

I JORNADA SOBRE ASPECTOS LEGALES DE LAS TRA: INFLUENCIA EUROPEA

ASEBIR
Asociación para el Estudio
de la Biología de la Reproducción

Margen de apreciación nacional en el acceso a las técnicas de reproducción asistida

Joaquín Cayón
joaquin.cayon@unican.es

GRIDES
grupo de investigación
derecho sanitario y bioética

UC
UNIVERSIDAD
DE CANTABRIA

1978-2016: 5 millones de niños mediante TRA



Louise Brown



1978



2016



Mujer de 65 años da a luz cuatrillizos





Donación comercial de óvulos y de esperma

**Help another woman
get pregnant.**

Become an egg donor

Women between the ages of
22 and 30 can help make a
woman's dream come true.

**Egg donors are
compensated \$8,000**

Social security number required

For more
information,
please call our
toll-free number



 **Columbia
University**



...y la historia continúa..



EL  MUNDO

27/09/2016

Nace el primer bebé del mundo con la técnica del ADN de tres padres

≡ EL PAÍS 

Materia
III

REPRODUCCIÓN ASISTIDA ›

Reino Unido da luz verde al primer bebé con tres padres genéticos

La técnica ayudará a cerca de 150 parejas que cada año pierden a sus bebés por enfermedades mitocondriales



PABLO GUIMÓN  | JAIME PRATS 

Londres / Valencia 3 FEB 2015 - 13:04 CET

sirve del ADN de una donante

Los embriones de 'tres padres' reciben la aprobación ética



¿Existe un derecho fundamental al acceso a las TRA?

¿Cuál es el margen de apreciación de los Estados en esta materia?

Table 1: Types of ART regulation in Europe, India, Japan, and the US, 2013

Country	Type of ART governance	New ART legislation since 2009	Type of coverage	Extent of coverage
Austria	Legislation and guidelines	No	National health plan	Partial
Belarus	Legislation and guidelines	No	No coverage	None
Belgium	Legislation only	Yes	National health plan and private insurance	Partial
Bulgaria	Legislation only	Yes	National health plan	Partial
Croatia	Legislation only	Yes	National health plan and private insurance	Partial
Czech Republic	Legislation only	Yes	National health plan	Partial
Denmark	Legislation only	Yes	National health plan	Complete
Finland	Legislation only	No	National health plan	Partial
France	Legislation and guidelines	Yes	National health plan	Complete
Greece	Legislation only	No	National health plan	Partial
Hungary	Legislation only	No	National health plan	Complete
Iceland	Legislation only	No	National health plan	Partial
Ireland	Legislation and guidelines	No	No coverage	None
Italy	Legislation and guidelines	Yes	National health plan	Partial
Latvia	Legislation and guidelines	Yes	National health plan	Partial
Norway	Legislation and guidelines	No	National health plan	Partial
Portugal	Legislation only	Yes	National health plan	Partial
Russia	Legislation and guidelines	Yes	National health plan	Complete
Slovenia	Legislation only	No	National health plan	Complete
Spain	Legislation and guidelines	No	National health plan and private insurance	Complete
Sweden	Legislation and guidelines	No	National health plan	Partial
Switzerland	Legislation and guidelines	No	No coverage	None
Turkey	Legislation and guidelines	Yes	National health plan	Partial
United Kingdom	Legislation and guidelines	Yes	Private insurance	Partial
India	Guidelines only	No	No coverage	None
Japan	Guidelines only	No	National health plan	Partial
United States	Legislation and guidelines	No	Private insurance	Partial

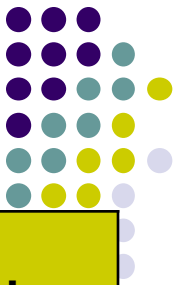
Source: Ory et al. (2014).

Table 2: Couple and sexuality requirements for ART in Europe, India, Japan, and the US, 2013

	Marriage required	Stable relationship permitted	Singles permitted	Lesbians permitted
Austria	Yes	Yes	No	No
Belgium	Yes	Yes	Yes	Yes
Bulgaria	Yes	Yes	Yes	Yes
Croatia	Yes	Yes	No	No
Czech Republic	Yes	Yes	No	No
Denmark	Yes	Yes	Yes	Yes
Finland	No	Yes	Yes	Yes
France	No	Yes	No	No
Greece	No	Yes	Yes	No
Hungary	Yes	Yes	Yes	No
Ireland	No	Yes	No	No
Italy	Yes	Yes	No	No
Latvia	Yes	Yes	Yes	Yes
Russia	Yes	Yes	Yes	No
Slovenia	No	Yes	No	No
Spain	Yes	Yes	Yes	Yes
Sweden	Yes	Yes	No	No
Switzerland	No	Yes	No	No
Turkey	Yes	No	No	No
United Kingdom	No	Yes	Yes	Yes
India	Yes	Yes	Yes	No
Japan	Yes	No	No	No
United States	No	Yes	Yes	Yes

Source: Ory et al. (2014).

Different legal frameworks (8 selected EU Member States)



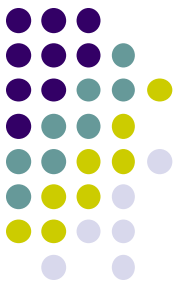
Type of ART	Allowed	Only for couples	Only for heterosexual couples	Only for married couples	Forbidden
IVF	BE, NL, UK, SP, GE, FR	AUT	-	SL	-
Insemination	BE, NL, UK, SP, GE	AUT	FR	SL	-
Egg donation	BE, NL, UK, SP	AUT	FR	SL	GE
Embryo donation	BE, NL, UK, SP,GE (partly)	-	FR	-	AUT, SL
Surrogacy	BE, NL, UK	-	-	-	AUT, GE, FR, SL, SP ⁹

Aplicación al Acceso a las TRA



- En los últimos años el TEDH ha resuelto varios supuestos que tienen por objeto el acceso a las TRA
- Expansión del Convenio de Roma (CoE): el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).
- Ello nos sitúa ante la compleja cuestión:
 - ¿existe un derecho a tener hijos?
 - ¿existe un derecho al acceso a las TRA?
 - ¿cuál es límite que tienen los Estados del CoE?

Doctrina del margen de apreciación nacional





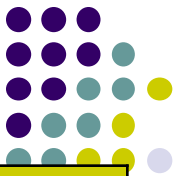
- Creación jurisprudencial
 - a) Criterio de la “*better position*”
 - b) Criterio de la inexistencia de **consenso europeo identificable**

- **Debate:** ¿Amplio o estrecho margen?
«*debe respetarse un amplio espacio de maniobra al legislador nacional, especialmente cuando existan implicaciones cuestiones éticas y morales*» (SH y otros v. Austria 2011)



Pero...

- Jurídicamente  **“relativismo jurídico-cultural”**, incompatible *per se* con la naturaleza universal de los derechos reconocidos en el CEDH
- Bioéticamente  **neutralidad moral** inaceptable desde el punto de vista bioético.



Phrase	Appearance in number of cases
<i>“Margin of appreciation”</i>	1373
<i>“Wide margin of appreciation”</i>	480
<i>“Certain margin of appreciation”</i>	631
<i>“Narrow margin of appreciation”</i>	39
<i>“Power of appreciation”</i>	263
<i>“Margin of discretion”</i>	78
<i>“A certain discretion”</i>	78

Paternote (2012), *The Margin of Appreciation under fire*



2 ejemplos recientes

a) Derecho al matrimonio homosexual

Schalk y Kopf v. Austria (2010)

El TEDH consideró que el artículo 8 CEDH no impone a los Estados la obligación de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio

En especial cuando los estados ya disponen de un régimen alternativo para estas.



b) Derecho a la adopción por parejas homosexuales

Gas y Dubois v. Francia (2012)

TEDH recurrió al margen de apreciación porque no existía diferencia de trato entre

- pareja heterosexual no casada
- pareja homosexual

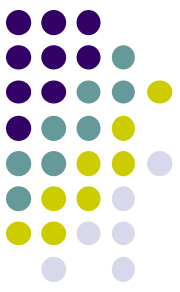
la legislación francesa no lo permite en ninguno de los dos casos.

I.- SUPUESTOS DE VIOLACION DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA (margen sobrepasado)



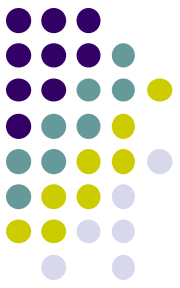
- a) Reclusión y derecho a procrear
- b) Límites del DGP
- c) Contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero


1.- Reclusión y derecho a procrear: el prisionero Dickson



Dickson v. Reino Unido (2007)

- Kirk y Lorraine Dickson solicita de inseminación artificial con esperma de su marido preso
- La recurrente también consideraba que la técnica constituía su última oportunidad de tener hijos genéticos, puesto que ya tenía 44 años y su marido todavía debía cumplir condena durante 15 años



- Argumentos UK
 - Denegación se basaba en que que la solicitud se dirigía a tener hijos mediante TRA que no existe como un derecho general
 - Protección del bienestar del menor que pudiera nacer.
- TDH  estima dado que puede ser cuidado por la madre. Argumentos nacionales insuficientes para la restricción
- Caso puntual

2.- Límites del DGP



Costa y Pavan v. Italia (2012)

- Pareja italiana que descubrió que eran portadores sanos de fibrosis quística tras el nacimiento de su 1º hijo, quien se encontraba afectado
- **DGP prohibida en Italia** a parejas que no cumplen los requisitos objetivos de acceso a las TRA (**no son estériles**)



Única posibilidad real de no tener un hijo afectado por la enfermedad es la **IVE**.



- Solución legal desproporcionada
- Solución legal incoherente: licitud de la IVE y prohibición del DGP.
- TEDH consideró que la prohibición de DGP excedía del margen de apreciación del Estado

3.- Contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero



PREGUNTA: ¿Cuáles deben ser los efectos de los acuerdos de gestación por sustitución celebrados por ciudadanos europeos de Estados que la prohíben en otros países que sí los reconocen legalmente?



- **Mennesson v. Francia (2014)**
- **Labasse v. Francia (2014)**
- 3 menores gestadas con fines comerciales por una mujer en California y Minnesota, en ambos casos con óvulos donados y esperma del padre comitente.
- las niñas pasaron a residir en Francia con sus padres comitentes franceses, que habían recurrido a la GS en el extranjero:
 - porque esta estaba prohibida en Francia
 - porque la mujer en ninguno de los dos casos tenía capacidad para gestar.

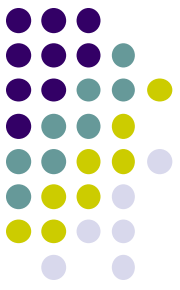


- Opciones:
 - A) No reconocer la filiación en la medida en que el Estado del padre la prohíbe.
 - B) Reconocerla disociando gestación y paternidad
- TEDH considera que la negativa de Francia a reconocer la filiación de los menores a favor de sus padres comitentes es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (derecho a la identidad)



- Se excede del margen de apreciación:
prevalece el superior interés del menor a tener padres.
- La sentencia condena a Francia al pago de 5.000 € en concepto del daño moral causado a cada una de las menores implicadas, que ya tenían 14 y 13 años cuando el TEDH resolvió el caso

II.- CASOS DE RECONOCIMIENTO DE MARGEN DE APRECIACION NACIONAL



- a) Revocabilidad del consentimiento
- b) Prohibición de donación de gametos
- c) Donación de embriones con fines de investigación
- d) NOVEDAD: reconocimiento de filiación de gestación subrogada



1.- ¿Me puedo arrepentir?

Revocabilidad del consentimiento

Evans vs Reino Unido (2007)

- Natalie Evans que sufría de cáncer de ovario, se sometió a FIV con su entonces pareja y 6 embriones fueron crioconservados.
- Cuando terminó la relación la ex pareja retiró su consentimiento para que los embriones que se utilizarán. La legislación británica permite la revocabilidad del consentimiento.
- **Ella**: última oportunidad de tener un hijo genético.
Derecho a la vida de los embriones
- **El**: no puedo ser forzado a procrear
- **UK**: destrucción de los embriones



- **Solución:**
- Dada la falta de consenso europeo, el hecho de que las normas nacionales habían sido claras y puestas en conocimiento del solicitante no había habido violación de artículo 8.
- La solución británica entra dentro del margen de apreciación
- En España cabe modificación en cualquier momento y debe renovarse cada 2 años (11.6 Ley)

2.- Prohibición de donación de gametos



S.H. y otros contra Austria (2011)

Legislación austriaca impide el acceso a la donación de esperma y de óvulos para la práctica de FIV.

Demandantes consideraban que la ley nacional vulneraba su derecho al respeto a la vida privada (art. 8 CEDH)



Solución:

- Amplio margen de apreciación a los estados en materia de donación de gametos, por lo que **son admisibles tanto las políticas restrictivas como las permisivas**
- Apelación al «**turismo reproductivo**» como una «**válvula de seguridad moral**»:
 - *«la ley austriaca no prohíbe ir al extranjero en busca de tratamiento contra la infertilidad que comprenda técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria»*

3.- Donación de embriones con fines de investigación



Parrillo vs. Italia (2015)

- Ciudadana italiana pretende donar a la investigación los embriones crioconservados por ella y su pareja para FIV.
- Antes de la transferencia embrionaria, el compañero de la recurrente falleció
- Ley italiana de 2004 lo prohíbe



«La falta de consenso europeo sobre una cuestión tan sensible determina que Italia haya actuado dentro de su margen de apreciación»

- Diferente de *Costa y Pavan vs. Italia* al no implicar una futura maternidad no afectaba a un aspecto especialmente importante de la existencia de la recurrente



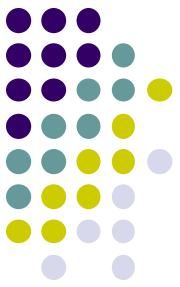
La última tendencia

Paradiso/Campanelli v. Italia (2015)

- Pareja casada italiana que, tras someterse a varias FIV sin éxito en su país, celebró un contrato de GS con una agencia rusa.
- A la gestante a la cual le fueron implantados los embriones creados mediante gametos donados.



- Una vez la pareja regresó a Italia con el bebé, acreditada la renuncia de la madre gestante al menor, las autoridades italianas se negaron a otorgar efectos, al considerar que contravenía la **prohibición de la fecundación heteróloga** que contenida en la legislación italiana



- A los 7 meses de nacimiento, el menor fue puesto bajo la guarda de los servicios sociales y se impidió todo contacto con la pareja comitente.
- En 2013, y todavía sin su identidad determinada en Italia, el menor fue acogido por una familia, con el fin de ser adoptado



- SOLUCIÓN EN 2015

TEDH considera que se ha producido una vulneración en la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), puesto que los recurrentes

- pasaron con el menor las primeras etapas importantes de su vida
- actuaron como sus padres



- Actuación italiana desproporcionada
- Superior interés del menor «con independencia del vínculo genético»
- Condena a Italia al pago de 20.000 € por el daño moral causado a la pareja comitente.
- Cuando el TEDH se pronunció, situación ya era irreversible: el niño ya estaba adoptado desde 2013.



STEDH (Gran Sala)- 24 de enero de 2017

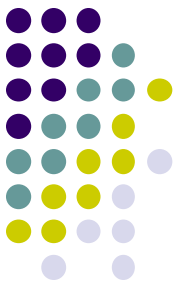
- Italia no violó el artículo 8 CEDH, habida cuenta de:
 - la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los comitentes
 - la corta duración de la relación con el niño
 - la incertidumbre de los vínculos jurídicos entre ellos, a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de los lazos afectivos.

No hay “vida familiar” entre los comitentes y el niño



- **Necesidad de regulación**
- **Problema de turismo reproductivo**
- **Afectación al criterio de STS 6-2-2013**
(ATS 2-2-2015 desestima incidente de nulidad; pendiente de amparo)
- Pareja homosexual que contrata vientre de alquiler en California. No reconoce filiación por contraria al orden público internacional español
 - A) Vulneración de la dignidad de la mujer gestante y del niño
 - B) Mercantilización de la gestación y la filiación,
 - C) “Ciudadanía censitaria”: sólo quienes tienen recursos.
- **Puerta abierta**: reclamación de paternidad como padre biológico y adopción por el otro hombre

Protocolo nº 15 al CEDH (2013)



- Precedente: Declaración de Brighton (2012)
- Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad primordial de proporcionar la los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y de los Protocolos a la misma, y que, al hacerlo, disponen de un margen de apreciación, sujeto a la jurisdicción de control del TEDH humanos establecidos en la presente Convención ".



Algunas conclusiones

1ª etapa: estrecho margen de apreciación nacional

El ámbito de aplicación del art. 8 CEDH ha ido evolucionando de un derecho negativo a procrear sin la interferencia de terceros, a un derecho positivo de acceso a las TRA

- dº a ser padre genético (prisionero *Dickson*)
- dº al respeto de las decisión de no ser padre (*Evans*)
- dº al DGP para tener un hijo sano (*Costa y Pavan*)

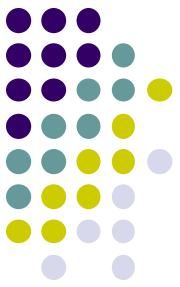
2ª etapa: amplio margen de apreciación nacional

Vaciamiento de contenido del art. 8 CEDH

A favor del margen



- Diversidad cultural de EM del CoE no permitirían una legislación uniforme
- Reproducción transfronteriza, constituiría una “válvula de seguridad” que reduciría el conflicto moral y permitiría el mínimo reconocimiento de autonomía moral
- Armonización de criterios podría ser un “lobo con piel de cordero” que provocaría más problemas que soluciones (PENNINGGS).



En contra del margen

- Turismo reproductivo (no cubierto por la Directiva de 2011)
- Elitismo reproductivo
- Creación de un mercado europeo de la fertilidad
 - Regulaciones liberales (Reino Unido y España)
 - Regulaciones más restrictivas (p.e., Francia e Italia).
 - Lista de espera menos largas
 - Anonimato del donante
 - Mayor oferta de gametos

UN DESTINO TURÍSTICO LÍDER MÁS ALLÁ DEL 'SOL Y PLAYA'.

Vacaciones en España con embarazo incluido

Miles de extranjeros acuden a las clínicas españolas especializadas en reproducción



PABLO LEÓN

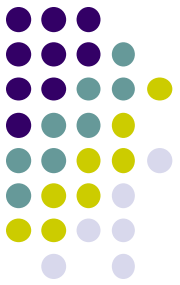
Madrid - 10 ABR 2016 - 00:00 CEST



Una empleada atiende a una clienta en una clínica de fertilidad de Madrid/LUIS SEVILLANO (/ ATLAS-QUALITY)

Escapada a España. El plan: dos semanas de playa, [visita a la clínica de fertilidad](#) y vuelta a casa embarazados. Otra

IN ENGLISH





- Vaciamiento de contenido del CR

- Ambigüedad del “consenso europeo identificable”
 - ¿Tendencia legislativa? (Sheffield v. UK 1998)
 - ¿Tendencia social? (Frette v. France 2002)
 - ¿Sólo europeo?
 - ¿Qué porcentaje de Estados?

- Necesidad de armonización: **standard mínimo si queremos preservar universalidad**