

# EL DERECHO A LA PROCREACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

## THE RIGHT TO PROCREATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT

FULVIO PASTORE\*

Recibido: 14/08/2018

Aceptado: 29/10/2018

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y BIO-DERECOS. II.- EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A PROCREAR EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. III.- NECESIDAD DE UNA LEY CONSTITUCIONAL SOBRE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA. IV.- EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO COMO ELEMENTO FÁCTICO DEL PARÁMETRO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE FERTILIZACIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA. V.- ILEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA FECUNDACIÓN HETERÓLOGA. VI.- SUPERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL DIAGNÓSTICO PRE-IMPLANTACIÓN. VII.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE SELECCIÓN DE EMBRIONES CON EL FIN DE EVITAR LA IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES CON ENFERMEDADES GENÉTICAS SEVERAS. VIII.- EL DERECHO A PROCREAR COMO UN DERECHO SOCIAL: LA INCLUSIÓN DE LA FECUNDACIÓN MÉDICA ASISTIDA EN EL LEA (NIVELES ESENCIALES DE ASISTENCIA). IX.- CONCLUSIONES SOBRE EL DERECHO A PROCREAR A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. X.- BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: I.- INTRODUCTION: SCIENTIFIC RESEARCH AND BIO-RIGHTS. II.- THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO PROCREATE IN THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE. III.- THE NEED FOR A CONSTITUTIONAL LAW ABOUT ASSISTED REPRODUCTION. IV.- SCIENTIFIC KNOWLEDGE AS FACTUAL ELEMENT OF THE PARAMETER FOR THE CONSTITUTIONAL LEGITIMACY OF THE LEGISLATION IN MEDICALLY ASSISTED FERTILISATION. V.- CONSTITUTIONAL ILLEGITIMACY OF THE ABSOLUTE PROHIBITION OF THE HETEROLOGOUS FERTILISATION. VI.- THE OVERCOMING OF THE PROHIBITION OF THE PRE-IMPLANT DIAGNOSIS. VII.- UNCONSTITUTIONALITY OF THE CRIME OF SELECTION OF EMBRYOS TO AVOID THE INTRODUCTION OF EMBRYOS WITH SERIOUS GENETIC DISEASES. VIII.- THE RIGHT TO PROCREATE AS SOCIAL RIGHT: THE INCLUSION OF MEDICALLY ASSISTED FERTILIZATION IN THE LEA (ESSENTIAL LEVELS OF ASSISTANCE). IX.- CONCLUSIONS ABOUT THE PROCREATE RIGHT IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE. X.- BIBLIOGRAPHY.

**Resumen:** La contribución destaca cómo, a pesar de las declaraciones significativas de inconstitucionalidad de las disposiciones individuales, el establecimiento de la ley núm. 40 de 2004 ha resistido en general la prueba de experiencia y jurisprudencia constitucional. Como mínimo, no se puede hablar de una distorsión completa de la

---

\* Professore associato confermato di Diritto costituzionale, Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale, e-mail: [f.pastore@unicas.it](mailto:f.pastore@unicas.it).

<https://dx.doi.org/10.17651/rej.n18.06>

disciplina legislativa dictada por la misma ley, ni, más aún, de la cancelación de la ley. Incluso después de las incisivas intervenciones del Tribunal Constitucional, es una disciplina que reconoce el derecho a procrear, pero no la de tener un hijo a cualquier costo. De hecho, el derecho a ser padre o madre siempre está equilibrado con la necesidad de proteger una serie de otros activos constitucionales primarios. En particular, el legislador y el Tribunal Constitucional han tenido debidamente en cuenta las necesidades de protección de los embriones; del niño por nacer; de la salud de la mujer; de los principios constitucionales en materia de familia.

**Palabras clave:** Fertilización médicamente asistida. Derecho a procrear. Bioética y bio-derechos. Jurisprudencia constitucional italiana.

**Abstract:** The contribution highlights how, despite significant declarations of unconstitutionality of individual provisions, the establishment of law no. 40 of 2004 has generally resisted the proof of experience and constitutional jurisprudence. At the very least, one can not speak of a complete distortion of the legislative discipline dictated by the same law, nor, even more so, of the cancellation of the law. Even after the incisive interventions of the Constitutional Court, it is a discipline that recognizes the right to procreate, but not that of having a child at any cost. In fact, the right to become a parent is always balanced with the need to protect a series of other primary constitutional assets. In particular, the legislator and the Constitutional Court have taken due account of the needs of embryo protection; of the unborn child; of the woman's health; of constitutional principles on the subject of family.

**Key words:** Medically assisted fertilization. Right to procreate. Bioethics and bio-law. Italian constitutional jurisprudence.

## I.- INTRODUCCIÓN: INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y BIO-DERECOS

El progreso científico y tecnológico a menudo produce casos inusuales que requieren ser regulados legalmente<sup>1</sup>. Se puede discutir acerca de cuál es la modalidad preferida para superar estos vacíos normativos<sup>2</sup>: la idea de hacer una regulación jurídica válida *erga omnes*, dejando a la autonomía contractual la cuestión de la regulación de las relaciones, parece entrar en conflicto con el hecho de que a menudo en estos casos, están involucrados derechos fundamentales de la persona que no son disponibles. El principal riesgo en este caso es el de dejar a la lógica economicista del mercado la definición de las relaciones en juego, lo que podría ir en detrimento de las partes más débiles, que pueden

---

<sup>1</sup> Sobre la naturaleza dinámica de los sistemas legales y la historicidad de los mismos, cfr. en concreto PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles, 1991.

<sup>2</sup> Sobre las técnicas de regulación legal de casos inéditos producido por el desarrollo de la investigación científica y tecnológica, ver., *ex plurimis*, CHIEFFI, L., *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Nápoles, ESI, 1993; RODOTÀ S., *Tecnología y Derechos*, Il Mulino, Bolonia, 1995.

ser mediatizadas por necesidades económicas a disponer de su dignidad, su salud y su cuerpo.

Por el contrario, en un sistema de *derecho civil* como el nuestro, confiar a la decisión de los jueces la solución de esas nuevas situaciones sin un marco legislativo previo, no sería muy apropiado al dejar a los jueces afrontar cuestiones complejas y cargadas de implicaciones morales sin tener un respaldo adecuado en una legislación, al menos, que contenga un marco de principios. El uso de una regulación legislativa detallada de estos supuestos generados por el progreso científico y tecnológico, a su vez, presenta una serie de contra-indicaciones, ya sea porque el legislador no siempre puede seguir al día con el veloz ritmo de los cambios que tienen lugar, o bien debido a que una norma legislativa demasiado detallada correría el riesgo de convertirse rápidamente en obsoleta debido a las innovaciones posteriores.

Sin embargo, en una democracia madura sólo el legislador estatal puede dictar un régimen jurídico sobre este tipo de relaciones, ya que sólo el Parlamento tiene el grado de representatividad y de pluralismo necesario para identificar y perseguir el interés general, así como para encontrar un discrecional y razonable equilibrio entre la necesidad de protección de los distintos derechos constitucionales implicados.

A fin de que el marco legislativo necesario sea coherente con el sistema de fuentes de producción normativa y no se quede rápidamente obsoleto, es preferible que se planteen sólo las normas de principio, dejando un espacio adecuado para la legislación regional en sus ámbitos de competencia o las regulaciones gubernamentales en materia de competencia legislativa estatal que no están cubiertos por las reservas de ley absoluta. Una regulación de principio, por otra parte, es más fácilmente adaptable por los jueces a los casos concretos que puntualmente conocen y que presentan, a veces, connotaciones muy peculiares.

Sobre estas breves consideraciones, la postura adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia 347/1998 puede ser plenamente condivida, en cuyo Fundamento Jurídico 4se afirma: "La identificación de un equilibrio razonable entre los distintos derechos constitucionales involucrados, respetando la dignidad de la persona humana, pertenece principalmente a la valoración del legislador. Sin embargo, dada la actual falta de legislación, corresponde al juez buscar en el conjunto del ordenamiento, la interpretación idónea para garantizar la protección de la propiedad constitucional mencionada".<sup>3</sup>

Cuando, finalmente, el legislador interviene para dictar regular los casos inéditos que se deben al desarrollo científico y tecnológico compete en todo caso a la Corte Constitucional verificar que la discreción del legislador ha sido ejercida de una manera

---

<sup>3</sup> En el caso citado, la Corte Constitucional declaró inadmisibile por falta de relevancia, la cuestión de constitucionalidad del artículo 235 del Código Civil que elevó por vía incidental el Tribunal de Nápoles. El Tribunal Constitucional, de hecho, excluyó al dictaminar que la norma sobre la falta de reconocimiento del niño nacido de una relación adúltera pudiera aplicarse por analogía a la del hijo nacido en el matrimonio por una fecundación asistida heteróloga en la que el cónyuge había dado su consentimiento previo.

razonable y ha logrado un equilibrio adecuado de los derechos constitucionales involucrados.<sup>4</sup>

## II.- EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A PROCREAR EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El derecho a procrear no está previsto expresamente en la Constitución. Sin embargo, como es sabido, los derechos inviolables de la persona previstos por nuestro sistema constitucional, en la jurisprudencia constitucional, no se consideran como una lista de las situaciones jurídicas subjetivas expresa y taxativamente enumeradas, sino más bien como una categoría abierta<sup>5</sup>. De hecho, la Corte Constitucional, basándose en la interpretación lógica y sistemática de las disposiciones constitucionales, que ha puesto en el centro de ese sistema el principio personalista reconocido en el art 2 de la Constitución, ha concedido cobertura constitucional a nuevos tipos de derechos inviolables emergidos a lo largo del tiempo<sup>6</sup>. Este trabajo fundamental de actualización hermenéutica tuvo, entre otras cosas, el mérito fundamental de mantener actual y con vida a la Constitución de 1947 a pesar de la gran agitación social trascendental, cultural, económica, científica y tecnológica que se produjo desde su aprobación a hoy.<sup>7</sup>

En teoría, no se comenzó a hablar de la existencia de un derecho inviolable de la persona a procrear hasta mediados de los años noventa del pasado siglo<sup>8</sup>. Por otra parte, en ausencia de disposiciones legislativas y constitucionales que lo previeran expresamente hasta finales de los años ochenta, muchos jueces ordinarios siguieron excluyendo la existencia de un auténtico y propio derecho de procrear.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Sobre el escrutinio de razonabilidad ver, en concreto, SCUDIERO, M.- STAIANO, S. (Eds), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Publicaciones del Departamento de Derecho Constitucional y Comparado de la Universidad de Nápoles Federico II, nº 1, Ed. Jovene, Nápoles, 1999.

<sup>5</sup> Sobre el tema ver, *ex plurimis*, STAIANO, S., “Vicende e tecniche della normazione costituzionale”, en AAVV., *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Actas de la Jornada de estudio en Messina el 14 de diciembre de 2006, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>6</sup> Sobre el estudio de la jurisprudencia constitucional en el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales desde la perspectiva del derecho constitucional europeo, en particular, consultar STAIANO, S., “I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell’Unione Europea”, en AAVV., *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, editado por Scudiero, M., Jovene, Nápoles, 2002.

<sup>7</sup> Sobre la naturaleza abierta de la categoría de derechos inviolables cfr., *ex plurimis*, BARBERA, A., “Sub Art. 2 de la Constitución”, En Branca, G., (Ed), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975; BARILE, P., *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.

<sup>8</sup> Pastore, F., “Diritto a procreare: rilievo costituzionale e limiti. La procreazione medicalmente assistita tra bio-etica e regolamentazione giuridica”, en Riv. Giuridica del Molise e del Sannio, ESI, nº 2/ 1996, pp. 83-110; Pastore, F., “Il diritto di procreare: natura, titolarità e limiti”, en V. Baldini (ed.), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2004, pp. 159-172.

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Monza de 27 de octubre de 1989 sobre el tema de la maternidad subrogada, donde se niega la capacidad de configuración de un verdadero derecho a la procreación como un aspecto particular del derecho más general a la personalidad, considerando que no puede deducirse de ninguna disposición constitucional de que el interés en tener descendencia pueda ser

El primer reconocimiento por parte de la Corte Constitucional del derecho a procrear como un derecho fundamental del hombre se encuentra en la Sentencia n° 332/2000.

La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 7, párrafo 3°, de la Ley 64/1942, 29 de enero, de reforma de la ley de la Policía de Finanzas, en el que se incluye, entre los requisitos para ser reclutados en el cuerpo de la Policía de Finanzas, no tener hijos. Esta disposición, en opinión de la Corte Constitucional suponía una injustificable "limitación del derecho a procrear, o convertirse en padre."

Por lo tanto, la Corte Constitucional, en su sentencia, reconoce por primera vez no solo la existencia e importancia constitucional del derecho a procrear, sino también reconoce la naturaleza de derecho fundamental. En particular, en esa sentencia, la Corte Constitucional considera el contraste de las disposiciones legislativas en disputa con los artículos 2, 3, 30 y 31 de la Constitución, "no pudiéndose reconocer, incluso en la delicada fase de reclutamiento y formación, una exigencia de la organización militar tan preminente como para justificar una limitación del derecho a procrear, o convertirse en un padre, incluso limitada al momento del ingreso o a la admisión en los cursos de formación. Una interferencia tal en la vida privada y familiar de la persona –susceptible de persistir, posiblemente incluso más allá del periodo de entrenamiento militar, durante los primeros años después de tomar el servicio permanente- no puede, en el plano de los principios constitucionales, ser justificada por la intensidad y la exigencia de exclusividad al cuerpo que debe vincular a los militares durante la fase de instrucción, debiendo encontrarse otros medios ajenos a la prohibición de tener descendencia para asegurar la necesaria continuidad en la frecuencia de los cursos de formación. Esa prohibición está en conflicto con los derechos fundamentales de la persona, tanto como individuo, como en los grupos sociales donde expresa su personalidad, protegiendo el art. 2 de la Constitución de la integridad de la esfera personal de la persona y su libertad a la autodeterminación de la vida privada”.

El Tribunal Constitucional italiano, así, no solo reconoce por primera vez la existencia y el valor constitucional del derecho a procrear, sino incluso avanza en su consideración de derecho fundamental.

La Corte Constitucional ha anclado en la sentencia examinada el derecho a procrear en los artículos 2, 3, 30 y 31 de la Constitución, debido a que esos eran los parámetros de constitucionalidad definidos por esa resolución. Sin embargo, no hay duda que desde una perspectiva lógica y sistemática, el fundamento del derecho a procrear se asentase también en los arts. 29 y, especialmente, 32, párrafo primero, de la Constitución, como luego se afirmó en las sentencias sobre la fecundación asistida que trataremos posteriormente.

---

elevado a la categoría de derecho subjetivo o que existiera un concepto de la paternidad o maternidad separado de un fundamento biológico.

El Tribunal Constitucional, en efecto, en su sentencia nº 332/2000 reconoció por primera vez la existencia del derecho inviolable de la persona a procrear, pero no aclaró del todo la naturaleza, la titularidad y los límites. Cuestiones que se tratarán de investigar mejor a luz de la jurisprudencia constitucional posterior, con especial referencia a las sentencias en el ámbito de la fecundación asistida.

### **III.- NECESIDAD DE UNA LEY CONSTITUCIONAL SOBRE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA**

Las primeras normas legislativas sobre fecundación asistida médica se desarrollaron en el año 2004 con la Ley nº 40, durante el transcurso de la legislatura XIV, a pesar de que las propuestas de regulación legislativa de la materia se habían ya propuesto desde la VIII Legislatura (1979-1983). La dificultad para lograr la aprobación de una legislación en esta materia depende principalmente de dos razones: la confrontación parlamentaria en asuntos de estricta conciencia, como el que nos ocupa, se presta a generar enfrentamientos dialecticos, a menudos ásperos, difícilmente reconducibles a lógicas de partido, por lo que la mayoría prefiere a menudo reenviar las decisiones a fin de evitar escisiones dentro de ella; la segunda razón, el recurso frecuente a elecciones anticipadas dificulta la conclusión de los procedimientos legislativos que requieren discusiones extensas y profundas.

Las principales líneas de la Ley nº 40/2004 pueden resumirse en: el uso de la procreación asistida médicamente sólo en ausencia de métodos eficaces de eliminar las causas de la infertilidad o esterilidad; el acceso a las técnicas de procreación médicamente asistida sólo para parejas de diferente sexo y edad, casadas o unidas, en edad fértil y vivos ambos; la pareja debe dar su consentimiento informado por escrito a la fertilización; al Ministerio de Salud se le confía la tarea de definir las directrices y los procedimientos de las técnicas de procreación asistida médicamente a los que están sometidas todas las estructuras autorizadas; el reconocimiento del *status* de hijos de la pareja solicitante de los niños nacidos como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida médicamente; prohibición de negar la paternidad y el anonimato de la madre; prohibición de la subrogación; prohibición de la clonación; prohibición de la experimentación con embriones humanos; prohibición de manipulaciones eugenésicas; prohibición de manipulaciones de la línea germinal humana.

Las prohibiciones establecidas por la Ley mencionada están acompañadas por una serie de sanciones pecuniarias y administrativas. Falta un adecuado sistema de sanciones de tipo penal; por otra parte, las sanciones pecuniarias y administrativas se dirigen principalmente a médicos y centros de salud, en lugar de hacia las personas que deciden hacer uso de técnicas de inseminación artificial prohibidas por la ley. Desde este punto de vista, la ley parece un poco débil, ya que no pone un límite adecuado a los supuestos de incumplimiento de las prohibiciones y no se ocupa de ninguna manera del llamado turismo de procreación.

Entre los aspectos críticos que la normativa presentaba inicialmente destacaban los siguientes: prohibición del diagnóstico de pre-implantación; obligación de producir e implantar simultáneamente tres embriones; prohibición de la fecundación heteróloga incluso para las parejas infértiles.

Estos tres últimos puntos, inmediatamente después de la entrada en vigor de la ley fueron objeto de la presentación de un *referéndum* de derogación parcial de la ley. Las preguntas del referéndum fueron admitidas a trámite por la Corte Constitucional<sup>10</sup> pero no llegaron a prosperar por falta de *quórum estructural*, es decir, por el hecho de no participar en la votación la mayoría necesaria de los que tenían derecho a voto. Este resultado fue ayudado por el hecho de que las fuerzas políticas que se opusieron al referéndum invitaron a los votantes a no ir a votar, por lo que la abstención solicitada unida a la fisiológica determinó que las consultas no prosperasen.

Como se verá a continuación, los mismos puntos de la Ley n° 40/ 2004 han sido objeto de sentencias de la Corte Constitucional en procedimientos de legitimidad constitucional, mediante las cuales dichas normas han sido modificadas para evitar sus perfiles de ilegitimidad constitucional.

En la misma ronda de consultas referendarias que se llevaron a cabo, hay que subrayar que la Corte Constitucional declaró improcedente (sentencia n. 45/2005) la pregunta n° 1, destinada a la derogación total de la Ley n° 40/2004.

En particular, en el Fundamento Jurídico 6 de la sentencia n. 45/2005, el Alto Tribunal señala que: «*La Ley n° 40/2004 consta de dieciocho artículos divididos en siete capítulos ("Principios Generales", "Acceso a la técnica", "Disposiciones relativas a la protección del nasciturus", "Regulación de las entidades autorizadas para la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida", "Prohibiciones y sanciones", "Medidas para proteger el embrión" y "Disposiciones finales y transitorias"). Estos, en conjunto, regulan de forma analítica una multiplicidad de diferentes perfiles vinculados o conectados a la procreación asistida médicamente, materia previamente no regulada por el legislador.*

*Se trata de la primera legislación general relativa a un ámbito delicado, que en los últimos años ha experimentado un desarrollo correlativo al de la investigación y las técnicas médicas y que, sin duda, afecta a una serie de intereses constitucionales*

---

<sup>10</sup> Cfr. sobre la prohibición de diagnóstico pre-implantación, la sentencia de la Corte Constitucional n° 46/2005 (Declaración de admisibilidad de la pregunta n. 2, titulada "Procreación médicamente asistida - límite a la investigación clínica y experimental en embriones - derogación parcial"); cfr. sobre la obligación de producción e implantación simultánea de tres embriones, la sentencia de la Corte Constitucional n° 47/2005 (Declaración de la admisibilidad de la pregunta n° 3 titulada "Procreación asistida médicamente - normas sobre los límites de acceso - derogación parcial") y sentencia n. 48/2005 (Declaración de admisibilidad de la pregunta n. 4 titulada "Procreación asistida médicamente - normas sobre la finalidad, los derechos de las partes implicadas y los límites de acceso - Derogación parcial"); ver sobre la prohibición de la fecundación heteróloga, la sentencia de la Corte Constitucional n° 49/2005 (Declaración de admisibilidad de la pregunta n. 5).

*importantes que, en conjunto, postula un equilibrio entre ellos que asegura un nivel mínimo de protección legislativa. Exigencia que ya destacó esta Corte en su sentencia n. 347/1998.*

*Propósitos similares de equilibrio y protección se han establecido a nivel internacional, en concreto con ciertas disposiciones del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 (Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en relación con la aplicación de la biología y de la medicina. Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina) y su Protocolo adicional, firmado en París el 12 de enero de 1998 (sobre la prohibición de la clonación de seres humanos), textos suscritos también por la Comunidad Europea y de los que el legislador nacional ha autorizado su ratificación y ha determinado su ejecución mediante la Ley nº 145/2001, de 28 de marzo (Ratificación y aplicación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en relación con la aplicación de la biología y la medicina: Convenio de Derechos Humanos y la Biomedicina, firmado en Oviedo 4 de abril de 1997 y el Protocolo adicional de 12 de enero de 1998, nº 168, sobre la prohibición de la clonación de seres humanos), así como algunos de los contenidos del art. 3 (Derecho a la integridad de la persona) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en 2000, en términos de consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, la prohibición de prácticas eugenésicas, la prohibición de la clonación reproductiva de seres humanos.*

*La solicitud de un referéndum para derogar toda la Ley 40/2004, por tanto, afecta a una normativa que -de conformidad con lo antes explicitado- es constitucionalmente necesaria. Este motivo de inadmisibilidad es absorbente respecto de los otros parámetros del juicio».<sup>11</sup>*

#### **IV.- EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO COMO ELEMENTO FÁCTICO DEL PARÁMETRO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE FERTILIZACIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA**

A pesar de haber definido en su sentencia nº 45/2005, mencionada anteriormente, la Ley nº 40/2004 como una ley constitucionalmente necesaria, con el tiempo, la Corte

---

<sup>11</sup> Sobre las sentencias de la Corte Constitucional ns. 45, 46, 47, 48 y 49 de 2005 cfr., en particular, DI BLASI, A., “I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale”, en la revista telemática *Costituzionalismo.it*, 23 de marzo de 2005; LAMARQUE, E., “Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata”, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005; PENASA, S., “L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"”, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 abril 2005; PUGIOTTO, A., “Fuga dal referendum: “Comitati del no” e Governo a Corte”, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 marzo 2005; RUGGERI, A., “Tutela “minima” di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005)”, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005; SATTÀ, V., “Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005”, en *Rivista elettronica Amministrazione in cammino*, 23 julio 2007.

Constitucional ha tenido la oportunidad de modificar su criterio debido a la existencia de una serie de vicios de legitimidad<sup>12</sup>.

Desde este punto de vista, por lo tanto, el análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la regulación legislativa de la fecundación asistida médicamente confirma que la Corte Constitucional considera preferible que, en asuntos en los que están involucrados bienes jurídicos de relevancia constitucional primaria, haya un marco legislativo, aunque pueda contener algún vicio de legitimidad constitucional, antes que un vacío legal.

Este *horror vacui* de la Corte que, como es sabido, constituye uno de los factores que condujeron a la actitud de *autocontrol/self restraint* que ha caracterizado tradicionalmente a la jurisprudencia constitucional, empujándola a desarrollar durante décadas de actividad una rica tipología de técnicas decisorias que le permitieron evitar resoluciones meramente demoleadoras.

Con la sentencia n° 151/2009, en concreto, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 14, párrafo 2, de la Ley n° 40/2004, de 19 de febrero (Normas sobre la reproducción asistida), limitándose a la frase "en una implante único y contemporáneo, en todo caso no superior a tres"; también declara que el artículo 14, párrafo 3, de la Ley n° 40/2004 en aquella parte que no prevé que la transferencia de los embriones que serán implantados tan pronto como sea posible, como se indica en esta norma, debe llevarse a cabo sin perjuicio de la salud de la mujer.<sup>13</sup>

La segunda declaración de inconstitucionalidad contenida en la parte dispositiva de dicha sentencia, relativa al apartado 3 del artículo 14 de la Ley n° 40/2004, se presenta como una sentencia aditiva de principio. De hecho, la Corte Constitucional sanciona una omisión del legislador que no proporcionó un marco legislativo adecuado para salvaguardar la salud de la mujer que recibe el implante. Por lo tanto, la Corte no reemplaza por completo al Legislador, como lo habría hecho si hubiera ido tan lejos como para prescribir la modalidad a seguir a fin de evitar los efectos adversos para la supuesta

---

<sup>12</sup> Sobre el relieve de las intervenciones de la jurisprudencia constitucional en la Ley n° 40/2004 cfr., *ex plurimis*, ABAGNALE, M., "La Procreazione Medicalmente Assistita nella metamorfosi della legge 40/2004", en Forum di Quaderni Costituzionali, 22 gennaio 2015; ANGELINI, F., "Procreazione medicalmente assistita", en Dig./Disc. Pubbl., Agg., VI, 2015; D'ALOIA, A., "L'(ex) 40", en Quaderni Costituzionali, n. 4/2015; D'ALOIA, A., "Quel che resta della legge 40", en Rivista di BioDiritto, n. 2/2014; DOLCINI, E., "La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua", en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 4/2014; SANFILIPPO, P., "La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini", en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 2, 2015.

<sup>13</sup> Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional n.151/2009 ver, en particular AGOSTA, S., "Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)", en Forum di Quaderni Costituzionali, 19 settembre 2009; CHINNI, D., "La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004", en Consulta OnLine, rubrica Studi, 2009; DI GENIO, G., "Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita", en Forum di Quaderni Costituzionali, 20 maggio 2009; TRUCCO, L., "Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere", en Consulta OnLine, rubrica Studi, 2009.

madre, pues deja a la discrecionalidad del Legislador un espacio de actuación del principio constitucional afirmado.

La sentencia es particularmente interesante porque la Corte Constitucional utiliza un hecho puramente fáctico -los conocimientos científicos- como elemento de integración del parámetro de legitimidad constitucional. Según la Corte, el equilibrio correcto entre la necesidad de proteger el embrión y el de la protección de la salud de la posible madre no puede ser identificado por el Legislador a través de evaluaciones abstractas, sino que debe dejar espacio para una evaluación médica que tenga en cuenta la salud general de la mujer que tiene la intención de recibir el implante.

Dirimientes, en este sentido, las consideraciones expuestas en Fundamento Jurídico 6 de dicha sentencia:

*«Hay que decir que la ley examinada revela -como se ha señalado por los recurrentes - un límite a la protección otorgada al embrión, ya que incluso en el caso de limitación sólo a tres embriones producidos, sin embargo, se admite que algunos de ellos no pueden dar lugar a un embarazo, estableciendo el número máximo de embriones implantables precisamente a ese riesgo, lo que permite un debilitamiento de la protección del embrión con el fin de garantizar las expectativas concretas de embarazo, de acuerdo con los propósitos señalados por la ley.*

*Por tanto, la protección del embrión no es absoluta, sino limitada, a fin de encontrar el equilibrio adecuado entre la protección y las necesidades de procreación.*

*Dicho esto, hay que señalar que la prohibición establecida en el párrafo 2 del art. 14 determina, con exclusión de cualquier posibilidad de crear un número de embriones mayor que el estrictamente necesario para un implante único y contemporáneo, la necesidad de multiplicar los ciclos de fertilización (en contraste también con el principio expresado art. 4, párrafo 2, de gradualidad y menor invasividad de la técnica de reproducción asistida), ya que no siempre los tres embriones producidos son potencialmente capaces de dar lugar a un embarazo. Las posibilidades de éxito varían, de hecho, tanto en relación con las características de los embriones, como con las condiciones subjetivas de las mujeres que se someten al procedimiento de reproducción asistida, y, por último, a la edad de la misma, cuyo avance gradual reduce las posibilidades de un embarazo.*

*El límite legal cuestionado termina, por lo tanto, por un lado, por favorecer - recurriendo a la repetición de dichos ciclos de estimulación ovárica cuando en el primer intento no da resultado- el aumento de riesgo de aparición de patologías que tales hiperestimulaciones producen; por otra parte, determina, en los casos de injerto, un perjuicio de tipo diferente a la salud de la mujer y el feto, en presencia de embarazos múltiples, teniendo en cuenta la prohibición de la reducción selectiva de embriones del art. 14, párrafo 4, exceptuando la posibilidad de abortar. Esto se debe a que el texto legal no reconoce al médico la posibilidad de realizar una evaluación, sobre la base de los conocimientos técnicos y científicos más recientes y acreditados, del caso concreto sometido a tratamiento, con la consiguiente determinación, de vez en cuando, de los límites numéricos de los embriones de la implantación que se consideran relevantes para*

*asegurar un serio intento de inseminación artificial, minimizando los riesgos imaginables para la salud de la mujer y el feto.*

*En este sentido, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional ha subrayado en repetidas ocasiones los límites a la discrecionalidad del Legislador debido a los avances científicos y experimentales, que están cambiando constantemente y son la columna vertebral de la técnica médica: de modo que, en el campo de la práctica terapéutica, la regla básica debe ser la autonomía y la responsabilidad del médico, quien, con el consentimiento del paciente, hace las operaciones profesionales necesarias (Sentencias n° 338 de 2003 y n° 282 de 2002).*

*La previsión de la creación de no más de tres de embriones, en ausencia de cualquier consideración de las condiciones subjetivas de la mujer al someterse al procedimiento de reproducción asistida, no es, en última instancia, una violación del artículo 3 de la Constitución, amparado bajo la doble perspectiva del principio de razonabilidad y de igualdad, ya que el poder legislativo adopta el mismo trato a situaciones diferentes; así como el artículo 32 de la Constitución, por el daño a la salud de la mujer - y, si es necesario, como hemos visto, el feto - conectado al mismo.*

*Debe, por lo tanto, declararse inconstitucional el art. 14, párrafo 2 de la Ley n° 40 de 2004 en relación con el párrafo que dice "en un implante único y contemporáneo, en todo caso no más de tres".*

*La intervención demolitoria mantiene, así, el principio según el cual las técnicas de producción no deben crear una serie de embriones mayor que la estrictamente necesaria, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto planteadas al médico, pero excluyen la provisión de la obligación de un implante único y contemporáneo y el número máximo de embriones a ser implantados, eliminando así tanto la irrazonabilidad de un tratamiento idéntico para casos diferentes, como la necesidad de la mujer de someterse a ulteriores estimulaciones ováricas, con una posible lesión de su derecho a salud.*

*Las anteriores conclusiones, que introducen una excepción al principio general de prohibición de criopreservación del párrafo 1 del artículo 14, como una consecuencia lógica de la caducidad, dentro de los límites indicados, del apartado 2 - que determina la necesidad de recurrir a la técnica de la congelación respecto a los embriones producidos pero no implantados por decisión médica - implica, también, la declaración de inconstitucionalidad del párrafo 3, en la parte en la que no prevé que la transferencia de embriones, que se llevará a cabo tan pronto como fuera posible, conforme a lo dispuesto en esta norma, debe llevarse a cabo sin perjuicio de la salud de la mujer".*

## **V.- ILEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA FECUNDACIÓN HETERÓLOGA**

Con la sentencia n° 162 de 2014 la Corte Constitucional declaró inconstitucionalidad la prohibición absoluta de la fertilización heteróloga por ser contraria al derecho inviolable de la persona para procrear<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Sobre la sentencia de la Corte Constitucional n. 162 de 2014, cfr.: MORRONE A., "Ubi Scientia IBI iura", en la revista Studi, 2014; SORRENTI G., "Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)", en Consulta on line, Studi, 2014; RUGGERI A., "La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al «dialogo» con la Corte Edu", en Forum di Quaderni costituzionali, 2014; TIGANO V.,

En la mencionada sentencia la Consulta declaró la ilegitimidad constitucional del art. 4, párrafo 3, de la Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004 (Normas sobre reproducción asistida), en la medida en que establece para la pareja que se refiere el artículo 5, párrafo 1, de la misma Ley, la prohibición del uso de técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga, cuando haya sido diagnosticada una enfermedad que sea causa de infertilidad o esterilidad absoluta e irreversible<sup>15</sup>. La premisa lógica del razonamiento de la Corte Constitucional, en consonancia con los razonamientos jurisprudenciales antes mencionados, es la discreción del legislador para identificar el punto de equilibrio entre los intereses constitucionales en juego. Sin embargo, esta facultad no puede escapar al escrutinio de legitimidad de la Corte Constitucional llevado a cabo mediante el canon de razonabilidad.

La *Consulta* considera, de hecho, que la prohibición de recurrir a la fecundación heteróloga tiene como finalidad proteger a los nacidos, en concreto, tanto con referencia al riesgo psicológico derivado de una paternidad no natural, así como a la violación del derecho a conocer su propia identidad genética.

---

"La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro", en *Diritto Penale Contemporaneo*, 13.6.2014; PENASA S., "Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico", en *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; D'AMICO G., "La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014", en *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; GIRELLI F., "Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa", en *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 599-602; PERRINI F., "La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo", en *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 603-605; VIOLINI L., "La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione", en *Osservatorio Costituzionale*, 2014; BALDINI V., "Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo", en *Rivista elettronica Dirittifondamentali.it*, 15.9.2014; CASONATO C., "La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte", en *Confronti costituzionali*, 2014; CIERVO A., "Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo", en "L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo", <https://diritti-cedu.unipg.it/>; RODOMONTE M. G., "È un diritto avere un figlio?", en *Confronti Costituzionali*, 2014; VERONESI P., "La legge sulla procreazione assistita perde un altro «pilastro»: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa", en *Forum di Quaderni costituzionali*, 5.3.2015; D'ALOIA A., "Quel che resta della legge 40", en *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014; D'AMICO M., "L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa", en *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014; RIVERA I., "Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità", en *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014; TRIPODINA C., "Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti", en *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014; AGOSTA S., "L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004", en *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014; CAPIZZI G., "Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria", en *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014; CASINI M. – CASINI C., "Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'«adozione per la nascita», en *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014; SALONE B., "Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004", en *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014; CITTÀ M., "Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza)", en *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014.

<sup>15</sup> En el mismo fallo declara por las mismas razones: la inconstitucionalidad del art. 9, párrafo 1, de la Ley núm. 40 de 2004, se limita a las palabras "en violación de la prohibición del artículo 4, párrafo 3"; Se declara que el artículo. 9, párrafo 3, de la Ley núm. 40 de 2004, se limita a las palabras "en violación de la prohibición del artículo 4, párrafo 3"; Se declara que el artículo. 12, párrafo 1, de la Ley núm. 40 de 2004.

La Corte Constitucional, sin embargo, también pone de relieve cómo la extensión de esta prohibición a las parejas afectadas por esterilidad absoluta e irreversible afecta a una serie de derechos constitucionales primarios: derecho a procrear; derecho a formar una familia caracterizada por la presencia de los niños; derecho a la salud.

La *Consulta*, por lo tanto, afirma en el Fundamento Jurídico 13 que el Legislador había hecho un uso irracional de la propia discrecionalidad en el equilibrio de los importantes intereses constitucionales en juego. Ahí se puede leer, de hecho, entre otras cosas, lo siguiente:

*«De acuerdo con estos principios, a la luz de la finalidad declarada por la Ley n° 40 de 2004 "de promover la solución de los problemas derivados de la esterilidad de reproducción o de la infertilidad humana" (art. 1, párrafo 1), la exclusión absoluta de acceso al PMA (Fecundación médica asistida) de tipo heterólogo introduce un elemento evidente de irracionalidad, ya que la negación del derecho absoluto para hacer la paternidad, la formación de familias con niños, son relevantes para el derecho a la salud, en los términos establecidos anteriormente, se establece en detrimento de las parejas afectadas por enfermedades graves, en contraposición a la ratio legis. No detecta que las situaciones en comparación no son completamente comparables, tanto porque es irrelevante en relación con el canon de racionalidad de la norma, como por "el principio del art. 3 de la Constitución es vulnerado, no sólo cuando los tratamientos comparados son formalmente contradictorios ante la identidad del supuesto, sino también porque la diferencia de trato es irracional de acuerdo con las reglas del discurso práctico, porque en este supuesto, aunque diferentes, son razonablemente similares" (sentencia n° 1009 de 1988), como sucede precisamente en el presente caso.*

*La prohibición controvertida produce, en última instancia, una lesión de la libertad fundamental del objetivo de la Ley n° 40 de 2004 para formar una familia con hijos, sin que su carácter absoluto se justifique por la necesidad de proteger al nacido, que, en virtud de lo ya mencionado anteriormente sobre la situación de protección del nacido, ya deducible de la normativa vigente, deben ser considerados como adecuadamente protegidos.*

*La regulación de los efectos del PMA (Fecundación médica asistida) de tipo heterólogo practicada fuera de nuestro país, a pesar de que está correctamente inspirada con la finalidad de proporcionar la protección necesaria a los nacidos, pone de relieve un elemento más de la irracionalidad de la normativa controvertida. Esto crea, de hecho, un tratamiento diferente injustificado de las parejas afectadas por una enfermedad más grave, de acuerdo con la capacidad económica de las mismas, que se eleva insoportablemente el ejercicio de un derecho fundamental, pues permitido sólo a aquellos que disponen de los recursos financieros necesarios para poder utilizar esta técnica en otros países. Y esto no es una mera consecuencia de hecho, sino el efecto directo de las disposiciones en cuestión, como consecuencia de un equilibrio de intereses manifiestamente irrazonable. En última instancia, la norma censurada, aunque su objetivo sea garantizar la protección a un valor constitucional, establece una disciplina que no cumple con el vínculo del menor sacrificio posible de otros intereses y valores constitucionalmente protegidos, llegando a producir una lesión clara e irreversible*

*algunos de ellos, en violación de los principios constitucionales mencionados anteriormente».*

En la misma sentencia, por otra parte, la *Consulta* también ha señalado que la prohibición de la fecundación heteróloga no tiene nada que ver con la prohibición de la maternidad de alquiler. Prohibición, ésta última, que se mantiene sin cambios también para las parejas que sufren de esterilidad absoluta e irreversible. De hecho, la fecundación heteróloga se produce cuando se utiliza un gameto de una persona distinta de la pareja, pero el embrión se implanta en la parte de la mujer de la pareja que desea tener acceso a la fertilización asistida, y la subrogación supone que el embrión se implanta en el útero de una mujer extranjera a la pareja solicitante<sup>16</sup>.

## **VI.- SUPERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL DIAGNÓSTICO PRE-IMPLANTACIÓN**

Con la Sentencia nº 96 de 2015, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 1, párrafos 1 y 2, y art. 4, párrafo 1, de la Ley nº 40, 19 de febrero de 2004 (Normas sobre la reproducción médica asistida), en la medida en que no permite el uso de técnicas de reproducción médica asistida para parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas transmisibles y que cumplen los criterios de gravedad del art. 6, párrafo 1, letra b) de la Ley nº 194, 22 de mayo de 1978 (Norma para la protección social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo), verificado por los correspondientes servicios públicos<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Véase, a este respecto, el FJ n. 9 de la sentencia de la Corte Constitucional, donde se puede leer lo siguiente: «Con carácter preliminar, hay que señalar que el tipo de PMA (Fecundación medica asistida) heteróloga tiene como objetivo promover la vida y plantea problemas refiriéndose al tiempo después del nacimiento. La consideración de que la prohibición fue censurada en la medida en que impide el uso de esta técnica si se establece que hay una enfermedad, que causa esterilidad irreversible o infertilidad absoluta, debe ser excluido, en la raíz, de hecho, el posible uso de los mismos para fines ilegítimos eugenésicas.

La presente técnica (que debe ser estrictamente limitada a la donación de gametos y mantiene separada de métodos adicionales y diferentes, como el llamado "madres de alquiler", expresamente prohibidos por el artículo. 12, párrafo 6, de la Ley nº 40 de 2004, prescripción sin censura y que de ninguna manera y en ningún momento se graba por esta sentencia, por lo que conserva validez y eficacia) no supone, a la luz de los resultados conocidos de la ciencia médica, mayores riesgos para la salud de los donantes y donatarios más allá de la normal aleatoriedad inherente a cualquier práctica terapéutica, aún ejecutada dentro de estructuras que operan bajo un estricto control de las autoridades, bajo la observancia de los protocolos desarrollados por el organismo especializado para este fin».

<sup>17</sup> Sobre la sentencia de la Corte Constitucional n. 96 de 2015, cfr : MALFATTI E., "La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non «scontata» né (del tutto) condivisibile", en *Consulta on line*, Studi, 2015/II, 533 ss.; REPETTO G., "La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute", en *Diritti Comparati*, 11.6.2015; GIACOMINI M., "Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?", en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28.6.2015; TRIPODINA C., "Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica", en *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2015; PENASA S., "L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti «rafforzati», en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8.7.2015; PATRONI GRIFFI A., "Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza", en *Rivista AIC*, n. 3, 2015; PELLIZZONE I., "L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi

Según la Corte Constitucional, hubo, en primer lugar, un aspecto insuperable de irracionalidad en la prohibición indiscriminada, que se oponía a las disposiciones anteriores, en el acceso a los PMA, con diagnóstico previo a la implantación, por parte de parejas fértiles afectadas (también como portadores sanos) a partir de enfermedades genéticas hereditarias graves, susceptibles (de acuerdo con la evidencia científica) de transmitir anomalías o malformaciones significativas al *nasciturus*. Esto es así porque, con la actual antinomia legislativa (elaborada por el Tribunal de Estrasburgo, en la recordada Sentencia Costa y Pavan contra Italia), nuestro sistema permite, sin embargo, para estas parejas lograr el objetivo de no engendrar un hijo con la enfermedad específica hereditaria que aporta, sin lugar a dudas mucho más traumático, el modelo de interrupción voluntaria (también repetido) de los embarazos naturales – consentido en el art. 6, párrafo 1, letra b) de la Ley nº 194, 22 de mayo de 1978 (Reglamento para la protección social de la maternidad y la interrupción voluntaria de su embarazo) - cuando por medio de pruebas prenatales usuales estén «verificadas patologías [...] relacionadas con anomalías o malformaciones del *nasciturus* que constituyen una grave peligro para la salud física o mental de las mujer».

En segundo lugar, el legislador, en opinión de la Corte Constitucional, habría ejercido su discrecionalidad de forma injustificada, incumpliendo el necesario equilibrio entre la necesidad de proteger al *nasciturus* y la necesidad de protección de la salud de la mujer. De hecho, la regulación jurídica que permitía la normativa declarada inconstitucional no permitía que (incluso siendo científicamente posible) una mujer pudiera adquirir "primero" una información que le diera capacidad para evitar tomar "después" una decisión mucho más perjudicial para su salud.

De esto, por lo tanto, se deriva también una vulneración del art. 32 de la Constitución, por parte de la normativa examinada, por no respetar el derecho a la salud de la mujer. Por otra parte, la vulneración de ese derecho, no puede encontrar un contrapeso positivo, en términos de equilibrio, en la necesidad de la protección del *nasciturus*, al que en cualquier caso estaría expuesto al aborto.

La normativa denunciada constituía, por lo tanto y en opinión de la Corte, el resultado de un equilibrio no razonable de los intereses en juego, incluso con la violación del canon de racionalidad del ordenamiento - y suponía una lesión del derecho a la salud de la mujer portadora fértil (ella o el otro sujeto de la pareja) de una enfermedad genética hereditaria grave -en la medida en que no consentía, y por lo tanto excluía, que en el contexto de la disciplina de la ley examinada pudiera la pareja afectada de este tipo de enfermedades recurrir a la PMA, tras la adecuada evaluación –por razones de prevención- por la administración pública especializada. Todo ello con la finalidad exclusiva de que la previa individualización del embrión no resultare transmitida la enfermedad de los padres que

---

genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale", en Forum di Quaderni Costituzionali, 4.11.2015; NARDOCCI C., "Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015", en Rivista di BioDiritto, n. 1, 2016.

implicare riesgo de anomalías o malformaciones importantes (si no la muerte temprana) del *nasciturus*.

## **VII.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE SELECCIÓN DE EMBRIONES CON EL FIN DE EVITAR LA IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES CON ENFERMEDADES GENÉTICAS SEVERAS**

En la sentencia nº 229 del 2015, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 13, párrafo 3, letra *b*), y 4 de la Ley nº 40 de 19 de febrero de 2004 (Normas sobre reproducción asistida), en la medida en que contempla como delito la conducta de la selección de embriones, incluso en los casos en que se dirige exclusivamente a la prevención de la implantación en el útero de la mujer de embriones afectados por enfermedades genéticas transmitidas, respondiendo al criterio de gravedad del art. 6, párrafo 1, letra *b*) de la Ley nº 194, 22 de mayo de 1978 (Reglas para la protección de la maternidad y la interrupción del embarazo) y verificado por los servicios públicos designados<sup>18</sup>.

En este pronunciamiento, la Corte Constitucional alude expresamente a la sentencia nº 96 de 2015, en la que, como se mencionó anteriormente, ya había declarado la inconstitucionalidad de los artículos 1, párrafos 1 y 2, y 4, párrafo 1 de la Ley nº 40 de 2004, "en la medida en que no permite el uso de técnicas de procreación asistida médicamente a parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas transmisibles y que cumplan los criterios de gravedad del art. 6, párrafo 1, letra *b*) de la Ley nº 194, 22 de mayo de 1978 [...] verificados por las instalaciones públicas designadas".

Y "que el propósito exclusivo", como se aclara en la motivación, "es la identificación previa", en función del posterior implante en el útero de la mujer, "del embrión en el que no se transmite a la enfermedad de los padres que implica el peligro de anomalías o malformaciones importantes (si no la muerte temprana) del niño por nacer" al igual que los antes mencionados "criterios de regulación de la gravedad".

La Corte Constitucional considera que lo que había llegado a ser legítimo, como consecuencia de la citada sentencia aditiva no podía, por tanto -por el principio de no contradicción- ser atraído a la esfera del ámbito criminal. En estos términos y límites exactos, el art. 13, párrafos 3, letra *b*), y 4 de la Ley nº 40 de 2004, fue declarado inconstitucional, en la parte precisamente en que prohibía, sancionándola penalmente, la conducta selectiva del médico hecha exclusivamente para evitar la transferencia de embriones al útero de la mujer, a partir del diagnóstico de pre-implantación, que estuvieran afectados por trastornos genéticos que cumplieren los criterios de gravedad del art 6, párrafo 1, letra *b*) de la Ley nº 194 de 1978, verificado por los correspondientes servicios públicos.

Sin embargo, afrontando sucesivamente otras cuestiones relacionadas con el tema del equilibrio entre las necesidades de protección de los embriones y otros bienes

---

<sup>18</sup> Sobre la sentencia de la Corte Constitucional n. 229/2015 véase VALLINI A., "Ancora sulla selezione pre-impianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio", en *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2015.

constitucionales, con la sentencia nº 84 del 2016, la Corte Constitucional declaró inadmisibile la cuestión de la legitimidad constitucional de la "prohibición absoluta de cualquier investigación clínica o experimental en el embrión pues no da lugar por objeto proteger a la misma"; así como la cuestión de constitucionalidad de la "prohibición absoluta de la revocación del consentimiento para la PMA (Fecundación médica asistida) después de la fertilización exitosa del óvulo"<sup>19</sup>.

La Corte Constitucional ha evidenciado que corresponde a la discrecionalidad del legislador llevar a cabo la ponderación de los bienes constitucionales involucrados, por lo que, en este caso, la intervención de la Corte Constitucional de tipo manipulativo se configuraría como una invasión indebida. De hecho, con referencia a los temas examinados, en opinión del Tribunal no era posible reconocer un contenido constitucionalmente obligado del marco legislativo para sustituir al vigente y ni siquiera era posible dejar el tema en cuestión sin la protección de un marco legislativo, como resultado de un eventual fallo meramente de caducidad.

### **VIII.- EL DERECHO A PROCREAR COMO UN DERECHO SOCIAL: LA INCLUSIÓN DE LA FECUNDACIÓN MÉDICA ASISTIDA EN EL LEA (NIVELES ESENCIALES DE ASISTENCIA)**

La distinción de los derechos inviolables de la persona en libertades positivas, por un lado, y libertades negativas, por otro, tiene sentido, de forma convencional y por comodidad del análisis científico, especialmente desde una perspectiva diacrónica. De hecho, se trata de una distinción que ha caracterizado significativamente la evolución, en sentido social e intervencionista, de la forma de Estado.

Sin embargo, en la actualidad, incluso los derechos que son calificados como "libertades negativas" o "libertades del Estado", a menudo requieren para su protección y efectividad la intervención de los poderes públicos que implica una serie de costes a expensas de los presupuestos públicos.

---

<sup>19</sup> Sobre la sentencia de la Corte Constitucional n. 84 de 2016, cfr., en particular: TIGANO, V., "De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.", en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016; CHIAREGATO, E., "La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore", en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4.6.2016; CASONATO C., "Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016; D'AMICO M., "La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016; IADICICCO M. P., "La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016; MARZOCCO V., "In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016; PRISCO S., "Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016; RAZZANO G., "Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016; RUGGERI A., "Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016; SPADARO A., "Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016.

Por otra parte, la tarea del constitucionalismo moderno es no sólo salvaguardar los derechos inviolables de la persona del riesgo de abuso del poder público (la denominada dimensión vertical de los derechos fundamentales), sino también proteger los derechos fundamentales contra el riesgo de abuso por parte de otras entidades privadas (la llamada dimensión horizontal de los derechos fundamentales).

Además, los derechos inviolables, son a menudo figuras complejas, que se componen de una pluralidad de posiciones jurídicas subjetivas de ventaja, algunas de las cuales requieren la intervención de los poderes públicos para su eficacia y protección, y otras la inactividad de la Administración pública. La complejidad de algunos derechos fundamentales se manifiesta, entre otros aspectos, por la presencia de situaciones jurídicas subjetivas esenciales junto a otras que no se consideran esenciales desde el punto de vista constitucional.

Derecho inviolable es, por lo tanto, un derecho que en su núcleo esencial no puede ser afectado, incluso, por una ley constitucional. Tarea relevante del legislador y de la jurisprudencia constitucional es definir lo que es el núcleo esencial de estos derechos, también a la luz de la necesidad de ponderarlo con otros derechos fundamentales<sup>20</sup>.

El único derecho que se describe expresamente como "esencial" en la Constitución italiana es el derecho a la salud (art. 32 de la Constitución)<sup>21</sup>. Esto demuestra que en nuestro sistema constitucional, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, también los derechos sociales son de carácter fundamental.

El derecho a la salud puede ser considerado como una figura paradigmática de la complejidad de los derechos fundamentales<sup>22</sup>. De hecho, el derecho a la salud comprende varias posiciones jurídicas subjetivas de ventaja, algunas de las cuales son de libertad positiva (por ejemplo, el derecho a los medicamentos esenciales para la protección de la vida o la seguridad biológica; derecho a recibir terapias e intervenciones quirúrgicas con las tecnologías y los equipos más avanzados entre los disponibles), otros de los cuales son, sin embargo, de libertad negativa (por ejemplo el derecho a no ser sometido a tratamiento médico contra su voluntad; derecho a disponer de su cuerpo; etc.). Además, entre las posiciones jurídicas subjetivas de ventaja tutelables mediante la intervención pública, no todas revisten el carácter de esenciales. Consideremos, a modo de ejemplo, el interés de recibir cirugía plástica motivado por necesidades puramente estéticas.

---

<sup>20</sup> Un intento de localizar el núcleo duro de la Constitución se encuentra en AA.VV., "Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni", las Memorias Anuales del Grupo de Pisa, Capri 3 al 4 de junio de 2005 por S. Staiano, Giappichelli, Turín, 2006.

<sup>21</sup> El art. 32 de la Constitución dice: "1. La República protegerá la salud como un derecho fundamental y con el interés individual y colectiva, y garantiza la atención médica gratuita a los indigentes. - 2. Nadie puede ser obligado a un tratamiento médico específico menos que sea requerido por la ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana".

<sup>22</sup> Sobre el tema ver., *ex plurimis*, LUCIANI M., "Salute (voce)", en Enciclopedia giuridica, Treccani, Roma, 1989.

Dado que, como se señaló anteriormente, la Corte Constitucional ha calificado el derecho a procrear como un derecho inviolable de la persona relacionándolo no sólo a los artículos 2, 30 y 31 de la Constitución, sino también el art 32 de la Constitución (especialmente en las citadas sentencias sobre la fecundación asistida), parece legítimo preguntarse si el derecho a procrear reviste el carácter de derecho social y si se puede introducir tal posición jurídica subjetiva de ventaja en el núcleo esencial del derecho a la salud.

La legislación regional sobre el tema, es muy diversa. De hecho, junto a Regiones que reconocen en su sistema de salud el derecho a la atención médica para la fertilización regional, hay otros que no lo incluyen.

Tras la sentencia nº 162 de 2014 en la que la Corte Constitucional eliminó la prohibición absoluta de la fertilización heteróloga con el fin de estandarizar las normas regionales y para evitar las disparidades, en septiembre de 2014 la Conferencia de los Presidentes de Regiones aprobó un acuerdo político que preveía la inclusión de la fecundación asistida médicamente en los niveles básicos de la atención de salud regional<sup>23</sup>.

Ese acuerdo de la Conferencia de Presidentes de Regiones fue ejecutado por las Regiones de la Emilia-Romagna, el Friuli-Venezia-Giulia y el Veneto.

La Toscana ya había previsto previamente en su legislación el acuerdo de la Conferencia.

El Piamonte, ya había introducido en los LEA (Niveles esenciales de asistencia) regionales la fecundación homóloga en 2009, pero aún no había fijado la tarifa para la heteróloga, ya que se encuentra actualmente en una fase de ejecución de un plan de reducción del déficit público.

La Región de Liguria no ha introducido la fecundación asistida en los LEA de la región, pero ha previsto el reembolso de los servicios recibidos por los residentes de Liguria en otras regiones.

Es significativo, desde este punto de vista, que la reciente introducción por parte del Estado de la fecundación asistida en los LEA (Niveles esenciales de asistencia) nacional obliga en base a la igualdad de los niveles esenciales de los servicios relacionados con el derecho a la salud a que todas las regiones tengan que aplicarlo<sup>24</sup>.

Las diferencias entre las leyes regionales pueden suponer una diferencia de trato irrazonable, lo que vulnera el principio constitucional de igualdad sustancial. La tarea del

---

<sup>23</sup> En la legislación regional sobre la fecundación asistida médicamente ver MAZZEI, B.L., *Il federalismo della fecondazione*, en *Il Sole 24 Ore*, 4 de enero del 2016.

<sup>24</sup> El 13 de enero 2017, el Presidente del Consejo de Ministros, Paolo Gentiloni, después de la firma de los Ministros Lorenzin y Padoan, expidió el Decreto correspondiente que contiene los nuevos LEA.

legislador estatal, con el fin de evitar este tipo de desigualdades, es establecer, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución, segundo párrafo, letra m), la "determinación de los niveles esenciales de los servicios relativos a los derechos civiles y sociales que deben estar garantizados en todo el territorio nacional".

Vale la pena señalar, por otra parte, que la Corte Constitucional, en su sentencia nº 275 de 2016 ha declarado que:

*"Es garantía de los derechos fundamentales incidir sobre el balance, y no el equilibrio del balance el que condicione el ejercicio del derecho"* (cfr. último inciso del FJ 11).

La Corte, en la misma sentencia, también ha declarado que (cfr. FJ 14):

*"En definitiva, en materia financiera no hay «un límite absoluto al conocimiento del juez de la constitucionalidad de las leyes». Por el contrario, sé que el examen de la cuestión está reconocido por la Constitución «no puede tener otro significado que la afirmación que ese control está dentro de la tabla general de valores constitucionales», por lo que «no podemos asumir que la ley que aprueba el presupuesto o cualquier otro incidente de la ley en el presupuesto constituyen una zona libre de fiscalización por parte del juez constitucional, puesto que no puede haber ningún valor constitucional cuya ejecución quede exonerado de ser garantizado por el procedimiento de constitucionalidad» (sentencia n. 260 de 1990)."*<sup>25</sup>

## **IX.- CONCLUSIONES SOBRE EL DERECHO A PROCREAR A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

---

<sup>25</sup> La sentencia de la Corte Constitucional n. 275 de 2016, de 19 de octubre, fue dictada con ocasión de la revisión constitucional del art. 6, párrafo 2-bis, de la Ley n. 78 de la Región de Abruzzo, 15 de diciembre de 1978, (sobre Medidas para poner en práctica el derecho a la educación), añadido por el art. 88, párrafo 4, de la Ley n. 15, de la Región de Abruzzo 26 de abril de 2004, sobre Disposiciones financieras para la preparación del presupuesto de 2004 anual y plurianual 2004-2006 de la Región Abruzzo (Ley Regional de Finanzas 2004', promovida por el Tribunal Administrativo Regional de Abruzzo, en procedimiento sobre medidas provisionales entre la Provincia de Pescara y la Región Abruzzo, por orden de 19 de marzo de 2014, registrado con el núm. 123 de 2.014 y publicado en la Gaceta Oficial n. 30, primera serie, especial, 2014.

El Tribunal sostuvo que la cuestión planteada del porcentaje regional de los gastos de transporte escolar para los alumnos con discapacidad, con precisión indica en la ley regional anterior (50% de los gastos) tenía un límite, indicado por las mismas normas regionales, en la disponibilidad del presupuesto financiero y de vez en cuando ser determinado por los recursos financieros de las leyes de presupuesto con el argumento de que la disposición impugnada daría prioridad irrazonable y desproporcionada a las necesidades de un presupuesto equilibrado y no proporcionaría una protección adecuada, estable y confiable para el derecho a la educación y la educación de los alumnos con discapacidad severa que requieren transporte para asistir a la escuela .

También muestra que el alivio de este derecho constitucional es un límite infranqueable de intervención discrecional del legislador, por lo que el núcleo de garantías mínimas para que sea eficaz debe garantizarse más allá de cualquier presupuesto, garantizando la seguridad, la estabilidad y la obligatoriedad de financiación . De hecho anualmente las transferencias realizadas por la región de Abruzzo de esta ley había sido inferior al 50% de la contribución y los gastos certificados por la Provincia de Pescara, con el riesgo de desafiar el derecho de los estudiantes con discapacidad al transporte escolar y, por lo tanto, a efectividad del derecho a la educación.

A la luz de la jurisprudencia constitucional examinada -que ha asumido unas dimensiones cuantitativa y cualitativamente relevantes, que constituyen un verdadero *corpus* de jurisprudencia- se pueden sacar conclusiones significativas acerca de la existencia, fundamento positivo, naturaleza, propiedad y límites del derecho a procrear.

En primer lugar, no se puede considerar que el interés en procrear sea calificable como un mero interés de hecho privado de tutela legal, ni tampoco que tal interés pueda encontrar protección sólo si y cuando coincida con un interés público, considerándose en este caso como un interés legítimo. Por el contrario, el Tribunal considera que existe una situación jurídica subjetiva de ventaja calificable como un auténtico derecho individual, protegido como tal por el sistema jurídico.

En el plano constitucional, el fundamento positivo de este derecho se puede encontrar en una interpretación lógico-sistemática de las disposiciones constitucionales que se basa principalmente en los artículos 2, 3, 30, 31 y 32 de la Constitución italiana, así como en una serie de Cartas supranacionales e internacionales en el campo de los derechos humanos fundamentales tal y como se interpreta por la jurisprudencia de los Altos Tribunales Europeos.

A nivel legislativo, el fundamento positivo del derecho a procrear se puede encontrar en la regulación adoptada por la Ley nº. 40 de 2004, que debe ser interpretada a la luz de las directrices constitucionales. El ordenamiento jurídico otorga a la discrecionalidad del legislador, en primer lugar, la tarea de regular dichas relaciones mediante la identificación y la consecución de los intereses generales de la comunidad.

Sin embargo, este ámbito de discrecionalidad no constituye una zona franca del ordenamiento, ya que las decisiones adoptadas por el legislador podrán ser controladas por la Corte Constitucional bajo el perfil de la legitimidad constitucional a través del recurso al criterio de razonabilidad con respecto a los parámetros constitucionales considerados. En particular, las normas legislativas no deben crear distinciones de tratamiento injustificadas, deben lograr un balance equilibrado entre los bienes constitucionales en juego, deben estar en línea con el sistema de normas legislativas, en consonancia con el respecto a las políticas legislativas en curso en la materia, y adecuadas para la obtención de los objetivos perseguidos. Y, de hecho, como hemos mencionado anteriormente, la Corte Constitucional, ha enmendado algunas de las reglas de la Ley nº 40 de 2004 por varios vicios de inconstitucionalidad.

En cuanto a la naturaleza del derecho a procrear, sobre la base de la jurisprudencia constitucional, no hay duda de que este es un derecho inviolable de la persona. Por lo tanto, en su núcleo esencial, el derecho a procrear no se ve afectado ni siquiera por una ley constitucional. También es un derecho social, desde el momento en que se basa en el derecho fundamental a la salud, en el principio de la igualdad y en los principios constitucionales en tema de familia, así como en el principio personalista. Desde este punto de vista, se debe evaluar positivamente la inclusión de la fecundación asistida en los LEA (niveles esenciales de asistencia) nacional. De hecho, las diferencias con la

legislación regional, amenazaban con producir una diferencia injustificada de trato entre los residentes en las diferentes regiones.

Uno de los puntos más problemáticos es la titularidad del derecho. En la Ley n° 40 de 2004, el art. 5, establece que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, párrafo 1, tienen acceso a las técnicas de reproducción asistida parejas de diferente sexo y edad, casadas o unidas, en edad potencialmente fértil, ambas vivas." <sup>26</sup>

El acceso de las personas solteras a la fecundación asistida no está regulado en el marco legislativo vigente en la actualidad. Esta elección discrecional del legislador representa uno de los posibles puntos de equilibrio entre el derecho a procrear de los que buscan el acceso a un tratamiento de fertilidad, la protección del niño por nacer y los principios constitucionales relativos a la familia.

Hasta ahora, la Corte Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la razonabilidad de esta elección legislativa, pero está claro que una declaración de inconstitucionalidad de la prohibición del acceso del soltero a la fecundación asistida distorsionaría por completo el espíritu de la Ley n° 40 de 2004, que ve la fecundación asistida como un remedio para la esterilidad de las parejas heterosexuales estables y una herramienta para facilitar la formación de las familias de tipo tradicional, es decir, formados por una pareja heterosexual estable con descendencia.

El marco legislativo mencionado impide el acceso a parejas del mismo sexo a técnicas de fecundación asistida en Italia. Esta exclusión sería fácilmente considerada irrazonable si la fecundación médica asistida fuera reconocida a las personas solteras.

Un punto débil de la exclusión de la persona soltera a la fecundación asistida, es el reconocimiento de que la intervención se haga por el individuo en el extranjero en países en los que sí se considera legítimo.

Por otra parte, el riesgo de eludir la prohibición legislativa vigente en Italia también se encuentra en los supuestos de maternidad subrogada o útero de alquiler.

El marco legislativo italiano, de hecho, no proporciona los recursos adecuados para dar respuesta a lo que la práctica ha denominado turismo de procreación. También debido a que quien accede a la fecundación asistida en el extranjero y luego regresa con los niños a Italia se le concede casi siempre el vínculo parental.

Esta incoherencia del marco legislativo italiano es aún más grave en vista del hecho de que, a través del turismo de procreación, también se produce a una clara violación del principio de igualdad sustantiva, ya que las personas con menos recursos no pueden hacer uso de esta posibilidad.

---

<sup>26</sup> El art. 4 párrafo 1 de la Ley no. 40 de 2004: "El recurso a la técnica de procreación asistida sólo se permite cuando no se encuentra de otro modo eliminar las causas impedimentos de la procreación y todavía se limita a los casos de infertilidad o esterilidad, debido a que debe ser comprobada y certificada por acto médico."

Una excepción, en este contexto, está constituida por la orientación del Tribunal Supremo, que excluye la posibilidad de reconocimiento del hijo como suyo de parte de una pareja en caso de que el bebé haya sido engendrado sin ningún vínculo biológico con los dos aspirantes a padres y gracias a una madre de alquiler.

En este punto, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, usando el canon del margen razonable de apreciación por parte de los países miembros de la Convención, en fecha 24 de enero de 2017, ha modificado el pronunciamiento de primera instancia de una Sección de la misma Corte del 27 de enero de 2015. La Gran Sala confirmó que Italia no violó la Convención Europea sobre los Derechos Humanos al negar el derecho de una pareja casada para reconocer como propio un niño de una madre de alquiler en Ucrania sin conexión biológica con la pareja.

En cuanto a los límites a la reproducción asistida, se debe reconocer que la jurisprudencia constitucional, indicando varios vicios de la constitucionalidad de la Ley nº 40 de 2004, amplió significativamente la posibilidad de acceso a dicha reproducción. Es relevante aquí, en este sentido: la superación de la obligación de producir e implantar simultáneamente tres embriones; la posibilidad de acceso a la fertilización heteróloga para parejas que sufren de esterilidad absoluta e irreversible; la capacidad de las parejas afectadas por enfermedades genéticas transmisibles a pedir el diagnóstico de pre-implantación grave y, por tanto, la selección de embriones.

Siguen siendo, sin embargo, muchos otros los límites establecidos por la Ley, incluyendo: prohibición de la clonación; prohibición de la creación de quimeras o híbridos; prohibición de la modificación de la línea genética humana; prohibición de los propósitos de manipulación eugenésicas; prohibición de la maternidad de alquiler; denegación de acceso a la fecundación asistida en edad no fértil; la prohibición del uso de gametos de personas fallecidas; prohibición de la fecundación heteróloga para parejas que no tengan una esterilidad absoluta e irreversible; prohibición de diagnóstico pre-implantación y la no selección de embriones para parejas con enfermedades genéticas hereditarias graves.

No obstante las significativas declaraciones de inconstitucionalidad arriba comentadas, se puede decir que la implantación de la Ley nº 40 del 2004 ha resistido en conjunto a la prueba de la experiencia y a la jurisprudencia constitucional. Al menos, no se puede hablar de un cambio completo del sistema legislativo establecido por la ley, ni tampoco de una lesión de la ley.

Después de la intervención incisiva de la Corte Constitucional estamos ante una regulación que reconoce el derecho a procrear, pero no el derecho a tener un hijo a toda costa. El derecho a convertirse en uno de los padres, de hecho, siempre se equilibra con la necesidad de proteger un número de bienes primarios constitucionales. En particular, el Legislador y la Corte Constitucional han tenido en cuenta la necesidad de la protección de los embriones; del niño por nacer; de la salud de la mujer; y los principios constitucionales sobre la familia.

Se puede concluir que el derecho a procrear, como se configura en las leyes italianas, gracias a la jurisprudencia constitucional, no es una expresión de una visión hedonista e individualista de la vida, sino más bien, es el resultado de una concepción de la paternidad responsable para así vivir en una dimensión social y comunitaria.

En esta perspectiva, se debe esperar que el interés del niño esté siempre en el centro de las decisiones adoptadas por el legislador, los jueces y tribunales y por la Corte Constitucional<sup>27</sup>. Para este propósito, es útil que las normas legales no entren en mucho detalle, estableciendo una disciplina rígida, a fin de que los jueces ordinarios tengan espacio adecuado para la interpretación y aplicación, lo que les permite tener en cuenta las connotaciones peculiares de cada caso sometido a su examen.

## X.- BIBLIOGRAFIA

AA.VV., "Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni", las Memorias Anuales del Grupo de Pisa, Capri 3 al 4 de junio de 2005 por S. Staiano, Giappichelli, Turín, 2006.

ABAGNALE, M., "La Procreazione Medicalmente Assistita nella metamorfosi della legge 40/2004", en Forum di Quaderni Costituzionali, 22 gennaio 2015.

AGOSTA S., "L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004", en Rivista di BioDiritto, n. 2, 2014.

AGOSTA, S., "Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)", en Forum di Quaderni Costituzionali, 19 settembre 2009.

ANGELINI, F., "Procreazione medicalmente assistita", en Dig./Disc. Pubbl., Agg., VI, 2015.

BALDINI V., "Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo", en Rivista elettronica Dirittifondamentali.it, 15.9.2014.

BARBERA A., "Sub Art. 2 de la Constitución", En G. Branca (ed), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* Bologna, Il Mulino, 1984.

CAPIZZI G., "Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria", en Rivista di BioDiritto, n. 2, 2014.

---

<sup>27</sup> RECINTO, G., "Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?", in Rivista elettronica Diritti fondamentali, 8 giugno 2015.

CASINI M. – CASINI C., "Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'«adozione per la nascita», in *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014.

CASONATO C., "La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte", in *Confronti costituzionali*, 2014.

CASONATO C., "Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016", in *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016.

CHIEFFI L., *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Nápoles, ESI, 1993.

CHIEREGATO E., "La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4.6.2016.

CHINNI, D., "La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004", in *Consulta OnLine*, rubrica Studi, 2009.

CIERVO A., "Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo", in "L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo", <https://diritti-cedu.unipg.it/>.

CITTÀ M., "Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza)", in *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014.

D'ALOIA, A., "L'(ex) 40", in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015.

D'ALOIA, A., "Quel che resta della legge 40", in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014.

D'AMICO G., "La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

D'AMICO M., "La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione", in *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016.

D'ALOIA A., "Quel che resta della legge 40", in *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014.

D'AMICO M., "L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa", in *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014.

DI BLASI, A., "I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale", in la rivista telemática *Costituzionalismo.it*, 23 de marzo de 2005.

DI GENIO, G., "Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 maggio 2009.

DOLCINI, E., "La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4/2014.

GIACOMINI M., "Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?", en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28.6.2015.

GIRELLI F., "Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa", en *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 599-602.

IADICICCO M. P., "La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016.

LAMARQUE, E., "Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata", en *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005.

LUCIANI M., "Salute (voce)", en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989.

MALFATTI E., "La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non «scontata» né (del tutto) condivisibile", en *Consulta on line, Studi*, 2015/II, 533 ss.

MARZOCCO V., "In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016.

MAZZEI, B.L., *Il federalismo della fecondazione*, en *Il Sole 24 Ore*, 4 de enero del 2016.

MORRONE A., "Ubi Scientia IBI iura", en *Consulta OnLine*, rubrica Studi, 2014.

NARDOCCI C., "Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015", en *Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2016.

PASTORE F., "Il diritto di procreare: natura, titolarità e limiti", en V. Baldini (ed.), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2004, pp. 159-172.

PASTORE F., "Diritto a procreare: rilievo costituzionale e limiti. La procreazione medicalmente assistita tra bio-etica e regolamentazione giuridica", en *Riv. Giuridica del Molise e del Sannio*, ESI, n° 2/ 1996, pp. 83-110.

PATRONI GRIFFI A., "Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza", en *Rivista AIC*, n. 3, 2015.

PELLIZZONE I., "L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale", en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4.11.2015.

PENASA S., "L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti «rafforzati», en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8.7.2015.

PENASA S., "Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico", en Forum di Quaderni costituzionali, 2014.

PENASA, S., "L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"", en Forum di Quaderni costituzionali, 19 abril 2005.

PERLINGIERI P., *Il diritto civil nella legalità costituzionale*, Nápoles, 1991.

PERRINI F., "La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo", in Ordine internazionale e diritti umani, 2014, pp. 603-605.

PRISCO S., "Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni", en Rivista di Biodiritto, n. 2, 2016.

PUGIOTTO, A., "Fuga dal referendum: "Comitati del no" e Governo a Corte", en Forum di Quaderni costituzionali, 23 marzo 2005.

RAZZANO G., "Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?", en Rivista di Biodiritto, n. 2, 2016.

RECINTO, G., "Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?", in Rivista elettronica Diritti fondamentali, 8 giugno 2015.

REPETTO G., "La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute", en Diritti Comparati, 11.6.2015.

RIVERA I., "Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità", en Rivista di BioDiritto, n. 2, 2014.

RODOMONTE M. G., "È un diritto avere un figlio?", en Confronti Costituzionali, 2014.

RODOTÀ S., *Tecnología y Derechos*, Bolonia, Il Mulino, 1995.

RUGGERI A., "La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al «dialogo» con la Corte Edu", en Forum di Quaderni costituzionali, 2014.

RUGGERI A., "Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)", en Rivista di Biodiritto, n. 2, 2016.

RUGGERI, A., "Tutela "minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005)", en Forum di Quaderni costituzionali, 2005.

SALONE B., "Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004", in Rivista di BioDiritto, n. 2, 2014.

SANFILIPPO, P., "La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, 2015.

SATTA, V., "Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005", en *Rivista elettronica Amministrazione in cammino*, 23 julio 2007.

SCUDIERO M.- STAIANO S. (eds), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Publicaciones del Departamento de Derecho Constitucional y Comparado de la Universidad de Nápoles Federico II, nº 1, Ed. Jovene, Nápoles, 1999.

SORRENTI G., "Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)", en *Consulta on line, Studi*, 2014.

SPADARO A., "Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)", en *Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2016.

STAIANO S., "I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell'Unione Europea", en AAVV., *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, editado por M. Scudiero, Nápoles, Jovene, 2002.

STAIANO S., "Vicende e tecniche della normazione costituzionale", en AAVV., *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Actas de la Jornada de estudio en Messina el 14 de diciembre de 2006, Torino, Giappichelli, 2007.

TIGANO V., "De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.", en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

TIGANO V., "La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro", en *Diritto Penale Contemporaneo*, 13.6.2014.

TRIPODINA C., "Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti", en *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014.

TRIPODINA C., "Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica", en *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2015.

TRUCCO, L., "Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere", en *Consulta OnLine*, rubrica Studi, 2009.

VALLINI A., "Ancora sulla selezione pre-impianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio", en *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2015.

VERONESI P., "La legge sulla procreazione assistita perde un altro «pilastro»: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa", en *Forum di Quaderni costituzionali*, 5.3.2015.

VIOLINI L., "La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione", in *Osservatorio Costituzionale*, 2014.