

LA JURISPRUDENCIA ITALIANA EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA

THE ITALIAN CASE LAW ON ASSISTED REPRODUCTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 761-776.

Fecha entrega: 12/06/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Personal Investigador de la Universidad de Camerino
giobertidemarinis@libero.it

RESUMEN: Los problemas ligados a las técnicas de reproducción asistida son de extrema actualidad, en la medida en que afectan a una multiplicidad de intereses contradictorios. El trabajo pretende examinar la evolución jurisprudencial y doctrinal en la materia, buscando alcanzar un justo equilibrio entre la exigencia de reconocer el mayor margen posible a la libertad de la pareja para procrear y la de evitar poner en peligro los intereses del nacido y los de los terceros que resulten implicados.

PALABRAS CLAVE: reproducción asistida, embrión, nasciturus, diagnóstico preimplantatorio, fecundación heteróloga.

ABSTRACT: Problems related to medically assisted procreation are extremely current because they involve many conflicting interests. The paper aims to highlight the jurisprudential and doctrinal evolution on the topic trying to find the right balance between the need to recognize the widest margin of freedom of the couple to procreate and the need to avoid damaging the interests of the born and the others who are involved.

KEY WORDS: medically assisted procreation, embryo, unborn child, preimplantation diagnosis, heterologous fertilization.

1. La reproducción asistida ha sido regulada en Italia por vez primera en la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40, la cual disciplina las intervenciones terapéuticas encaminadas a resolver los problemas reproductivos ocasionados por la esterilidad o infertilidad humana, mediante el tratamiento clínico de los gametos masculinos y femeninos.

Por más que esta Ley sea la primera disciplina normativa en la materia no debe pensarse que con anterioridad a ella no se practicaran este clase de tratamientos; por el contrario, su frecuencia fue lo que reclamó la intervención legislativa.

Hay que tener en cuenta que, si bien la Ley de 19 de febrero de 2004 supuso un meritorio intento de ponderar los complejos intereses en juego, previendo una tutela específica para el embrión, lo cierto es que fue considerada excesivamente rigurosa, generando una fuerte constestación, que llevó, poco meses después de su publicación, a la proposición de un referendun popular abrogatorio de toda la Ley – considerado inadmisibile por la Corte Constitucional-, y a otros cuatro referendun abrogatorios parciales, que se referían a concretos aspectos de la misma, a saber, la prohibición de diagnóstico preimplantatorio y de fecundación heteróloga, así como la limitación de acceso a las técnicas de reproducción asistida, exclusivamente, a la parejas estériles, los cuales, en cambio, fueron considerados admisibles.

La consulta popular no tuvo los efectos esperados por sus promotores, desde el momento en que no se alcanzó el *quorum* mínimo legalmente previsto para la validez de los *referendum*.

Pero todo ello no ha hecho desaparecer las incertidumbres y las fuertes críticas acerca de la conformidad de la Ley de 2004 a los principios constitucionales y supranacionales, que contrastan con una serie de prohibiciones, explícita o implícitamente, previstas por la norma ordinaria.

En consecuencia, se ha producido una fuerte reacción jurisprudencial –tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional– la cual, influida también por los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha originado una profunda relectura de la entera disciplina, que, bien podría decirse, ha sido completamente reescrita por los jueces.

Los problemas que han llamado la atención de los intérpretes son, en particular, el de la prohibición de diagnósticos preimplantarios sobre el embrión creado *in vitro*; el de la limitación de acceso a las técnicas a las parejas estériles; y, por último, la prohibición expresa de fecundación heteróloga.

2. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 2004 era habitual examinar las células del embrión antes de implantarlo en el útero para verificar su estado de salud y, sobre todo, detectar posibles anomalías genéticas.

La posibilidad jurídica de seguir realizando estas prácticas, que obviamente desemboca en el exclusivo implante en el seno materno de los embriones sanos, fue puesta en duda tras la aparición de la Ley; y ello, no porque la misma lo prohibiera expresamente, sino porque la prohibición se deducía implícitamente de una serie de disposiciones de la misma.

Una primera referencia normativa al respecto se encuentra en el art. 13 de la Ley, que, al vetar la experimentación con embriones y las prácticas eugenésicas, manifiesta una cierta tendencia a la intangibilidad del embrión. Este plantramiento encuentra una confirmación más clara en el art. 14, que, en su número primero, prohíbe la crioconservación y la destrucción de embriones; y, en su número segundo, afirma que a través de las técnicas de reproducción asistida no pueden crearse un número de embriones superiores al necesario; que los mismos no pueden en ningún caso superar el número de tres; y que todos los embriones creados deben ser implantados simultáneamente.

Los Tribunales de Instancia (Trib. Catania 3 mayo 2004, en *Foro it.*, 2004, I, c. 3495) interpretaron tales disposiciones como una implícita prohibición de diagnóstico preimplantatorio, si bien en la Ley es posible encontrar disposiciones, que, aunque de manera no expresa, parecen orientarse en un sentido más permisivo, como el art. 13.2 (que admite la investigación clínica y la experimentación con embriones, con la condición de que “se persigan finalidades exclusivamente terapéuticas o diagnósticas” encaminadas a la tutela de la salud y el desarrollo del embrión) y el art. 14.5, que reconoce el derecho de los padres a ser informados, no sólo sobre el número de embriones creados, sino también sobre el estado de salud de los mismos. La incertidumbre normativa fue resuelta, en un claro sentido restrictivo, por las *Linee guida* adoptadas por Ministerio de Sanidad por Decreto de 21 de julio de 2004, que, además de prohibir cualquier tipo de diagnóstico preimplantatorio con finalidad eugenésica, afirma que los médicos podrán realizar indagaciones sobre el estado de salud del embrión, pero que las mismas deberán ser exclusivamente de tipo “osservazionale”, negando, implícitamente, por exclusión, la posibilidad de llevar a cabo las que tuvieran carácter invasivo, como son las que comportan las tomas de material genético.

Tales directrices no aplacaron, sin embargo, la inquietud de los Tribunales, desde el momento en que por la jurisprudencia de instancia se planteó una cuestión de constitucionalidad, con el argumento de que las disposiciones de la Ley de 2004, de las que cabía deducir una prohibición implícita del diagnóstico preimplantatorio, eran contrarias a los arts. 2 (principio de tutela integral de la persona), 3 (principio de igualdad) y 32 (tutela de la salud) de la Constitución (así Trib. Cagliari 16 julio 2005, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 613). Pero la Corte Constitucional, sin

entrar en el fondo de la cuestión, la declaró manifiestamente inadmisibles por vicios procedimentales, dado que el juez proponente no había impugnado todas las normas de la Ley de las cuales era posible deducir la prohibición cuestionada (Corte cost., 369/2006, de 24 de octubre, en *Fam. dir.*, 2007, p. 545).

La sentencia de la Corte Constitucional fue objeto de grandes críticas, ya que se esperaba un pronunciamiento que consiguiera clarificar un aspecto de extrema relevancia en relación, sobre todo, a la ponderación de los intereses que parecen contraponer, de un lado, la tutela del embrión, y, de otro, la de la salud de la madre, además del interés de la pareja a conocer el estado de salud del embrión mismo.

La falta de coraje reprochada a la Corte Constitucional no ha impedido a los Tribunales de instancia dictar decisiones muy innovadoras, que, mediante una interpretación de la Ley de 2004 en clave constitucional, han llegado a reconocer a los padres el derecho a acceder a la técnica del diagnóstico preimplantatorio.

En este sentido se orientó Trib. Cagliari 24 septiembre 2007 (en *Corr. giur.*, 2008, p. 383), que reconoció a una pareja tal derecho y, en consecuencia, la posibilidad de que se implantaran sólo los que resultaran sanos (en el mismo sentido, Trib. Firenze 19 diciembre 2007, en *Fam. dir.*, 2008, p. 723). La jurisprudencia de instancia llega a tal conclusión, constatando la ausencia de una explícita prohibición en la Ley, pero, sobre todo, valorando los datos normativos, que, como ya se ha dicho, parecen orientarse en un sentido diverso al hasta entonces dominante.

En concreto, la legitimidad del diagnóstico preimplantatorio se apoyó en el art. 14.5 de la Ley, que, sancionando el derecho a ser informado sobre el estado de salud del embrión que se va a implantar, sería una manifestación del interés constitucionalmente relevante al consentimiento informado en todo tratamiento sanitario. A esto se añade la necesidad de tutelar el derecho de la madre a la salud desde el momento en que la implantación de un embrión con malformaciones o portador de enfermedades genéticas, no sólo podría dar lugar a una patología psíquica de la madre, sino que también aumentaría el riesgo de consecuencias patológicas en el embarazo o de abortos espontáneos.

Del mismo modo se evidencia que una interpretación diversa estaría en contraste con el derecho de la madre a efectuar análisis diagnósticos de carácter genético sobre el feto ya formado (a través de las técnicas de amniocentesis y de villocentesis) y con la facultad de la madre para interrumpir el embarazo, de acuerdo con los arts. 6 y 7 de la Ley de 22 de mayo de 1978, núm. 194, cuando a causa de la malformación de aquél pudiese ocasionarse un perjuicio para la salud de la mujer.

Ciertamente, las investigaciones realizadas sobre el feto no tienen como finalidad “seleccionar” el producto de la concepción, sino la mera finalidad de comprobar el estado de salud del mismo; sin embargo, no parece razonable la prohibición del diagnóstico preimplantatorio en los casos en que del análisis del material genético

del embrión resulte un defecto genético que, provocando un daño psicofísico a la madre, induzca a la misma a evitarlo, interrumpiendo el embarazo.

Resulta evidente que dichas sentencias, al postular una interpretación en clave constitucional de la disposiciones de la Ley de 2004, se han apartado de las *Linee guida* ministeriales. Esta posición no ha dejado de producir efectos en la jurisprudencia administrativa, que ha anulado por extralimitación y con efectos *erga omnes* las mencionadas directrices (Tar Lazio 398/2008, de 21 de enero, en *Fam. dir.*, 2008, p. 499). Tal anulación ha llevado al Ministerio de Sanidad a dictar el 11 de abril de 2008 nuevas *Linee guida*, las cuales no contienen las limitaciones que circunscriban la investigación sobre el estado de salud a meras intervenciones de naturaleza “osservazionale”.

3. Pero la sentencia administrativa a la que acabo de hacer referencia asume particular relevancia, junto a otras de Tribunales ordinarios (Trib. Firenze 12 julio 2008 y Trib. Firenze 26 agosto 2008, en *Foro it.*, 2008, I, c. 3354), por haber planteado nuevamente una cuestión de constitucionalidad de las disposiciones, que, tal y como se interpretaran, podían dejar entrever una prohibición generalizada del diagnóstico preimplantatorio.

Esta vez la Corte Constitucional sí entró en el fondo de la cuestión y, aunque no llegó a afirmar expresamente la legitimidad del diagnóstico preimplantatorio, en sustancia, vino a neutralizar las disposiciones que suponían un obstáculo al mismo (Corte cost. 151/2009, de 8 de mayo, en *Fam. dir.*, 2009, p. 761). Lo que, de hecho, fue declarado inconstitucional es el art. 14.2 de la Ley de 2004, el cual, como se ha explicado, imponía al médico la obligación de crear un número limitado de embriones no superior a tres, todos los cuales debían ser implantados simultáneamente.

El objeto del pronunciamiento no es tanto la posibilidad de practicar el diagnóstico preimplantatorio, como, más bien, la estandarización del procedimiento médico que lleva a la estructura sanitaria que realiza la reproducción asistida a no poder valorar las modalidades operativas sobre las efectivas y siempre cambiantes exigencias clínicas de cada paciente; y, de hecho, el límite puesto a la creación de embriones, cuando los mismos no fueran suficientes, obligaban a la mujer a someterse a posteriores ciclos de estimulación ovárica, con las consecuencias patológicas que de ellos pudieran derivar. Por otro lado, la implantación simultánea de todos los embriones podía llevar a embarazos múltiples que, conforme al art. 14.4, no podían ser reducidos. Ello resultaba contrario, bien al art. 3 de la Constitución (principio de igualdad), porque, de modo irrazonable, sometía al mismo tratamiento situaciones que podían ser muy diferentes, bien al art. 32 de la misma, en la medida que tal estandarización exponía a la mujer a riesgos sobre su propia salud.

Fue confirmada la permanencia de la prohibición de crear un número de embriones superior al necesario, pero se declaró que correspondía al médico (y no, al legislador,

mediante elecciones generalizadas), el deber de determinar la terapia más apropiada con base en los protocolos médicos y en las buenas prácticas profesionales para valorar la intervención terapéutica de manera específica, teniendo en cuenta las exigencias de cada paciente.

Esta solución y la expresa declaración de inconstitucionalidad del art. 14.2 de la Ley comportó como consecuencia inmediata –evidenciada por la propia Corte – la desaparición de la prohibición generalizada de crioconservación de los embriones creados, que no fueran implantados por decisiones clínicas del médico.

Aunque la sentencia no tome en consideración expresamente la posibilidad de llevar a cabo diagnósticos preimplantatorios, limitándose a constatar el carácter no razonable de la limitación de la discrecionalidad médica al efectuar las prácticas de reproducción asistida, es evidente que, eliminando los datos normativos sobre los que se fundaba la presunta prohibición del diagnóstico preimplantatorio, ha tenido una gran incidencia en este punto.

De hecho, la doctrina mayoritaria encuadra el pronunciamiento de inconstitucionalidad en el ámbito de la evolución acaecida en la materia a nivel jurisprudencial y ministerial, confirmando, en consecuencia, la posibilidad de la pareja de acceder al diagnóstico preimplantatorio (en el mismo sentido la jurisprudencia sucesiva: Trib. Bologna 29 junio 2009, en *Giur. merito*, 2009, p. 3000; Trib. Cagliari 14 noviembre 2012, *ivi*, 2013, p. 429, y en *Riv. giur. sarda*, 2013, pp. 142 ss.). La Corte Constitucional parece ponderar los intereses en juego, subordinando la tutela del embrión a la salud de la madre. Esta circunstancia es evidente en la misma motivación, que resalta cómo es la propia Ley de 2004 la que subordina la tutela del embrión a la realización del derecho de la mujer a procrear. Por lo demás, la implantación en el útero materno de embriones no garantiza que todos ellos lleguen a buen término.

4. La evolución jurisprudencial respecto a la admisibilidad del diagnóstico preimplantatorio ha llevado a otras cuestiones, no menores, a propósito de los límites subjetivos previstos en la Ley de 2004 para acceder a las técnicas de reproducción asistida. La Ley es muy restrictiva, desde el momento que permite el acceso a dichas técnicas sólo a “las parejas de personas mayores de edad, de sexo diverso, casadas o unidas de hecho, en edad potencialmente fértil, viviendo ambas” (art. 5); y, en particular, por lo que aquí nos interesa, a las parejas estériles o que padezcan una infertilidad constatada y certificada médicamente (art. 4.1).

Dicha exigencia determina la imposibilidad de que las parejas fértiles puedan usar las técnicas de reproducción asistida, incluso en el caso de que fuesen portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles al feto, que sólo podrían evitarse, si, mediante un diagnóstico preimplantatorio, se seleccionara e implantaran en el útero, exclusivamente, los embriones portadores de la enfermedad.

Debe tenerse en cuenta que ya en las *Linee guida* ministeriales de 2008 se observa una limitada apertura, al permitir el acceso a la reproducción asistida a las parejas, cuyos miembros padezcan una enfermedad transmisible por vía sexual taxativamente determinanada (HIV, hepatitis B o C). Se equipara, así, la infertilidad derivada de la imposibilidad de procrear con la infertilidad de hecho, que no permite a la pareja procrear, sin exponer a sus integrantes al riesgo de ser contagiados a través de la práctica de relaciones sexuales efectuadas sin protección. Sin embargo, no se contemplan los casos en los que los miembros de la pareja estén afectados por otras enfermedades trasmisibles o sean portadores sanos de las mismas, los cuales, sólo mediante la reproducción artificial con diagnóstico preimplantatorio tendrían la posibilidad de generar hijos que no estuviesen afectados por dichas patologías.

El problema ya había llamado la atención de la doctrina, que había constatado un clara disparidad de trato contraria al principio de igualdad consagrado en la Constitución, desde el momento que la solución normativa permite acceder al diagnóstico preimplantatorio a las parejas estériles y portadoras de enfermedades transmisibles, negándola, en cambio, a las fértiles, portadoras de las mismas enfermedades.

La jurisprudencia de instancia se ha ocupado de este problema y, con una decisión innovadora (Trib. Salerno 9 enero 2010, en *Fam. dir.*, 2010, p. 476), ha admitido la posibilidad de utilización de la reproducción artificial a una pareja, cuyos miembros no eran ni estériles ni infértiles, pero que, no obstante, eran portadores sanos de una atrofia muscular espinal que podía ser transmitida al hijo. Pronunciándose, por vía de urgencia (a pesar del clarísimo tenor literal de la norma), el Juez realizó una lectura constitucional de la Ley de 2004, de la que dedujo el derecho de los padres a tener un hijo que no estuviera afectado por esta enfermedad y de autodeterminarse en las elecciones atinentes a la esfera de la procreación.

Esta interpretación extensiva, que plantea ulteriores problemas que debieran ser resueltos en el plano normativo, anticipa la posición asumida más recientemente por el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Costa y Pavan contra Italia* (TEDH 28 agosto 2012, en *Foro it.*, 2012, IV, c. 473).

Dos cónyuges italianos, portadores sanos de fibrosis quística, después de haber generado naturalmente un hijo enfermo y de haberse sometido la mujer a un aborto terapéutico (con ocasión de otro embarazo), por haberse detectado a través del diagnóstico prenatal que el feto padecía la enfermedad, pidieron y se les denegó la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida con el fin de efectuar un diagnóstico preimplantatorio, con el argumento de que no eran una pareja estéril.

Ante esta negativa el matrimonio acudió al TEDH, denunciando que la normativa italiana era contraria al art. 8 CEDH, que reconoce el derecho a la propia vida privada y familiar, el cual habría sido vulnerado por una injerencia ilegítima del Estado, en la medida en que prohíbe (arts. 1 y 4.1 de la Ley de 2004) acceder a la

reproducción artificial a las parejas fértiles, que, no obstante ello, sean portadores de graves enfermedades transmisibles.

Lo que pone de manifiesto el fallo, confirmado de manera definitiva por la *Grande Chambre* en Sentencia de 11 de febrero de 2013, es la evidente falta de lógica de la normativa italiana, que deja como única opción posible a los padres fértiles portadores de enfermedades transmisibles, que quieran tener un hijo que no padezca una específica malformación que con todo probabilidad está en riesgo de padecer, la de iniciar un embarazo naturalmente, efectuar después el diagnóstico prenatal (amniocentesis) y, en el caso que el feto tuviera malformaciones o estuviera afectado por una enfermedad, proceder al aborto por indicación terapéutica. Esto comportaría una injerencia desproporcionada del Estado en la vida privada y familiar, obligando a la pareja a poner en peligro, no sólo la salud psicofísica de la madre, sino también la del niño; injerencia, que, es tanto más desproporcionada, por la irracionalidad del sistema normativo, que no admite el acceso al diagnóstico preimplantatorio a la pareja fértil, garantizándole, en cambio, el derecho a abortar en el caso en el que el feto estuviera afectado por una malformación que pudiese provocar un perjuicio psicofísico a la madre.

A la luz de tal pronunciamiento, habría que revisar el concepto mismo de infertilidad, que no puede limitarse a englobar los casos en los que materialmente es imposible la procreación natural, sino también todas aquellos en los que la pareja, aún siendo biológicamente fértil, desde un punto de vista psicológico-moral, no se encuentra en condiciones prácticas de poder procrear.

Aunque el fallo no obligue al Estado a adoptar medidas para hacer compatible el Derecho interno sobre la materia con los principios del CEDH, parece evidente que condicionará la interpretación del mismo por parte de la jurisprudencia italiana, abriendo también el camino a una segura declaración de inconstitucionalidad, por ser contrario a lo previsto en el art. 117 de la Constitución, según el cual el poder legislativo interno debe desarrollarse “desde el respeto a la Constitución, así como a los vínculos derivados del Ordenamiento Comunitario y de las obligaciones internacionales”, entre las cuales no hay duda de que se encuentran los principios de la CEDH, tal y como son interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. El empuje demoledor que ejerce la jurisprudencia sobre la Ley de 2004, no se limita a los aspectos enunciados hasta aquí, sino que también alcanza a la prohibición de fecundación heteróloga expresamente sancionada por el art. 4.3 de la misma. Esta prohibición, que impide crear embriones con el recurso a donantes externos a la pareja, de hecho, impide, de manera absoluta, acceder a la reproducción asistida a las parejas en las que uno o ambos miembros no puedan generar gametos fértiles. El carácter absoluto de la prohibición, que ya en el pasado fue objeto de críticas y de dudas acerca de su constitucionalidad, encuentra en la Ley

de 2004 un imponente soporte sancionatorio, pero, al mismo tiempo, una precisa disciplina para el caso de que la pareja, no obstante la prohibición, recurra igualmente a la reproducción artificial.

La suerte de esta prohibición también ha sido influida por la jurisprudencia del TEDH (Sentencia de 1 de abril de 2010, *S.H. y otros c. Austria*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1082), que, ha estimado el recurso presentado por dos parejas austriacas, que sostenían que la parcial prohibición de fecundación heteróloga vigente en Austria era contraria al art. 8 CEDH en relación con el art. 14 CEDH. La legislación austriaca consentía la inseminación artificial heteróloga con donación externa de gametos masculinos (no, la realizada con gametos externos femeninos), pero prohibía totalmente la fecundación heteróloga in vitro. El TEDH entendió que esta solución vulneraba el art. 14 CEDH (prohibición de discriminación) en relación con el art. 8 CEDH (derecho al respeto a la vida personal y familiar), porque daba lugar a una disparidad de tratamiento desproporcionado entre los pacientes que podían acudir a la inseminación artificial y los que, exclusivamente, podían utilizar la fecundación in vitro. Igualmente la desproporción resultaba de la circunstancia de que se permitía la fecundación artificial heteróloga con gametos masculinos y, en cambio, no con gametos femeninos, la cual planteaba los mismos problemas desde el punto de vista social, moral y jurídico. De hecho, en ninguno de los dos casos, los hijos presentan los rasgos genéticos de uno de los progenitores, creándose, no obstante, relaciones jurídicas con ambos.

Antes de hablar de la influencia que la sentencia ha tenido sobre el ordenamiento jurídico italiano, hay que observar que la misma no afirma que la prohibición de fecundación heteróloga, en sí misma, sea ilegítima, sino que lo era la legislación austriaca, porque de manera injustificada admitía algunos tratamientos heterólogos y proscibía otros, vulnerando así el principio de igualdad. Cuando un ordenamiento, en el ejercicio de sus poderes autónomos de decisión, decide regular un hecho jurídicamente relevante, debe hacerlo de manera racional y coherente, sin penalizar a sujetos que, encontrándose en condiciones semejantes, no pueden acceder a tratamientos sanitarios. Por lo tanto, la sentencia no expresa ningún juicio de valor sobre la admisibilidad general de la fecundación heteróloga.

En cualquier caso, la sentencia ha sido revocada por la *Grande Chambre* (Sentencia de 3 de noviembre de 2011, *S.H. y otros c. Austria*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 224) la cual, aun reconociendo que el derecho a acceder a las técnicas de procreación asistida es una manifestación del principio de libertad personal y familiar encuadrable en el art. 8 CEDH, no ha considerado que la injerencia del Estado austriaco fuera desproporcionada, en aplicación de la llamada doctrina sobre “el margen de apreciación de cada Estado”. De acuerdo con dicha doctrina, el TEDH ha decidido finalmente reconocer a los Estados miembros un margen autónomo de apreciación sobre las materias, que, referidas a los aspectos morales y éticos de una sociedad democrática, no hayan llegado a tener una orientación unitaria y homogénea entre sus respectivos ordenamientos.

6. Una parte de la doctrina observó que el primero de los fallos del TEDH al que he hecho referencia (el que después fue revocado por la Gran Sala) no era posible aplicarlo de manera inmediata al sistema italiano, que, como se ha dicho, prohíbe cualquier tratamiento heterólogo. Desde el momento en que dicho fallo no afirma, como principio general, que debiera reconocerse la fecundación heteróloga, sino, exclusivamente, la ilegitimidad de la legislación austriaca, que, violando el principio de igualdad de trato, rechazaba ésta y, en cambio, admitía la inseminación artificial heteróloga, lo que no sucede en la legislación italiana.

A pesar de ello, a causa del impacto causado por dicho fallo, varios jueces de instancia plantearon cuestiones de constitucionalidad a propósito del art. 4.3 de la Ley de 2004, principalmente (aunque no sólo), por vulneración del art. 117.1 de la Constitución (Trib. Firenze 6 septiembre 2010, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 42; Trib. Catania 21 octubre 2010, *ibidem*, p. 55; Trib. Milano 2 febrero 2011, en *Fam. min.*, 2011, núm. 5º, p. 46), que, al subordinar el ejercicio del poder legislativo, no sólo a la Constitución, sino también a las obligaciones internacionales y comunitarias, determina la inconstitucionalidad de todas las normas internas que se opongan a las disposiciones del CEDH, tal y como son interpretadas por la jurisprudencia del TEDH.

Estando pendiente el juicio sobre la constitucionalidad de la norma, recayó la sentencia de la *Grande Chambre*, que, revocando el fallo de primera instancia del TEDH, privó a la cuestión de inconstitucionalidad de su principal parámetro normativo de referencia. Esto indujo a la Corte Constitucional (Corte cost. 150/2012, de 22 de mayo, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 858), con una resolución, objeto de fuertes críticas, a devolver las actuaciones a los jueces proponentes, por haber cambiado el marco normativo en el curso del procedimiento.

Como he dicho, el fallo fue criticado, desde el momento en que los jueces remitentes, no sólo habían planteado la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 117.1 de la Constitución, sino que también habían citado una serie de normas constitucionales (en particular, arts. 2, 3, 29 y 32), que, por razones obvias, no podían haber sido afectados por la sentencia de la Gran Sala y, por consiguiente, habrían impuesto a la Corte Constitucional la obligación de pronunciarse sobre la eventual vulneración de la Ley de 2004 con los principios en ellos consagrados.

Restituidas las actuaciones, se vuelve a proponer la cuestión de inconstitucionalidad, pero, esta vez, en vía principal, en la relación a los principios constitucionales internos, denunciando el art. 4.3 de la Ley de 2004 (Trib. Firenze 28 marzo 2013; Trib. Catania 29 marzo 2013 y Trib. Milano de 29 de marzo de 2013).

La Corte Constitucional, en Sentencia de 8 de junio de 2014, núm. 162 (en *www.dejure.it.*), acogiendo las cuestiones planteadas por los jueces proponentes, ha declarado inconstitucional el precepto.

De modo preliminar, la Corte observa que la prohibición de la reproducción asistida heteróloga no ha cristalizado en una práctica consolidada, desde el momento, en que antes de la entrada en vigor de la Ley, era pacíficamente admitida y reglamentada, si bien a través de normas ministeriales. Por otro lado, que dicha práctica no se encuentra prohibida por las obligaciones internacionales asumidas por Italia, desde el momento en que Convención de Oviedo prohíbe exclusivamente la fecundación heteróloga con finalidades eugenésicas.

Dicho esto, la Corte afirma que la elección de una pareja de formar una familia con hijos, concierne a la esfera privada y familiar, resultando encuadrable en la incoercible libertad de autodeterminarse, que, en cuanto tal, no tolera limitaciones, a menos que encuentren justificación en la exigencia de tutelar intereses que tengan un rango constitucional semejante.

La prohibición de fecundación heteróloga sería, además, contraria al derecho a la salud psico-física desde el momento en que el hecho de no poder tener hijos podría incidir negativamente sobre la “salud de la pareja”.

Ni todo ello encuentra un obstáculo en la tutela del nacido, ni en el interés del mismo a la búsqueda de sus propios orígenes biológicos desde el momento, en que este último aparece ya reconocido como un principio general consolidado, lo que es confirmado por la Ley de Adopción Internacional, en la que “ha quebrado el dogma del carácter secreto de la identidad de los padres biológicos como garantía inexcusable de la cohesión de la familia adoptiva”, por la exigencia de valorar conjuntamente todas los aspectos implicados en la materia.

Por último, la prohibición de fecundación heteróloga vendría a imponer un tratamiento discriminatorio injustificado para las parejas afectadas por una esterilidad particularmente grave, que se concretara en la imposibilidad de producir gametos. En consecuencia, resultaría violado el art. 3 de la Constitución desde el momento en que el derecho de una pareja a tener hijos vendría sólo reconocido a parejas que padecieran una esterilidad menos grave y no a aquellas, cuyas patologías resultaran tan graves, que les obligaran a tener que recurrir a la donación de gametos por parte de un tercero. La norma resultaría, además, discriminatoria, porque obligaría a estas parejas a tener que desplazarse al extranjero para acceder a la reproducción asistida, privilegiando a las de mayores recursos económicos, en relación con las que no tuvieran medios para ello, que, en consecuencia, se verían privadas de la posibilidad de tener un hijo, siendo titulares de los mismos intereses constitucionalmente protegidos.

7. De las consideraciones hechas parece evidente deducir que la disciplina de la reproducción asistida prevista en la Ley de 2004 ha sufrido importantes modificaciones por parte de la jurisprudencia, que ha desdibujado progresivamente gran parte de los elementos característicos de la regulación italiana. Se ha suprimido

la prohibición de diagnóstico preimplantatorio, se ha ampliado el acceso subjetivo a parejas que, aun siendo fértiles, son portadoras de enfermedades transmisibles al feto y, por último, se ha suprimido también la prohibición de fecundación heteróloga.

Por otro lado, los argumentos utilizados por la Sentencia de la Corte Constitucional de 8 de junio de 2014 parecen sentar las bases para posteriores decisiones que, de hecho, podrían “acabar” con la Ley del 2004.

Afirmar que existe un derecho a tener un hijo, que sólo cede ante la existencia de otros intereses y valores de igual rango constitucional y que tal derecho no daña la posición jurídica del nacido, que resulta suficientemente tutelada, inexorablemente, abre la puerta a ulteriores pronunciamientos de constitucionalidad sobre la Ley, ya que de acuerdo con dicha interpretación, son numerosas las normas contrarias al principio de igualdad.

¿Por qué permitir a una pareja el acceso a las técnicas heterólogas y no permitirlo a una pareja, cuya mujer, no pudiendo materialmente llevar en su seno al hijo, debe necesariamente recurrir a la maternidad subrogada (con o sin la donación externa de gametos)? También en este caso, tendría lugar una discriminación que lesionaría el derecho de una pareja a tener un hijo y que se basaría, exclusivamente, en la gravedad de la infertilidad de la mujer.

Por otro lado, ¿cuál sería el motivo para reconocer el derecho a tener un hijo sólo a personas que estén casadas o convivan de hecho? ¿No debiera reconocerse también a los *single* que, no sean fértiles, como consecuencia del principio de autodeterminación y con fundamento en el respeto a la vida privada y familiar? Es más, ¿no se habría de dar un paso más y permitir la maternidad subrogada para permitir también a los *single* masculinos infértiles tener un hijo?

Por último, tales derechos debieran ser reconocidos, por obvias razones de no discriminación, también a parejas del mismo sexo o a *single* homosexuales, desde el momento en que las diversas orientaciones sexuales no excluyen la existencia de un deseo humano de paternidad o maternidad. Habría, pues, que preocuparse de justificar el motivo por el que un presunto derecho del nacido a tener dos progenitores prevalecería sobre el derecho a la salud y a la autodeterminación del padre.

Estas provocadoras preguntas encuentran su respuesta (creo que no exhaustiva) en la orientación propuesta por la sentencia de la Corte Constitucional, que es categórica al afirmar que la inconstitucionalidad de la prohibición de reproducción asistida heteróloga no afecta para nada a la prohibición de maternidad subrogada y, en segundo lugar, que el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley previsto en el art. 5 de la misma no se ve modificado por efecto de la sentencia misma.

Es cierto que la Corte no califica el derecho a tener un hijo como un derecho de la persona, sino de la “pareja”. No importa que entre los padres e hijos no haya una comunidad genética, con tal de que estos últimos nazcan en el seno de una pareja estable o de una familia. Después de tantos esfuerzos realizados para separar la cualidad de hijo del concepto de familia para anclarla en el dato biológico-genético de la filiación, parece que se vuelva hacia atrás, para confirmar la necesaria presencia de una comunidad de personas vivas y heterosexuales, que, sólo, como consecuencia de su elección, deciden ser padres.

Pero, en realidad, así no se hace otra cosa que ocultar problemas que de modo inevitable se plantearán.

Es evidente que la fecundación heteróloga plantea problemas completamente diversos a la homóloga y que, siempre que no sea discriminatorio, está justificado un tratamiento diverso entre ambas. Crear un vínculo de filiación entre sujetos que compartan un patrimonio genético es diverso a crearlo con sujetos genéticamente extraños, porque plantea problemas jurídicos distintos que pueden también incidir sobre la elección de los padres de acudir a las técnicas heterólogas o del donante de poner a disposición de la pareja el propio patrimonio genético. No parece suficiente atrincherarse detrás de la previsión, si bien legalmente necesaria, de que el hijo lo es de la pareja “comitente” y que el donante no tiene derecho a reconocerlo.

¿Qué cosa sucedería, si, una vez nacido, el hijo presentara patologías que sólo pudieran curarse a través de la donación de tejidos genéticamente compatibles? Se les debería reconocer el derecho a conocer sus propios orígenes y, quizás, descubrir que el padre genético tiene, a su vez, una familia e hijos que son sus hermanos genéticos.

Todo ello, ¿no podría también lesionar el derecho a la salud psicológica de la mujer o de los hijos del donante o de la misma persona nacida del uso de las técnicas de reproducción asistida heteróloga? Y, si es así, ¿por qué el derecho a la salud psicológica de los terceros –que no hacen otra cosa que sufrir las elecciones ajenas– merecerían menor garantía que el de la pareja a tener un hijo? ¿Sería suficiente justificarse diciendo que la patología de la pareja es actual y que la de los terceros es sólo potencial?

Habría bastado que la disciplina de la reproducción asistida hubiera sido más correctamente entendida por parte de la Corte Constitucional como una terapia para curar, no cualquier enfermedad ligada al “deseo objetivo” de tener un hijo, que no puede tener naturalmente, sino a las específicas enfermedades que pueden englobarse dentro del concepto de infertilidad o de esterilidad.

Se debe evidenciar el hecho de que, como muchas otras enfermedades, no siempre la infertilidad o la esterilidad son sanables, y que no puede pretenderse que el embarazo sea utilizado como remedio para patologías psicológicas que, aun siendo

graves, podrían encontrar su solución médica en otros ámbitos. El hecho de garantizar el acceso a tales técnicas no puede ser tampoco considerado como privación de una técnica terapéutica a través de la cual hacer frente a la patología clínica que en tal situación se genera. Se puede discutir sobre el hecho de si la opción legislativa de prohibir las técnicas de procreación heteróloga es criticable desde un punto de vista ético o moral, pero, ciertamente, no se puede afirmar que la misma sea contraria a la Constitución y sostener que, como se admite la fecundación homóloga, debe ser reconocida la heteróloga, como exigencia del principio de igualdad y de no discriminación entre parejas con infertilidad curable y parejas con infertilidad incurable.

En conclusión, el hecho de admitir que tales patologías puedan encontrar solución en la fecundación heteróloga abre las puertas a una multiplicidad de problemas jurídicos que pueden poner en peligro los intereses del hijo y de los terceros, que no parece hayan sido debidamente en cuenta por parte de los Magistrados y, que, sin embargo, no deben ser infravalorados.

