que nazca».

23



El Convenio de Oviedo, firmado el 4 de abril de 1997 no fue ratificado por el Gobierno italiano.

2

La

24

Esta directiva establece unas normas mínimas de calidad y seguridad para la donación, obtención, control, transformación, almacenamiento y distribución de tejidos y células humanas, previendo así la armonización de los reglamentos nacionales en la materia. Igualmente se refiere a los embriones objeto de implantación en el marco del D.P.I.

3

El documento de base sobre el diagnóstico preimplatatorio y prenatal publicado por el Comité director para la bioética (CDBI) del Consejo de Europa el 22 de noviembre de 2010 ((CDBI/INF (2010) 6)

25

El CDBI elaboró este informe con el objeto de proporcionar informaciones sobre el objeto preimplatatorio y prenatal y sobre las cuestiones jurídicas y éticas que la utilización de estos diagnósticos implica en los diferentes países europeos. Los extractos aplicables de dichos documentos disponen lo siguiente:

[a) Contexto]

«La fecundación in vitro se practica desde final de los años 70 con el fin de ayudar a las parejas con problemas de esterilidad. Los progresos de la medicina de la reproducción ofrecen actualmente nuevos medios para evitar las enfermedades genéticas, gracias a la implantación selectiva de los embriones. A principios de los años 90 el diagnóstico

genético preimplantatorio (D.P.I.) se introdujo como procedimiento experimental como posible alternativa al diagnóstico genético prenatal (D.G.P.) para parejas con riesgo de transmitir una anomalía genética particularmente grave, y a evitarles de esta manera la difícil elección de una interrupción del embarazo».

[b) El ciclo del D.P.I.

«Un "ciclo de D.P.I.". comprende las etapas siguientes: estimulación ovárica, extracción de ovocitos, fecundación in vitro de varios ovocitos maduros [...], extracción de 1 o 2 células embrionarias, el análisis genético de materiales nucleares de las células extraídas y finalmente, la selección e implantación de embriones no portadores de la anomalía genética en cuestión».

[c) Utilización del D.P.I.

«El recurso al D.P.I. por prescripción médica fue solicitado por parejas que presentaban un alto riesgo de transmitir una enfermedad genética específica de gravedad (...) e incurable en el momento del diagnóstico. Este riesgo, a menudo se había identificado en base a los antecedentes familiares o tras el nacimiento de un hijo portador de la enfermedad. Numerosas indicaciones monogénicas responden actualmente a estos criterios justificando un D.P.I., tales como: la mucoviscidosis, distrofia muscular de Duchenne, miotonía de Steinert, enfermedad de Huntington, atrofia muscular espina bífida y hemofilia».

«En países donde se practica la D.P.I., se ha convertido en un método clínico bien establecido para analizar las características genéticas de los embriones preparados para fertilización in vitro y para obtener la información que permita seleccionar los embriones a implantar. El D.P.I. es solicitado principalmente por parejas, portadoras de los rasgos genéticos susceptibles de transmitir a sus descendientes enfermedades graves o muertes prematuras, que desean evitar un embarazo que no pueda llegar a término o colocarles frente a la difícil elección de una posible interrupción del embarazo en caso de detección de un problema genético particularmente grave».

El informe «Diagnóstico de Preimplantación genética en Europa» elaborado por el JRC (Joint Research Centre) de la Comisión Europea, publicado en diciembre de 2007 (EUR 22764 EN)

26

Se deduce de este informe que los solicitantes del D.P.I. ciudadanos del país donde esta práctica está prohibida, salen al extranjero con el fin de efectuar la práctica en cuestión. Los ciudadanos italianos se dirigen mayoritariamente a España, Bélgica, la República Checa y Eslovaquia.

27

Este estudio señala asimismo la incoherencia de los países que prohíben el acceso al D.P.I. y autorizan el acceso al diagnóstico prenatal y al aborto terapéutico para evitar patologías genéticas graves en niño.

5

Informe consultivo relativo a las enfermedades raras y la urgencia de una acción concertada (parlamento europeo 23 de abril de 2009)

28

El comunicado de prensa de este informe dispone, como sigue, en sus partes aplicables:

«Los diputados creen que es una necesidad absoluta una acción concertada en el ámbito de las enfermedades raras a nivel comunitario y a nivel nacional. Señalan que el actual marco legislativo de la UE no está adaptado a estas enfermedades y además, mal definido. Aunque las enfermedades raras contribuyan enormemente a la morbilidad y mortalidad, están prácticamente ausentes de los sistemas de información de atención sanitaria, faltan sistemas adecuados de identificación y clasificación. El Parlamento en particular, quiere alentar los esfuerzos para prevenir las enfermedades raras hereditarias,

por asesoramiento genético a los padres portadores de la enfermedad; y, cuando proceda, sin perjuicio de la legislación nacional vigente y siempre sobre una base voluntaria, una selección de embriones sanos antes de la implantación».

6

Elementos de legislación comparada

29

Los documentos que dispone el Tribunal (a saber, los informes del Consejo de Europa y de la Comisión Europea sobre el asunto, apartados 25 a 27) muestran que el D.P.I. está prohibido, al menos, para evitar la transmisión de enfermedades genéticas, en los siguientes países: Austria, Italia y Suiza.

30

En cuanto a este último, el Tribunal señala que el 26 de mayo de 2010, el Consejo federal presentó a consulta un proyecto buscando reemplazar la prohibición del D.P.I., tal como está actualmente prevista en la Ley sobre el TRA, por una admisión regulada. Será necesaria una modificación del artículo 119 de la Constitución Federal para lograr este cambio.

31

Asimismo se deduce que el D.P.I. está permitido en los siguientes países: Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, Reino Unido, Federación de Rusia, Serbia, Eslovenia y Suecia.

32

Esta cuestión no es objeto de una reglamentación específica en los siguientes países: Bulgaria, Chipre, Malta, Estonia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Rumania,

Eslovaquia, Turquía y Ucrania. El Tribunal señala que tres de estos países (Chipre, Turquía y Eslovaquia) permiten el acceso al D.P.I. en los hechos.

33

Además, el Tribunal observa que, en el caso de Roche contra Roche y otros (2009 IESC 82 (2009)), el Tribunal Supremo irlandés estableció que el concepto del niño a nacer («no nacido») no se aplica a los embriones obtenidos mediante fertilización in vitro , por lo tanto, estos últimos no gozan de la protección prevista en el artículo 40.3.3. de la Constitución irlandesa que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer. En este caso, la demandante, habiendo tenido un hijo después de la fecundación in vitro , se presentó ante el Tribunal Supremo buscando obtener la implantación de otros tres embriones obtenidos en el mismo proceso de fecundación, a pesar de la oposición de su compañero, de quien se había separado entretanto.

7

Datos relevantes de la «proposición de enmienda a la Ley de 6 de julio de 2007 relativa a la procreación médica asistida...» sesión del Senado de Bélgica – 2010-2011

34

Esta proposición de Ley buscando ampliar la utilización del D.P.I. con el fin de evitar el riesgo de hacer nacer a un niño sano portador de una enfermedad genética grave (el acceso a esta técnica para evitar el nacimiento de niños afectados por enfermedades genéticas ya está previsto en la Ley belga). Los apartados pertinentes de este texto se indican a continuación:

«La solicitud del diagnóstico preimplantacional ha aumentado con el tiempo y es ahora una opción para aquellas parejas que tienen un alto riesgo de dar a luz a un niño con graves enfermedades hereditarias para las que podemos detectar la mutación.

Los autores del proyecto parental suelen preferir el diagnóstico preimplantatorio (D.P.I.) en el diagnóstico prenatal (DPN). En efecto..., "cuando sufre la enfermedad, esto

significa una interrupción del embarazo a partir del tercer mes, que suele significar una fuente de sufrimiento psicológico para los padres que probablemente ya han realizado una inversión emocional en el feto como alguien que iba a ser su futuro hijo...". También es posible que deban interrumpirse varios embarazos sucesivos antes de llegar a un feto no afectado. Fuente: Comité Consultivo de Bioética, aviso núm. 49 relativo a la utilización del D.P.I...».

Así, la principal ventaja del diagnóstico pre-implantación es la de permitir evitar una interrupción del embarazo. Se señaló que, de hecho, ésta es la principal motivación para la mayoría de las parejas que lo solicitan, habiendo vivido a menudo la experiencia lamentable de una interrupción del embarazo por razones médicas».

Fundamentos de derecho

I

Sobre las excepciones elevadas por el gobierno

35

El Gobierno alega la falta de condición de víctimas de los demandantes. Argumenta que a diferencia de los demandantes en el caso resuelto por el tribunal de Salerno (núm. 1247409 presentada el 13 de enero de 2010), los demandantes no han acudido a las autoridades nacionales con el fin de poder realizar un D.P.I. y que, por lo tanto, no se han encontrado con una negativa. Esta demanda así constituiría una actio popularis y los demandantes, en cualquier caso no habrían agotado los recursos internos.

36

Los demandantes argumentan que la orden en cuestión es una decisión aislada, dictada por un juez único sobre la base de un procedimiento de urgencia y que, en cualquier caso, la Ley prohíbe de manera absoluta el acceso al D.P.I.

37

El Tribunal recuerda que en ausencia de un recurso interno específico, le corresponde al Gobierno demostrar en apoyo de la jurisprudencia interna, el desarrollo, disponibilidad, el alcance y la aplicación del recurso que invoca (véase, *mutatis mutandis*, *Melnītis contra Letonia* , núm. 3077905, ap. 50, 28 de febrero de 2012 [TEDH 2012, 17] y *McFarlane contra Irlanda* [JUR 2010, 315996] , GS, núm. 3133306, apds. 115-127, 10 de septiembre de 2010). Además, el Gobierno no puede invocar la existencia de un recurso interno en ausencia de una jurisprudencia interna que demuestre su eficacia de hecho y de derecho, aún menos cuando esta jurisprudencia proviene de un tribunal de primera instancia ( *Lutz contra Francia* [núm. 1] núm. 4821599, ap. 20, 26 de marzo de 2002 [JUR 2002, 78242] ).

38

En este caso, el Tribunal señala que la orden del tribunal de Salerno fue dictada por una instancia de primer grado, no ha sido confirmada por una jurisprudencia posterior y no constituye más que una decisión aislada. En cualquier caso, no se puede culpar a los demandantes de no haber presentado una solicitud de obtención de una medida que, el Gobierno reconoce explícitamente (véase el apartado 73), está absolutamente prohibida por Ley.

39

Por último, no hay ninguna duda de que los demandantes están directamente afectados por la orden impugnada, al tener un hijo afectado por la enfermedad de la que son portadores y al haber procedido una vez a un I.M.E. debido a que el feto estaba afectado por la mucoviscidosis.

40

En esas circunstancias, no pueden aceptarse las excepciones de Gobierno demandado.

II

## Sobre la violación del artículo 8 del Convenio

41

Al invocar el artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) , los demandantes se quejan de la violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar en la medida en que la única vía para ellos de tener hijos que no estén afectados por la enfermedad de la que son portadores sanos es la de fecundarlos de una manera natural y proceder a un I.M.E. cada vez que un diagnóstico prenatal muestre que el feto está afectado.

42

El artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) dispone lo siguiente, en sus partes aplicables:

«1. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, (...)

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para (...) la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

A

Admisibilidad

43

El Tribunal estima que esta queja no carece manifiestamente de fundamento, en el sentido del artículo 35.3a) del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) . Señala, por último, que la demanda no se enfrenta a ningún otro motivo de inadmisibilidad. Por tanto, cabe declararla admisible.



B

Fundamentación

1

Argumentos de las partes

a)

El gobierno

44

El Gobierno observa que los demandantes invocan, esencialmente un «derecho a tener un hijo sano», que, como tal, no está protegido por el Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) . Así, la queja de los demandantes sería inadmisibile *ratione materiae* .

45

Si el Tribunal de cualquier forma estima que debiera aplicarse el artículo 8 en este caso, el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar no se habría visto afectado en ningún caso, constituyendo la prohibición de acceder al D.P.I. una medida prevista por la Ley, que persigue un objetivo legítimo, a saber, la protección de los derechos de los demás y de la moral y es necesaria en una sociedad democrática.

46

En efecto, al regular esta materia, el Estado tuvo en cuenta tanto la salud del niño como la de la mujer, corriendo el riesgo este último de depresiones debido a la estipulación y punción ováricas. Además, la medida buscaría proteger la dignidad y la libertad de conciencia de los profesionales médicos y evitaría el riesgo de derivados eugenésicos.

47

Por último, en ausencia de un consenso europeo en esta materia, los Estados miembros disfrutaban de un amplio margen de apreciación, al estar relacionada esta demanda con cuestiones morales, éticas y sociales.

b)

Los demandantes

48

Los demandantes observan que «el derecho al respeto de las decisiones sobre convertirse o no en padres», en el sentido genético de la expresión, entra en el concepto de derecho al respeto de la privacidad y la familia ( Evans contra el Reino Unido GS [TEDH 2006, 19] , núm. 633905, ap. 71, TEDH 2007-I ) .

49

En este contexto, el Estado debe abstenerse de cualquier injerencia en la elección de la persona de convertirse o no en padre de un niño; Corresponde también al Estado tomar las medidas oportunas para que la elección en cuestión pueda hacerse en total libertad.

c)

Terceros intervinientes

50

El primer tercero interviniente reitera las observaciones del Gobierno demandado. Además, observa que, al igual que la prohibición de acceder al D.P.I., la posibilidad de proceder legalmente a un I.M.E. buscaría proteger la vida del niño por nacer debido a que el sistema proporciona alternativas al aborto mediante, por ejemplo, la aplicación de medidas sociales. Además, el D.P.I. implicaría la eliminación de numerosos seres humanos, mientras que el aborto implicaría sólo uno.

La segunda parte interviniente argumenta que el acceso a la inseminación artificial y posteriormente al D.P.I. permitiría a los demandantes tener un hijo que no estuviera afectado por la patología de la que son portadores, sin recurrir a los abortos terapéuticos. Así, también se preserva la salud de la demandante.

#### Valoración del Tribunal

a)

El alcance de la queja invocada por los demandantes y su compatibilidad *ratione materiae* con los derechos garantizados por el artículo 8 del

En primer lugar, el Tribunal observa que, para establecer la compatibilidad *ratione materiae* de la queja invocada por los demandantes con el artículo 8 del Convenio, es esencial definir el alcance de esta queja.

Observa que el Gobierno y el primer tercero interviniente alegan que los demandantes se quejan de la violación de un «derecho a tener un niño sano». Sin embargo, el Tribunal considera que el derecho reclamado por ellos se limita a la posibilidad de acceso a las técnicas de reproducción asistida y posteriormente al D.P.I. para concebir un hijo que no esté afectado por la mucoviscidosis, enfermedad genética de la que son portadores sanos.

En efecto, en este caso, el D.P.I. no trata de excluir otros factores que puedan comprometer la salud del niño a nacer, como, por ejemplo, la existencia de otras enfermedades genéticas o complicaciones derivadas del embarazo o el parto, la prueba en cuestión busca el diagnóstico de una «enfermedad genética específica de una particular gravedad... e incurable en el momento del diagnóstico» (véase el informe del CDBI del Consejo de Europa, parte b. «el Ciclo del D.P.I.», apartado 25).

55

El Tribunal recuerda a continuación que el concepto de «vida privada» en el sentido del artículo 8 es un concepto amplio que incluye, entre otros, el derecho del individuo para establecer y desarrollar relaciones con sus compañeros ( *Niemietz contra Alemania* , 16 de diciembre de 1992 [TEDH 1992, 77] , ap. 29, serie A núm. 251 – B), el derecho al «desarrollo personal» ( *Bensaïd contra el Reino Unido* [TEDH 2001, 82] , núm. 4459998, ap. 47, TEDH 2001-I), o incluso el derecho a la libre determinación ( *Pretty contra Reino Unido* [TEDH 2002, 23] , núm. 234602, ap. 61, TEDH 2002-III). Factores tales como la identificación, la orientación y la vida sexual son también aspectos personales protegidos por el artículo 8 (véase, por ejemplo, *Dudgeon contra Reino Unido* , 22 de octubre de 1981 [TEDH 1981, 4] , ap. 41, serie A núm. 45 y *Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido* , 19 de febrero de 1997 [TEDH 1997, 10] , ap. 36, Informe 1997-I), de la misma forma que el derecho al respeto a las decisiones de convertirse o no en padre ( *Evans contra Reino Unido* [TEDH 2006, 19] ya citado, ap. 71, A, B y C *contra Irlanda GS* [TEDH 2010, 116] , núm. 2557905, ap. 212, TEDH 2010 y *R.R. contra Polonia* [JUR 2011, 175012] , núm. 2761704, ap.181, TEDH 2011 [extractos]).

56

En términos del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) , el Tribunal también ha reconocido el derecho de los demandantes a respetar su decisión de convertirse en padres genéticos ( *Dickson contra Reino Unido GS* [TEDH 2007, 86] , núm. 4436204, ap. 66, TEDH 2007-V, con las referencias que se citan) y concluyó con la aplicación del artículo en cuestión en materia de acceso a técnicas heterólogas de fecundación artificial

con el propósito de fertilización in vitro ( S.H. y otros contra Austria GS [TEDH 2010, 56] , núm. 57813/00, ap. 82, TEDH 2011).

57

En este caso el Tribunal considera que el deseo de los demandantes de gestar un niño que no esté afectado por la enfermedad genética de la que son portadores sanos y de recurrir, para hacerlo, a la fecundación médica asistida y al D.P.I. depende de la protección del artículo 8, constituyendo tal elección una forma de expresión de su vida privada y familiar. En consecuencia, cabe aplicar esta disposición en el caso.

b)

Observación del artículo 8 del Convenio

i

Injerencia «prevista por la Ley» y objetivo legítimo

58

El Tribunal constata que en la legislación italiana, la posibilidad de acceder a la procreación médicamente asistida está abierta sólo a parejas estériles o infértiles, así como a parejas donde el hombre está infectado con un virus de transmisión sexual (V.I.H., hepatitis B y C) (véase el artículo 4, apartado 1, de la Ley núm. 402004 y el Decreto del ministerio de Sanidad núm. 31639 de 11 de abril de 2008). No formando parte los demandantes de esas categorías de personas, no pueden acceder a la procreación médicamente asistida. En cuanto al acceso al D.P.I., el Gobierno reconoció explícitamente que en la legislación interna se prohíbe el acceso a este diagnóstico a cualquier clase de personas (véase el apartado 73). La prohibición en cuestión, por tanto, constituye una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar.

59

En opinión del Tribunal, esta injerencia está ciertamente «prescrita por la Ley» y puede considerarse que persigue los objetivos legítimos de la protección de la moral y los derechos y libertades de los demás, lo que no es discutido por las partes.

ii

Necesidad en una sociedad democrática

60

El Tribunal observa en primer lugar que la queja de los demandantes no trata sobre si, tomada aisladamente, la prohibición de acceder al D.P.I. es compatible con artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) . De hecho, los demandantes denuncian la falta de proporcionalidad de tal medida a la luz de aquello que el sistema legislativo italiano les autoriza a llevar a cabo un I.M.E. cuando el feto debía estar afectado por la patología de la que son portadores.

61

Para justificar la injerencia, el Gobierno se basa en la preocupación de proteger la salud del «niño» y de la mujer, la dignidad y la libertad de conciencia de los profesionales médicos y el interés en evitar el riesgo de derivas eugenésicas.

62

Al Tribunal no le convencen estos argumentos. Subrayando que el concepto de «niño» no puede ser equiparado al de « embrión », no ve cómo la protección de los intereses mencionados por el Gobierno es coherente con la posibilidad ofrecida a los demandantes de un aborto terapéutico cuando el feto está enfermo, teniendo en cuenta las consecuencias que ello conlleva tanto para el feto, cuyo desarrollo es obviamente mucho más avanzado que el de un embrión como para la pareja de los padres, especialmente para la mujer (véase el informe del CDBI del Consejo de Europa y los datos derivados de la proposición de Ley belga, apartados 25 y 34).

63

Además, el Gobierno no explica en qué medida el riesgo de derivas eugenésicas y de afectar a la dignidad y a la libertad de conciencia de los profesionales médicos quedaría excluida en el caso de realización legal de un I.M.E.

64

Hay que constatar que el sistema legislativo italiano en la materia carece de coherencia. Por una parte, prohíbe la implantación limitada sólo a los embriones no afectados por la enfermedad de la que los demandantes son portadores sanos; por otra parte, les permite abortar un feto afectado por la misma enfermedad (véase también el informe de la Comisión Europea, apartado 27).

65

Las consecuencias de tal sistema sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los demandantes son evidentes. Para proteger su derecho de traer al mundo un niño que no esté afectado por la enfermedad de la que son portadores sanos, la única posibilidad que tienen es la de iniciar un embarazo por medios naturales y proceder a una I.M.E. cuando el examen prenatal muestre que el feto está enfermo. En este caso, los demandantes ya han procedido una vez a un I.M.E. por este motivo, sobre el mes de febrero de 2010.

66

En este contexto, el Tribunal no puede ignorar, por un lado, la angustia de la demandante quien, ante la imposibilidad de realizar un D.P.I., tendría como única perspectiva de maternidad la relacionada con la posibilidad de que el niño esté afectado por la enfermedad en cuestión y, por otro lado, el sufrimiento derivado de proceder, en su caso, a un aborto terapéutico.

67

El Tribunal señala a continuación que en el caso de S.H. (ap. 96), la Gran Sala estableció que, en cuestión de fecundación heteróloga, teniendo en cuenta la evolución de la rama en examen, el margen de apreciación del Estado no podría estar restringido de manera decisiva.

68

Si bien reconociendo que la cuestión del acceso al D.P.I. plantea delicados interrogantes de orden moral y ético, el Tribunal señala que la elección realizada por el poder legislativo en la materia no escapa al control del Tribunal (véase, *mutatis mutandis* , S.H. [TEDH 2010, 56] , ap. 97).

69

En este caso, el Tribunal señala que, a diferencia del caso de S.H. (TEDH 2010, 56) (ya citado), donde el Tribunal tuvo que valorar la compatibilidad de la legislación austriaca que prohíbe la fecundación heteróloga con el artículo 8 del Convenio, en este caso, que se refiere a una fertilización homóloga tiene la tarea de verificar la proporcionalidad de la medida en litigio a la luz del hecho de que la vía del aborto terapéutico está abierto a los demandantes (véase el apartado 60).

70

Se trata por tanto de una situación específica que, basándose en los elementos de la legislación comparada que posee el Tribunal, además de a Italia, sólo concierne a dos de los treinta y dos Estados objeto de examen, a saber, Austria y Suiza. Además, con respecto a este último Estado, el Tribunal señala que está en curso un proyecto de enmienda a la Ley para reemplazar la prohibición del D.P.I. tal y como está actualmente establecida, por una admisión regulada (apartado 30).

3

Conclusión



Habida cuenta de la incoherencia del sistema legislativo italiano en materia de D.P.I. en el sentido descrito anteriormente, el Tribunal considera que la injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar ha sido desproporcionada. Así, el artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) ha sido violado en este caso.

### III

Sobre la violación del artículo 14 del Convenio

Invocando el artículo 14 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) , los demandantes denuncian haber sufrido una discriminación en relación a las parejas estériles o infértiles o en las que el hombre esté afectado por enfermedades víricas de transmisión sexual (tales como el VIH y la hepatitis B y C) pudiendo recurrir, según ellos al D.P.I. Este artículo dispone:

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación...».

El Gobierno alega que la legislación italiana prohíbe el acceso al D.P.I. a cualquier tipo de personas, limitándose el decreto ministerial de 11 de abril de 2008 a permitir a las parejas donde el hombre está afectado por enfermedades víricas de transmisión sexual, a acceder a la fecundación artificial con el fin de evitar el riesgo de transmisión de enfermedades sexualmente transmisibles a la madre y al niño fecundado por vías naturales. Las técnicas de procreación asistida únicamente se utilizarían en este contexto

con el fin de depurar el esperma de su condición infecciosa. A diferencia del D.P.I., se trata de un estado precedente al de la fecundación del embrión.

74

Los demandantes no contestan los argumentos específicos de este análisis.

75

El Tribunal recuerda que, en el sentido del artículo 14 del Convenio, la discriminación deriva del hecho de tratar de diferente manera, salvo justificación objetiva y razonable, a las personas situadas en una circunstancia dada, en situaciones comparables ( Willis contra Reino Unido [TEDH 2002, 36] , núm. 36042/97, ap. 48, TEDH 2002-IV, y Zarb Adami contra Malta [JUR 2006, 177080] , núm, 17209/02, ap. 71, TEDH 2006-VIII).

76

En este caso, el Tribunal constata que en cuestión de acceso al D.P.I., las parejas en las que el hombre está afectado por enfermedades víricas de transmisión sexual no son tratadas de manera diferente en relación a los demandantes, afectando la prohibición de acceder al D.P.I. a cualquier tipo de persona. Esta parte de la demanda es, por tanto manifiestamente infundada y debe ser rechazada en el sentido del artículo 35.3 y 35.4 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) .

IV

Aplicación del artículo 41 del convenio

77

El artículo 41 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) dispone,

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar

las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

A

Daño

78

Los demandantes reclaman 50.000 euros en concepto de daño moral sufrido.

79

El Gobierno se opone a esta reclamación.

80

El Tribunal considera que ha lugar a conceder a los demandantes, conjuntamente 15.000 euros en concepto de daño moral.

B

Costas y gastos

81

Asimismo, los demandantes reclaman 14.767,50 euros en concepto de costas y gastos satisfechos ante el Tribunal.

82

El Gobierno se opone a estas pretensiones.

83

Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante solo puede obtener el reembolso de los gastos y las costas en la medida en que se establezca su realidad, su necesidad y el carácter razonable de su cuantía. En este caso, y teniendo en cuenta la documentación en su poder y su jurisprudencia, el Tribunal considera razonable la cantidad de 2.500 euros por el procedimiento ante el Tribunal y lo acuerda para los demandantes.

C

Intereses de demora

84

El Tribunal considera apropiado fijar el tipo de los intereses de demora en el tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL POR UNANIMIDAD,

1º

Declara admisible la demanda en lo referente al artículo 8 e inadmisibile para el resto;

2º

Declara que hubo violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) ;

3º

Declara

a) Que el Estado demandado deberá abonar al demandante, dentro del plazo de tres meses, a partir de que la sentencia sea definitiva, de conformidad con el artículo 44.2 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) , las sumas siguientes,:

i. 15.000 EUR (quince mil euros) más las cargas fiscales correspondientes en concepto de daño moral;

ii. 2.500 EUR (dos mil quinientos euros) más las cargas fiscales correspondientes, en concepto de gastos y costas satisfechos ante el Tribunal;

b) Que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago;

4°

Rechaza el resto de la solicitud de indemnización.

Hecha en francés, y notificada por escrito el 28 de agosto de 2012, de conformidad con el artículo 77.2 y 77.3 del reglamento. Firmado: Françoise Elens-Passos, Françoise Tulkens Secretaria adjunta, Presidenta.