

Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea

Silvia Marrama¹

Sumario

Introducción

1. Principio de subsidiariedad
2. Subsidiariedad y margen de apreciación nacional
 - 2.1. Argumentos en favor de la aplicación del instituto
 - 2.2. Requisitos y límites del instituto
 - 2.3. Alcances de la aplicación del margen de apreciación nacional
 - 2.3.1. Jurisprudencia del TEDH
 - 2.3.2. Jurisprudencia de la Corte IDH
3. Margen de apreciación nacional en la doctrina de la CSJN
4. Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea
 - 4.1. Jurisprudencia del TEDH
 - 4.1.1. Evans v. Reino Unido
 - 4.1.2. Dickson v. Reino Unido
 - 4.1.3. S.H. y otros v. Austria
 - 4.1.4. Costa y Pavan v. Italia
 - 4.1.5. Knecht v. Rumania
 - 4.1.6. Mennesson y Labassee v. Francia
 - 4.1.7. Parrillo v. Italia

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas (PUCA). Magister en Desarrollo Humano (ULIA). Especialista en Derecho Tributario (UNL). Profesora Superior en Abogacía (PUCA). Abogada (PUCA). Mediadora (Humanitas). Miembro del Instituto de Bioética (ANCMYP). Investigadora categorizada conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93”. La autora publica este trabajo en el marco del Proyecto de Investigación “Análisis y propuesta de alternativas para la protección jurídica de los derechos humanos del embrión”, dirigido por el Dr. Siro De Martini. Programa Ius - Acreditación de Proyectos de Investigación Jurídica. Investigación jurídica aplicada. Facultad de Derecho (UCA). Convocatoria 2016-2018. Asimismo se publica como material didáctico de la cátedra Derecho Público y Privado de la Facultad de Ciencias de la Gestión (Universidad Autónoma de Entre Ríos). E-mail: marramasilvia@gmail.com

4.1.8. Paradiso y Campanelli v. Italia

4.2. Jurisprudencia de la Corte IDH

4.2.1. Artavia Murillo

4.2.2. Gomez Murillo

Conclusión

Referências

Introducción

La existencia de una pluralidad de tribunales internacionales presenta diversos desafíos a los investigadores². Entre ellos, el de analizar el límite a su jurisdicción trazado por la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, en casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y por el tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), referidos a las denominadas³ Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA).

1. Principio de subsidiariedad

El control de convencionalidad⁴ es secundario y concentrado respecto del control previo -denominado “primario”⁵- que deben

² Cfr. SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril, “Prólogo: Algunas notas sobre la Jurisdicción Internacional en el Siglo XXI”, en SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril (coords.), p. 22.

³ En diversas publicaciones he explicado las razones de mi desacuerdo con esta denominación, que aquí utilizo por resultar la más difundida a nivel nacional e internacional. Entre ellas, cfr. MARRAMA, Silvia. Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos. SCALA, Jorge (pról.), Capítulos 1 y 2. MARRAMA, Silvia, “¿Sería constitucional una ley que regulase la fecundación artificial extracorpórea?”. El Derecho Suplemento de Derecho Criminal, [245] - (06/12/2011, nro 12.891). MARRAMA, Silvia, “Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar”. El Derecho [244] - (21/10/2011, nro 12.860). MARRAMA, Silvia, “Análisis del Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 de investigación en embriones humanos, a la luz de la Ley N° 26.862, de la Constitución Nacional y de los principios internacionales que rigen la materia”. Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Tomo XVI Parte I, (2014).

⁴ Respecto de la definición y alcances del control de convencionalidad, véase MARRAMA, Silvia, “Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino”. El Derecho [255] - (27/11/2013, nro 13.372) (Ref. 73118). MARRAMA, Silvia, “El control de convencionalidad en la aplicación de la dogmática penal”. El Derecho [257] - (06/05/2014, nro 13.476). MARRAMA, Silvia,

realizar *ex officio* y de modo difuso los jueces nacionales. Numerosos juristas⁶ extienden el control de convencionalidad “primario” a todas las autoridades y órganos del estado⁷, y consideran que ello es una doctrina legal consolidada. Igual extensión le otorga la Corte IDH⁸.

La existencia de controles “primario” y “secundario” de convencionalidad en el sistema interamericano, da cuentas de la aplicación del principio de subsidiariedad (cfr. artículo 46.1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH9), tal como lo ha reconocido la Corte IDH¹⁰. El sistema interamericano se autodefine como subsidiario.

El principio de subsidiariedad es reconocido y aplicado no sólo por el sistema interamericano sino también por el sistema europeo de protección de los derechos humanos¹¹. La subsidiariedad constituye un límite a la jurisdicción de los tribunales internacionales¹².

“Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional”. Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Tomo XLIII (2016). Parte II. Disponible en <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Marrama.I.16.pdf>

⁵ Cfr. Corte IDH, Sentencia Trabajadores Cesados del Perú, del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158. Corte IDH, Sentencia Almonacid, del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, § 124.

⁶ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”. Estudios constitucionales, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=So718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

⁷ En el mismo sentido, Alonso Regueira. Cfr. ALONSO REGUEIRA, Enrique, “Los límites del control de convencionalidad”, en LA LEY 2017-C, Sup. Adm. 2017 (mayo), 8. Cita Online: AR/DOC/1069/2017. Fecha de consulta: 05/06/2017.

⁸ Cfr. Corte IDH, Sentencia Masacre de Santo Domingo v. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, del 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, § 142. Corte IDH, Sentencia Brewer Carías v. Venezuela, del 26 de mayo de 2014, Serie C N° 278. Voto de los Jueces VENTURA ROBLES y FERRER MACGREGOR, § 63.

⁹ Suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, 7-22/11/1969. También se la denomina Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁰ Cfr. Corte IDH, Sentencia Brewer Carías ... Idem. Voto de los Jueces VENTURA ROBLES y FERRER MACGREGOR, § 63. Cfr. CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico v. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 14 de febrero de 2017, Causa 368/1998 (34-M). Considerando 8° del Voto de la mayoría.

¹¹ Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico v. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 14 de febrero de 2017, Causa 368/1998 (34-M). Considerando 10° del Voto de la mayoría. Sobre el control de

2. Subsidiariedad y margen de apreciación nacional

Como consecuencia de la aplicación del principio de subsidiariedad al control de convencionalidad, existe un margen de apreciación nacional, es decir, un ámbito de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en un caso concreto, a cargo exclusivamente de las autoridades soberanas del estado parte del sistema de protección supranacional correspondiente.

La doctrina del margen nacional de apreciación ha sido ampliamente utilizada por diversos tribunales internacionales, especialmente el TEDH, habiéndose consolidado como uno de sus criterios hermenéuticos para la interpretación y aplicación de los derechos humanos¹³.

Entiendo que este ámbito o reducto de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a cargo de las autoridades nacionales, no constituye una “atribución al estado” por parte de los tribunales regionales. Disiento asimismo con la concepción doctrinaria que sostiene que los tribunales internacionales realizan una “deferencia” a los tribunales nacionales al permitirles decidir respecto de casos en los que no existe consenso interestatal. También discrepo con el término “concesión”, referido al margen de actuación de los tribunales nacionales. El argumento que funda mi discrepancia es sencillo y, entiendo, suficientemente coherente: precisamente si la

convencionalidad en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, cfr. MARRAMA, Silvia, “El tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad de una sentencia del Consejo de estado francés”, en *El Derecho* 259-555.

¹³ Cfr. CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto[...] Idem. Así también lo han sostenido diversos tribunales argentinos (Cfr. CFed. Salta, L. O., A. M. - L., C. v. Swiss Medical s/amparo, del 6 de julio de 2013. STJ Entre Ríos, Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal, Á., V. J. y Z., A. S. s/homic. calif. s/recurso de casación, del 5 de marzo de 2014.

¹³ Cfr. BARBOSA DELGADO, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el estado de Derecho y la sociedad democrática”. En: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NUÑEZ POBLETE, Manuel (coords.). *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.

jurisdicción de los tribunales internacionales es subsidiaria, éstos no se encuentran en posición de “atribuir” o de realizar una “concesión” a modo de “deferencia” o cortesía de un campo de acción a los tribunales nacionales, sino que deben limitarse a “reconocerlo”. Es decir que la subsidiariedad conlleva en sí misma la existencia del margen nacional de apreciación.

2.1. Argumentos en favor de la aplicación del instituto

Destaco de entre los argumentos a favor¹⁴ de la aplicación de la doctrina del margen, el que se refiere al conocimiento deficiente o inexacto por parte de los tribunales internacionales de las particularidades históricas, culturales, sociales, económicas o jurídicas

¹⁴ Entre los argumentos contrarios a la utilización de la doctrina del margen, un interesante estudio de Pizzolo sobre diálogo interjurisdiccional, afirma de un modo un tanto radical que existen dos modos de construir el diálogo y las relaciones interordinamentales. Uno, con mayor protagonismo del juez nacional apelando a un self-restrain en sede supranacional y al desarrollo de la doctrina del margen nacional de apreciación. Otro, con mayor protagonismo de los intérpretes supranacionales y la autocontención de los jueces nacionales. “El primer modo de encarar el diálogo interjurisdiccional, congrega a los defensores del principio de subsidiariedad y, por ende, a los defensores de una celosa visión de la soberanía estatal y de la identidad constitucional derivada de ésta última. Quienes promueven este modo dialógico se muestran poco dispuestos a reconocer la autoridad interpretativa de quienes se expresan en sede supranacional”. Cfr. PIZZOLO, Calogero. “El diálogo interjurisdiccional como herramienta para la creación de consensos mínimos en una comunidad de intérpretes finales”. Material de estudio del Curso Virtual “Control de Convencionalidad y Tutela de los Derechos Humanos”, organizado por el Instituto de Formación y Perfeccionamiento judicial de la Provincia de Entre Ríos “Dr. Juan Bautista Alberdi”.

Disiento con la afirmación de Pizzolo referida a la doctrina del margen de apreciación nacional como exclusivo reflejo de una “celosa visión de la soberanía estatal”. Considero que la doctrina puede leerse también como un modo de respetar las diferencias culturales -necesarias y saludables- que existen entre los países, es decir, como un reflejo de la diversidad. Además, la doctrina del margen se relaciona con la mejor posición en la que se encuentran los jueces nacionales para resolver, por encontrarse en contacto con la realidad del estado en la que el caso se da, lo que le permite una mejor apreciación y valoración de los hechos y las pruebas para formar su convicción. Por otra parte, entiendo que aquellas afirmaciones de Pizzolo deben ser matizadas con lo expuesto por el mismo autor en otro trabajo: “en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos la intervención de los tribunales supranacionales es subsidiaria. No podía ser de otra manera dado que la competencia de juzgar las violaciones a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, permanece en la órbita estatal sin ser atribuida de manera directa a los tribunales supranacionales que intervienen, por regla, una vez agotados los recursos internos”. PIZZOLO, Calogero. “Del paradigma de la estatalidad al paradigma de la internacionalización de los derechos humanos”. Material de estudio del Curso Virtual “Control de Convencionalidad y Tutela de los Derechos Humanos”, organizado por el Instituto de Formación y Perfeccionamiento judicial de la Provincia de Entre Ríos “Dr. Juan Bautista Alberdi”.

de un determinado estado¹⁵. El pluralismo local, la diversidad de opciones culturales, sociales, económicas -entre otras- de los estados parte de un tratado internacional, abogan por una especial prudencia de los tribunales internacionales a la hora de resolver determinadas controversias. Este argumento se encuentra desarrollado en el voto del juez Giovanni Bonello en *Lautsi y otros v. Italia*, que funda el instituto en las nociones de cultura e identidad nacionales: un tribunal de derechos humanos no tiene derecho de ignorar la cultura de una nación ni lo que a lo largo de los siglos ha servido para moldear y definir el perfil de un pueblo. *Ningún tribunal supranacional puede sustituir con sus propios modelos éticos las cualidades que la historia ha impregnado en la identidad de una nación*. La función de un tribunal de derechos humanos es proteger los derechos fundamentales, pero nunca ignorando que las costumbres no son caprichos pasajeros, sino distintivos emblemáticos de identidad para las naciones, religiones, e individuos. Ningún tribunal europeo debería sustraer a los nacionales parte de su personalidad cultural¹⁶.

2.2. Requisitos y límites del instituto

El margen de apreciación nacional tiene requisitos y límites. El estado de derecho y la sociedad democrática son elementos no sólo necesarios¹⁷ sino que además actúan a modo de requisito *sine qua non* para la existencia del margen nacional de apreciación. En cuanto a los límites, la doctrina de la apreciación nacional no constituye un poder irrestricto de las autoridades nacionales. La extensión de ese margen debe apreciarse en cada caso, en particular de acuerdo a los derechos en juego, por lo que puede ser amplio o reducido, pero jamás ilimitado ya que “si el margen de apreciación no existe, la Corte no ejercería el control como mecanismo subsidiario, sino que sería la

¹⁵ Cfr. DIAZ CREGO, María, “Margen[...]” Idem.

¹⁶ Cfr. TEDH, Sentencia Lautsi and others v. Italy Judgment, del 18 de marzo de 2011. Cita Online: AR/JUR/4864/2011. Fecha de consulta: 26/06/2017.

¹⁷ Cfr. BARBOSA DELGADO, Francisco R., “El margen nacional[...]” Idem.

pura substitución de tribunales internos. Y si el margen de las sociedades internas es ilimitado, la Corte no sería necesaria”¹⁸.

2.3. Alcances de la aplicación del margen de apreciación nacional

Sentada la legitimidad del instituto, y la existencia de requisitos y límites en su utilización, surge la pregunta respecto del alcance de su aplicación.

2.3.1. Jurisprudencia del TEDH

El alcance del margen de apreciación ha sido reconocido por el TEDH a los estados parte en función de diversos elementos¹⁹, entre los cuales destaco los relevantes para el tema que nos ocupa: a) los cuatro derechos que el artículo 15 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) considera inderogables, esto es, el derecho a la vida -cfr. artículo 2 CEDH-, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes -cfr. artículo 3 CEDH-, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre -cfr. artículo 4.1 CEDH-, y ciertos elementos asociados al derecho a la vida privada y familiar -cfr. artículo 8 CEDH-. b) el fin perseguido por la medida nacional: el margen de apreciación reconocido por el TEDH tiende a ser mayor en aquellos casos en los que la medida restrictiva de un derecho persigue proteger ciertos valores morales o culturales fuertemente enraizados en la sociedad correspondiente²⁰. c) las circunstancias concretas del caso, valoradas por el TEDH en la aplicación del test de proporcionalidad²¹.

¹⁸ RANIERI de CECHINI, Débora. “Sentencia Lautsi v. Italia de la Corte Europea de Derechos Humanos: un significativo cambio jurisprudencial”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, Año 3, Nro. 4, Mayo 2011, pp. 256-266.

¹⁹ Cfr. DIAZ CREGO, María, “Margen[...]” *Idem*.

²⁰ Cfr. TEDH, *Sentencia Handyside v. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.

²¹ Así, por ejemplo, en el caso *Leyla Sahin v. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, citado por DIAZ CREGO, María, “Margen de [...]” *Idem*.

2.3.2. Jurisprudencia de la Corte IDH

Respecto del alcance reconocido por la Corte IDH a los estados parte -reconocimiento mucho más moderado que el del TEDH-, algunos autores argentinos sostienen que el ámbito del margen queda supeditado a que la Corte IDH no se haya expedido sobre la cuestión, cualquiera sea el derecho supuestamente vulnerado²². Disiento con tal opinión. En nuestra tradición constitucional, ni siquiera las decisiones de la Corte Suprema poseen carácter vinculante sino solo “fuerza moral”²³, *a fortiori* no cabe predicar semejante concepto de las sentencias de un tribunal internacional, fuera del alcance del artículo 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, el referido artículo prevé un diverso tratamiento a los “estados partes en la Convención” según sean o no “partes en el caso”, pues en el primer supuesto se los *notificará* de la resolución en tanto que, en el segundo, meramente, se les *transmitirá* lo decidido (cfr. artículo 69). Asimismo cabe tener presente que “la “notificación” tiene un indudable efecto compeler a quien es parte en el caso, ausente en quien no lo es y respecto del cual la “transmisión” obedece a un elemental propósito de que se conozca y, por lógica, se difunda lo resuelto por la Corte IDH”²⁴.

Otros autores²⁵ vinculan el alcance del margen reconocido por la Corte IDH con los derechos en juego en el caso²⁶.

²² Cfr. HITTERS, Juan Carlos, Control de convencionalidad[...] Idem.

²³ Cfr. CSJN, Fallos: 330:4040, 332:1488, entre muchos otros.

²⁴ RABBI BALDI CABANILLAS, Renato; FLEMING CANEPA, Eugenia. “La sentencia de la CADH en el caso Artavia Murillo: su influencia en el derecho argentino”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nueva Serie, 2015-3, Rubinzal Culzoni, Editores. P. 87-146. Ver también RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente a las decisiones internacionales”, en XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Una sentencia cumplida es un derecho escuchado, Rubinzal Culzoni Editores, 2013, Santa Fe, pp. 245-257.

²⁵ Cfr. DIAZ CREGO, María, “Margen[...]” Idem.

²⁶ Esta posición se encuentra plasmada en diversos votos disidentes de las sentencias del TEDH que analizaré en este trabajo. Relacionada con esta postura se encuentra la de quienes consideran que la amplitud del margen de apreciación nacional se determina en función del respeto por la dignidad intrínseca de todo ser humano. En esta corriente se enrola Nogueira Alcalá, quien entiende que el

3. Margen de apreciación nacional en la doctrina de la CSJN

La Corte Suprema de Justicia argentina se ha expedido recientemente sobre el tema en una sentencia²⁷ que ha suscitado numerosas críticas, adhesiones, y encendidos debates²⁸, mediante la cual el tribunal se negó -en fallo dividido- a cumplir la orden de la Corte IDH de dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada²⁹. El fallo comentado menciona -en el considerando

diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y la internacional parte de la premisa de que los estados, al adherir al Pacto de San José de Costa Rica, han consentido limitar su soberanía en beneficio de un bien superior, que es el respeto a la dignidad inherente al ser humano. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XLV, núm. 135, sept.-dic. 2012, pp. 512 y ss. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013. En la misma postura doctrinaria se posiciona Carpizo, pero a diferencia de Nogueira Alcalá, considera que el diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y la internacional -basado en el principio hermenéutico pro persona, en su variante de preferencia normativa-, posibilita superar el criterio de interpretación jerárquica y atender a la regla que mayor beneficio otorgue a la persona (Cfr. CARPIZIO, Enrique, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLVI, núm. 138, sept.-dic. de 2013, p. 957. Cit. Por HITTERS, Juan Carlos, Control de convencionalidad[...] Idem), posición que se asemeja a la del juez Vio Grossi en el caso "Gómez Murillo" que analizaré más adelante.

²⁷ CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto[...] Idem.

²⁸ Cfr. HITTERS, Juan Carlos. "Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?". LA LEY 02/08/2017, 1. AR/DOC/2033/2017. GIALDINO, Rolando E. "¿Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema? El caso "Fontevicchia y D'Amico"". LA LEY 17/07/2017, 4. AR/DOC/1494/2017. REY, Sebastián A. "En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los "elogios" recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico"". DPyC 2017 (julio), 199. AR/DOC/1538/2017, entre otros.

²⁹ Santiago resume la doctrina del fallo de la Corte en siete tesis: 1) El carácter diferenciado, subsidiario y no jerárquico del sistema interamericano respecto de las normas y los tribunales nacionales. 2) La inexistencia de una cuarta instancia de apelación en sede internacional. 3) La limitación de los compromisos del estado argentino al texto de los tratados internacionales. Plena vigencia del principio *pacta sunt servanda*. 4) La primacía final de la Constitución sobre los Tratados Internacionales, incluso sobre aquellos a los que se ha otorgado jerarquía constitucional. 5) La viabilidad en sede nacional de un control de constitucionalidad de la actuación de los órganos y tribunales convencionales. 6) La reafirmación de la supremacía constitucional. 7) La reafirmación de la CSJN como cabeza del Poder Judicial e intérprete final de la CN y del carácter definitivo de sus

décimo del voto de la mayoría- al margen de apreciación nacional como doctrina abrazada por el TEDH³⁰. Por su parte, el juez Rosatti afirma que esta doctrina se encuentra consagrada en el artículo 27 de la Constitución Nacional (en adelante, CN), y que constituye una esfera de reserva soberana delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Carta Magna, a los cuales los tratados internacionales y su interpretación deben ajustarse³¹.

4. Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea

Las “técnicas de fecundación artificial”³², generalmente denominadas TRHA, han sido reguladas de distinto modo por los países³³, debido, en gran parte, a la diversidad de culturas e identidad nacionales, es decir, a su “personalidad cultural”³⁴.

4.1. Jurisprudencia del TEDH

El TEDH se ha expedido en diversos casos referidos a las TRHA. Me referiré a ellos sólo en cuanto atañen al margen de apreciación nacional. La jurisprudencia del tribunal sobre el tema gira en torno a

sentencias. Cfr. SANTIAGO, Alfonso, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?”. La Ley 23/02/2017, 13; La Ley 2017-A, 472. DFyP 2017 (abril), 145. AR/DOC/493/2017.

³⁰ CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto[...] Idem. Considerando 10.

³¹ CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto[...] Idem. Considerando 5 Voto Dr. Rosatti.

³² Expresión utilizada por la Conclusión N° 4 de la Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, (San Miguel de Tucumán, 29/09 al 01/10/2011).

³³ Esta diversidad de regulación se da no sólo en cuanto a la permisión o no de las técnicas, sino que también se refiere a su cobertura por el sistema de salud, a las condiciones de acceso a las mismas en cuanto al estado civil o a la edad de los requirentes, a la autorización de técnicas heterólogas, a la permisión de ciertas técnicas que tienen finalidad eugenésica -v.gr. el Diagnóstico Genético Preimplantatorio, en adelante DGP-, a la maternidad subrogada y a los efectos de las prácticas de maternidad subrogada realizadas en el extranjero, y a la posibilidad de disponer de los embriones no transferidos para implantación. Cfr. MARRAMA, Silvia, “Fecundación in vitro y derecho[...]” Idem. MARRAMA, Silvia, “Referendum italiano sobre procreación asistida”, Revista Duc In Altum N° 10, agosto de 2005. p. 57-77. Edit. Pontificia Universidad Católica Argentina.

³⁴ Expresión utilizada por el juez Giovanni BONELLO. TEDH, Sentencia Lautsi and others[...] Idem.

la interpretación del artículo 8 CEDH, así como del artículo 2 CEDH, que guarda silencio sobre la cuestión acerca del inicio de la vida humana y no define quién es la persona cuya vida se encuentra protegida, a diferencia del artículo 4 de la CADH que claramente sostiene que el derecho a la vida debe ser protegido “a partir de la concepción”³⁵.

4.1.1. Evans v. Reino Unido³⁶

La doctrina del margen de apreciación nacional, en el caso, se aplica conforme los siguientes criterios:

4.1.1.1. Inexistencia de consenso sobre el inicio de la vida: En relación con la alegada violación del artículo 2 CEDH, el §54 del fallo de la mayoría del TEDH cita el precedente *Vo v. France*³⁷, caso en el cual la

³⁵ Cfr. YURMAN, Rogelio Pablo. Aborto, persona y sociedad. 1º Ed.. Rosario: UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012. P. 35.

³⁶ Este fallo se origina en un conflicto de una pareja cuya relación finalizó antes de que sus embriones - producidos en virtud del contrato celebrado con una clínica prestadora de servicios de fecundación extrauterina-, fuesen transferidos al vientre de la mujer. La mujer solicitó a la clínica que los embriones que se encontraban congelados le fueran transferidos, porque debido a una enfermedad que derivó en la extirpación de sus ovarios, esa transferencia constituía su "última oportunidad de tener un hijo genético". El hombre, por su parte, se opuso a la petición de la mujer, con el argumento de que no podía ser forzado a procrear. La clínica informó a la solicitante que su ex pareja había retirado su consentimiento para la transferencia de los embriones y que, por lo tanto, el nosocomio estaba legalmente obligado a destruirlos, de conformidad con el artículo 8 § 2 del anexo 3 de la ley nacional de 1990. La mujer solicitó a los tribunales nacionales que autorizaran la referida transferencia, pero su solicitud fue rechazada puesto que entendieron que el objetivo de la ley británica era autorizar la transferencia uterina de embriones sólo si ambas partes estaban de acuerdo, y que establecer una dispensa sería contrario al régimen legal vigente. En su solicitud ante el TEDH, la mujer alegó que las disposiciones de la ley británica -que conllevaban la destrucción de los embriones congelados- constituían una violación del derecho a la vida de los embriones, contraria al artículo 2 CEDH. Además alegó la violación a los artículos 8 y 14 CEDH. El tribunal de Estrasburgo decidió por unanimidad que el Reino Unido no violó el artículo 2 CEDH; y por trece votos contra cuatro, que tampoco existió violación de los artículos 8 y CEDH. Cfr. TEDH, Sentencia *EVANS v. ROYAUME-UNI*. (Requête no 6339/05). ARRÊT. STRASBOURG. 10/04/2007. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["EVANS v. ROYAUME-UNI"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-80036"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Fecha de consulta: 12/09/2017. Traducción propia de la versión en francés.

³⁷ Cfr. TEDH, Sentencia *VO v. FRANCE*. (Requête no 53924/00). ARRÊT. STRASBOURG. 08/07/2004. El caso versa acerca de si el artículo 2 CEDH - que garantiza la inviolabilidad del derecho a la vida de toda persona - es aplicable a la interrupción culposa del embarazo y, en caso

Gran Sala había considerado que, en ausencia de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida se encuentra dentro del margen de apreciación de los estados. Es cuestionable que el tribunal considere que un criterio científico objetivo -como lo es el momento de inicio de la vida humana, basado en evidencia incontestable³⁸-, sea susceptible de apreciación por parte de los estados parte.

4.1.1.2. Inexistencia de consenso sobre la regulación de las TRHA: En el §59, el tribunal observa que, a nivel internacional y europeo, tampoco existe consenso sobre la regulación de las prácticas de TRHA, y atento a que se trata de cuestiones sensibles de carácter moral y ético, considera conveniente conceder al estado demandado un amplio margen de apreciación.

4.1.1.3. Equilibrio entre los intereses privados y públicos o los derechos protegidos por la CEDH: El tribunal considera que el margen de apreciación es asimismo amplio cuando el estado debe encontrar un equilibrio entre los intereses privados y públicos en competencia, o entre derechos protegidos por la CEDH, tal como sucede en el caso, en el cual las cuestiones planteadas son moral y éticamente delicadas. El reconocimiento de un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales también estaría justificado, a juicio del tribunal, por el hecho de que en el caso se debe establecer un equilibrio entre los intereses en conflicto de dos personas que tienen, ambas, derecho al respeto de su vida privada; y que la frontera entre las obligaciones positivas y negativas del estado -en virtud del artículo 8 CEDH- no se presta a una definición precisa.

afirmativo, si esta disposición exige, en las circunstancias del caso, la existencia de una vía penal para su tutela. Para su análisis recomiendo la lectura de YURMAN, Rogelio Pablo. Aborto[...] Idem.

³⁸ Vide MARRAMA, Silvia. Fecundación in vitro y derecho[...]. Idem. Cap. III.

4.1.1.4. Inexistencia de consenso sobre la importancia relativa del interés en juego o de los mejores medios para protegerlo. Complejidad de cuestiones morales planteadas por las TRHA: El tribunal sostiene en §69 que el margen de apreciación es amplio cuando no existe consenso en los estados miembros del Consejo de Europa respecto de la importancia relativa del interés en juego o de los mejores medios para protegerlo, y ante la complejidad de las cuestiones morales y éticas planteadas por las TRHA, en las que pueden existir razonables diferencias de opinión en una sociedad democrática.

4.1.1.5. No está en juego la existencia o identidad de un individuo: En los §77 a 82, entiende el tribunal que, en virtud del artículo 8 CEDH, cuando está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo, el margen del estado se encuentra restringido, lo cual no se configurara en el caso. Es cuestionable que el TEDH no considere comprendida, a los efectos del artículo 8 CEDH, la existencia de la persona por nacer.

4.1.1.6. Disidencias sobre la aplicación de la doctrina del margen: La opinión disidente conjunta de los jueces Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann y Ziemele establece en el §12 que un caso tan sensible como éste no puede decidirse sobre la base simplista y mecánica de afirmar que no existe consenso en Europa y, por lo tanto, que el estado demandado goza de un amplio margen de apreciación que se extiende a las normas adoptadas para lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en conflicto. El amplio margen de discrecionalidad de los estados para adoptar normas que regulen el uso de las TRHA, no debe impedir que el tribunal ejerza su control, en particular respecto del logro de un justo equilibrio entre todos los intereses en conflicto. El principio de margen de apreciación no debe utilizarse como un simple sustituto pragmático en lugar de un enfoque reflexivo del problema del alcance adecuado de su control (planteo que encontrará eco en los votos del juez De Gaetano en el caso *S.H. y otros v. Austria*, y en el voto del juez Dedov en *Paradiso y*

Campanelli v. Italia, que analizaré más adelante). Y en el §13, en forma contraria a la posición de la mayoría, concluyen los jueces disidentes que la legislación denunciada no encontró el equilibrio adecuado en las circunstancias particulares del caso, ya que si los efectos de la legislación nacional son tales que, por un lado, dan a la mujer el derecho a decidir si tiene o no un hijo “de su sangre”, pero por otro lado la privan de cualquier posibilidad de concretar su decisión, la demandante soporta una carga moral y física desproporcionada que difícilmente puede ser compatible con el artículo 8 CEDH y con los propósitos mismos de la Convención, que son proteger la dignidad humana y la autonomía.

4.1.2. Dickson v. Reino Unido³⁹

La doctrina del margen de apreciación nacional, en el caso, se aplica conforme los siguientes criterios:

4.1.2.1. Equilibrio entre los intereses privados y públicos o los derechos protegidos por la CEDH: En §77 a 85, el tribunal explica que corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales establecer dónde se sitúa el equilibrio adecuado en un caso concreto y, por lo tanto, se deja, en principio, un cierto margen de apreciación a los estados miembros en este marco, cuya amplitud varía y depende de

³⁹ Una ciudadana británica solicitó al estado la inseminación artificial con esperma de su marido recluso - la pareja había contraído matrimonio en la cárcel en 2001, como última oportunidad de engendrar hijos “genéticos”, puesto que ya tenía 44 años y su marido todavía debía cumplir su condena por largo tiempo. El Ministro británico rechazó mediante carta su solicitud, en la que expuso la “política” general del estado sobre el tema, y dio, en la misma carta, las razones de su negativa para este caso, siendo una de las principales que la relación entre los esposos comenzó cuando ambos estaban en prisión y, por lo tanto, era imposible evaluar racional y objetivamente si ella continuaría después de la liberación del esposo. Además, manifestó su preocupación por el hecho de que el hijo a concebir viviese sin padre durante una parte importante de su infancia, y la violencia del crimen por el cual había sido el recluso sentenciado a cadena perpetua. El tribunal de Estrasburgo consideró, por doce votos contra cinco, que existió en el caso una violación del artículo 8 CEDH por parte del estado demandado. TEDH. Sentencia DICKSON v. ROYAUME-UNI (*Requête no 44362/04*). ARRÊT. STRASBOURG. 04/12/2007. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["dickson"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["01-83791"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Fecha de consulta: 12/09/2017. Traducción propia de la versión en francés.

una serie de factores, entre ellos la naturaleza de las actividades en cuestión y los objetivos de las restricciones. Reitera la doctrina de *Evans v. Reino Unido* (§77).

4.1.2.2. Está en juego la existencia o identidad de un individuo: A diferencia del caso analizado anteriormente, en éste el tribunal considera que se encuentra en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo: la elección de ser padre “genético”, y por lo tanto el margen de apreciación del estado se encuentra restringido. Es objetable, sin embargo, que no entienda el TEDH que la existencia de la persona por nacer también se encontraría en juego en el caso, al igual que en el anterior.

4.1.2.3. Inexistencia de consenso sobre la importancia relativa del interés en juego o de los mejores medios para protegerlo. Complejidad de cuestiones morales planteadas por las TRHA: Al respecto, reitera el tribunal la doctrina expuesta en el caso *Evans v. Reino Unido*. Además sostiene que gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que el juez internacional para determinar cuándo se encuentra comprometido el interés público, casos en los cuales el TEDH generalmente respeta la elección política del legislador, a menos que tenga una “base manifiestamente irrazonable”.

4.1.2.3.1. El margen de apreciación es amplio pero no ilimitado: El TEDH observa que si bien el margen es amplio, no por ello es ilimitado. Y que en el estado británico, ni el legislador ni el poder judicial han tratado de sopesar los diversos intereses en juego ni de evaluar la proporcionalidad de la limitación impuesta a los detenidos. Concluye que una restricción tan general, automática e indiferenciada a un derecho consagrado en la CEDH y de importancia crucial, supera un margen de apreciación aceptable, por amplio que sea, y es

incompatible con el artículo 3 del Protocolo N° 1 CEDH (cfr. *Hirst*, § 82⁴⁰).

4.1.2.4. Inexistencia de consenso europeo sobre las visitas conyugales: El tribunal observa en el §81 que más de la mitad de los estados contratantes permiten visitas conyugales a prisioneros (sujetas a diversas limitaciones), lo que podría ser considerado como un medio para salvar a las autoridades de la necesidad de prever la posibilidad de un recurso a la inseminación artificial. Sin embargo, se trata de un ámbito en el que los estados contratantes pueden gozar de un amplio margen de apreciación al determinar las medidas que deben adoptarse para garantizar el cumplimiento del Convenio, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de la sociedad y de las personas.

4.1.2.5. Equilibrio entre los intereses privados y públicos o los derechos protegidos por la CEDH: El tribunal considera que “la política” gubernamental británica excluye efectivamente cualquier equilibrio real entre los intereses públicos y los intereses privados, y prescinde de la evaluación -exigida por la CEDH- de proporcionalidad de la restricción en el caso dado. En este caso particular, “la política” impuso una carga exorbitante a los demandantes al exigirles demostrar que la privación de la inseminación artificial podía impedirles totalmente la concepción de un hijo, y que en su caso las circunstancias eran “excepcionales” según los demás criterios de “la política” ministerial (§82). Además, dado que “la política” no ha sido consagrada en una ley, el Parlamento nunca ha ponderado el equilibrio de los intereses en juego ni ha debatido las cuestiones de proporcionalidad que surgen a este respecto (cfr. *Hirst*, § 79 , y *Evans*, §§ 86-89). En consecuencia, la falta de ponderación del equilibrio de intereses en juego y de análisis de proporcionalidad de los parámetros impuestos a los demandantes, va más allá de cualquier margen

⁴⁰ TEDH, Sentencia HIRST v. ROYAUME-UNI (No 2). ARRÊT. STRASBOURG. 06/10/2005. Fecha de consulta: 29/09/2017. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-1470460-1537007&filename=003-1470460-1537007.pdf> Traducción propia de la versión en francés.

aceptable de apreciación, y se ha violado el artículo 8 de la Convención.

4.1.2.6. Disidencias sobre la aplicación de la doctrina del margen: La opinión disidente de los jueces Wildhaber, Zupančič, Jungwiert, Gyulumyan y Myjer, considera contradictorio que se afirme por un lado que los detenidos no tienen derecho a visitas conyugales, pero que puedan, por otro, exigir la inseminación artificial para concebir - interpretación implícita en §67 a 68, 74, 81 y 91 del voto de la mayoría-. Además entiende que el voto mayoritario resulta restrictivo del amplio margen de apreciación que los estados gozan, tanto más amplio cuando no hay consenso entre los estados miembros y las restricciones no afectan ninguna de las garantías esenciales de la Convención. Funda su discrepancia asimismo en el hecho de, a diferencia del TEDH, los estados tienen un conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, que las restricciones jurídicas persiguen un fin legítimo y que existe equilibrio entre los diversos intereses en juego, ponderado tanto por la política del gobierno como por los tribunales británicos. El voto de la mayoría ignoró ciertos intereses que merecían consideración y respecto de los cuales los estados también deben gozar de un amplio margen de apreciación, v.gr. las escasas posibilidades de fertilización exitosa en prácticas *in vitro* para las mujeres de cuarenta y cinco años de edad, la existencia de diversas combinaciones de parejas imaginables (por ejemplo, un hombre en prisión y una mujer en libertad, una mujer en prisión y un hombre en libertad, una pareja homosexual con uno de los compañeros en prisión y el otro en libertad) que también podrían solicitar la inseminación artificial para los presos. En resumen, habida cuenta de las circunstancias específicas del caso⁴¹, los jueces disidentes sostienen

⁴¹ Los demandantes iniciaron una relación de correspondencia mientras ambos cumplían condenas de prisión, nunca vivieron juntos, hay una diferencia de edad entre ellos de catorce años, el hombre tiene un pasado violento, la mujer ha alcanzado una edad en la que la procreación natural o artificial ya no es posible y, en cualquier caso, es arriesgada, y cualquier niño que llegase a ser concebido por esta pareja debería vivir sin la presencia de su padre durante una parte significativa de su infancia, debido a que se encuentra en prisión.

que no se puede afirmar que las autoridades británicas actuaron arbitrariamente o descuidaron el bienestar del futuro niño.

4.1.3. S.H. y otros v. Austria⁴²

La doctrina del margen de apreciación nacional, en el caso, se aplica conforme los siguientes criterios:

4.1.3.1. Inexistencia de consenso sobre la importancia relativa del interés en juego o de los mejores medios para protegerlo. Complejidad de cuestiones morales planteadas por las TRHA: Aclara el tribunal que su tarea no consiste en revisar la legislación o la práctica impugnada en abstracto. Y que no debe sustituir su propia evaluación por la de las autoridades nacionales competentes en la determinación de los

⁴² En el caso se discutía si la ley austríaca N° 275/1992, que impedía la donación de esperma y de óvulos para la práctica de la fecundación in vitro, era conforme al CEDH. Las técnicas heterólogas (cfr. MARRAMA, Silvia. Fecundación in vitro y derecho[...] Idem. Cap. II y VI) eran las únicas capaces de proveer a las dos parejas recurrentes embriones genéticamente relacionados con ellos, por lo que los demandantes consideraban que la prohibición legal vulneraba sus derechos al respeto a la vida privada y a la igualdad (artículos 8 y 14 CEDH). La Corte Constitucional austríaca sostuvo que el legislador no había excedido el margen de apreciación reconocido a los estados al autorizar en principio el uso de técnicas homólogas y excepcionalmente la inseminación con donación de esperma; que las elecciones hechas por el legislador austríaco reflejaban el estado de la ciencia médica del momento y el consenso existente en la sociedad, y que, en los casos en que las técnicas de fecundación homóloga eran inoperantes, los intereses de las personas afectadas debían ceder el lugar a los de la sociedad. También consideró que la prohibición de las técnicas heterólogas por sí sola no contrariaba el principio constitucional de igualdad y no discriminación. Y teniendo en cuenta que los métodos homólogos no tenían las mismas objeciones que las técnicas heterólogas, la Corte austríaca consideró que el legislador no estaba obligado a someterlos a un régimen estrictamente idéntico, y que la distinción legal se encontraba justificada. Añadió que el hecho de que se permitiese la inseminación in vivo con donación de esperma a la par que se prohibía la donación de óvulos, no constituía una discriminación arbitraria, ya que no se consideraba probable que la donación de esperma creara vínculos atípicos potencialmente perjudiciales para el bienestar de los niños por nacer. El TEDH, teniendo en cuenta el reconocimiento del gobierno austríaco sobre la aplicabilidad al caso del artículo 8 CEDH (cfr. §78), considera que el derecho de las parejas a concebir a un niño y de recurrir a TRHA queda comprendido en él, ya que es una forma de expresión de la vida privada y familiar (cfr. §82). En cuanto al cumplimiento del artículo 8 § 2 CEDH, el tribunal analiza si la injerencia estatal se encuentra prescrita por ley, si persigue uno o más de los objetivos legítimos enumerados y si resulta “necesaria, en una sociedad democrática”, para lograr esos objetivos (cfr. §88, 89 y 91). TEDH, Sentencia S.H. ET AUTRES v. AUTRICHE (*Requête no 57813/00*). ARRÊT. STRASBOURG. 03/11/2011. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-107326\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\). Fecha de consulta: 27/09/2017. Traducción propia de la versión en francés.

mejores medios para regular las cuestiones planteadas por las TRHA (cfr. §92). Dado que el recurso a la fecundación *in vitro* suscita delicadas cuestiones morales, que se inscriben en un contexto de rápida evolución de la ciencia y la medicina, y que las cuestiones planteadas en el presente asunto se refieren a ámbitos en los que aún no existe un entendimiento común claro⁴³ entre los estados miembros, el tribunal considera que se debe acordar a la parte demandada un amplio margen de apreciación, que debe aplicarse tanto a la decisión de legislar o no legislar sobre la materia, como a las normas establecidas para equilibrar los intereses públicos con los intereses privados en conflicto (cfr. *Evans*, §82).

4.1.3.1.1. El margen de apreciación es amplio pero no ilimitado: Las elecciones hechas por el legislador en esta materia no escapan al control del tribunal, sino que le corresponde examinar atentamente los argumentos que ha tenido en cuenta el legislador para llegar a las soluciones que ha adoptado y determinar si se ha logrado un justo equilibrio entre los intereses del estado y los de los individuos directamente afectados por las soluciones en cuestión. Luego de examinar las demandas (§97), el tribunal concluye (cfr. §115 a 117) que la prohibición legal austríaca de donación de óvulos y de esperma a los efectos de la fecundación *in vitro*, no sobrepasa el margen de apreciación de que disponía el legislador austríaco en la época de los hechos, y que de ello se desprende que no se ha violado en el caso el artículo 8 CEDH⁴⁴.

⁴³ Entiende el tribunal que el aparentemente emergente consenso de los estados, consiste más bien en una etapa en la evolución de una rama del derecho particularmente dinámica antes que en principios establecidos en los sistemas jurídicos de los estados miembros, por lo que no puede restringir en forma decisiva el margen de apreciación del estado (cfr. §96).

⁴⁴ La tercera demandante es totalmente estéril pero su esposo -el cuarto solicitante- es capaz de procrear. Por lo tanto la fecundación *in vitro* con donación de óvulos es la única técnica que les permite cumplir su deseo de tener un hijo relacionado genéticamente con al menos uno de ellos (con el cuarto solicitante). Sin embargo, la pareja no puede recurrir a la técnica debido a la prohibición de las prácticas heterólogas establecidas en el artículo 3 § 1 de la ley de procreación artificial, que prohíbe la donación de óvulos sin ninguna excepción. El TEDH admite que el legislador austríaco hubiese podido conceder otro marco jurídico que autorizase la donación de óvulos. Sin embargo, esa no es la cuestión esencial que se plantea en el marco del artículo 8 CEDH, sino si, al mantener la

4.1.3.2. Disidencias en la fundamentación: El juez De Gaetano, en voto separado, sostuvo que ciertas implicaciones del razonamiento de la mayoría le inspiran serias reservas. El artículo 8 CEDH guarda directa vinculación con la dignidad, núcleo de la Convención, de la que deriva la noción del valor inherente de la vida humana. Por ello, si bien la decisión de una pareja de concebir un hijo es una cuestión de vida privada y familiar (y, en el contexto del artículo 12, del derecho de una pareja a fundar una familia), ni el artículo 8 ni el 12 pueden interpretarse en el sentido de que confieren un derecho a concebir un niño a cualquier precio, pues el "deseo" de un niño no puede convertirse en un objetivo absoluto que sobrepase la dignidad de la vida humana. Recuerda que en *Dickson* (v. 4462/04, § 66, CEDH 2007-V), el tribunal ha declarado que la procreación separada del acto conyugal está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 8, y al respecto considera De Gaetano que aquella sentencia no ha significado un avance en la causa de la dignidad humana sino que simplemente acompaña el progreso de la ciencia médica. El fallo de la mayoría sugiere que la existencia de un "consenso europeo" en este asunto es una consideración importante para determinar si ha habido o no una violación del artículo 8 CEDH (§106). Sin embargo, más allá de que la historia ha demostrado que el criterio del "consenso europeo" ha generado graves injusticias en Europa y en otros lugares del mundo, el referido criterio también evita la necesidad de

solución aquí criticada, ha sobrepasado el margen de apreciación de que disfrutaba con arreglo a dicha disposición (cita Evans §91). No existe un consenso europeo suficientemente sólido sobre la autorización de la donación de óvulos para fecundación in vitro. En cuanto a la situación del primer y segundo solicitantes (§108 a 114), la fecundación in vitro con donación de esperma es la única técnica capaz de permitirles satisfacer su deseo de tener un hijo, respecto del cual por lo menos uno de la pareja se encontraría relacionado genéticamente. Sin embargo, no pueden beneficiarse con esta práctica debido a la prohibición de la ley austríaca. El hecho de que el legislador austríaco haya prohibido la donación de esperma y óvulos para fertilización in vitro, sin prohibir la donación de esperma para fertilización in vivo, es un factor importante para equilibrar los diversos intereses involucrados. Asimismo el tribunal observa que el derecho austríaco no prohíbe a las personas afectadas viajar al extranjero para el tratamiento de la esterilidad mediante técnicas prohibidas en Austria y que, en caso de resultar exitosos los tratamientos en cuestión, la filiación paterna y materna se rigen por disposiciones específicas del código civil que respetan los deseos de los padres.

preguntarse si tal o cual acto, omisión o restricción avanza o disminuye el respeto debido a la dignidad humana. En el mismo sentido, considera irrelevante conocer si el Parlamento austríaco ha realizado un examen exhaustivo de "las normas que rigen la procreación artificial a la luz de los rápidos cambios en la ciencia y la sociedad a este respecto" (§117). La procreación artificial (por oposición a la procreación natural asistida por medios médicos) plantea otras cuestiones que exceden el alcance de este caso, tales como la congelación y destrucción de embriones humanos (§6 voto De Gaetano). Cualquiera sea el progreso de la ciencia médica y de otras ciencias en el tema, el reconocimiento del valor y de la dignidad de cada individuo puede requerir la prohibición de ciertas prácticas, prohibición que -al igual que la del racismo, de la discriminación ilegítima y de la marginación de los enfermos y de los discapacitados- no es una negación de los derechos humanos fundamentales sino un reconocimiento positivo y un progreso de los mismos.

4.1.3.3. Disidencias sobre la aplicación de la doctrina del margen: El voto disidente de los jueces Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska y Tsotsoria considera que existió violación del artículo 8 CEDH, y que la aplicación de la doctrina del margen nacional de apreciación debió ser más estricta, puesto que cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo está en juego, el margen que queda al estado suele estar restringido (cfr. *Connors*, v. 66746/01, de 27 de mayo de 2004, § 82). El voto de la mayoría en el caso bajo análisis concede al consenso europeo una nueva dimensión y un umbral particularmente bajo, dejando al margen de apreciación de los estados una extensión potencialmente ilimitada. Las divergencias en la jurisprudencia del tribunal sobre el valor determinante del consenso europeo y la falta de rigor en los criterios utilizados para su control conllevan -a juicio de la disidencia- una grave inseguridad jurídica.

4.1.4. Costa y Pavan v. Italia⁴⁵

4.1.4.1. Improcedencia del argumento de falta de agotamiento de los recursos internos: El TEDH sostiene que, a falta de un recurso interno específico, corresponde al Gobierno demostrar la aplicación de la vía recursiva que invoca⁴⁶; y que la existencia de un recurso interno no puede invocarse en ausencia de jurisprudencia interna que demuestre su eficacia. Por último, entiende que los solicitantes se ven directamente afectados por la prohibición legal en cuestión, ya que tienen un hijo que sufre la patología que portan en sus genes, y que además ya abortaron un feto afectado por fibrosis quística.

4.1.4.2. Aplicación del artículo 8 CEDH: El TEDH considera que el deseo de los demandantes de procrear a un niño que no se encuentre afectado por la enfermedad genética de la cual son portadores sanos -

⁴⁵ El caso versa sobre una pareja heterosexual italiana conformada por dos portadores sanos de una enfermedad genética denominada mucoviscidosis o fibrosis quística, que dieron a luz un hijo afectado por esta enfermedad. Para evitar el nacimiento de un segundo hijo enfermo, solicitan el acceso a una técnica de fecundación artificial y al Diagnóstico Genético Preimplantatorio -en adelante, DGP-. La ley italiana (cfr. MARRAMA, Silvia, Referendum italiano[...] Idem) permite acceder a la “procreación asistida médicamente” sólo a las parejas infértiles o estériles y a parejas en las que el hombre porte enfermedades de transmisión sexual virales (VIH, hepatitis B y C, cfr. artículo 4 (1) de la ley N° 40/2004 y Decreto del Ministerio de Salud N° 31639 del 11 de abril de 2008); mientras que el recurso al DGP está totalmente prohibido. Los solicitantes no pertenecen a las categorías de personas habilitadas por la ley para acceder a las TRHA. Cfr. TEDH, Sentencia COSTA ET PAVAN v. ITALIE (*Requête no 54270/10*). ARRÊT. STRASBOURG. 28/08/2012, *devenido en definitivo* (cfr. artículo 44 § 2 CEDH, el 11/02/2013). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-112992"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017. Traducción propia de la versión en francés.

La justicia argentina ha resuelto un caso que tiene algunas semejanzas con éste. Cfr. MARRAMA, Silvia, “Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga”, en *El Derecho*, [270] - (07/12/2016, nro 14.097) [2016]. Cabe recordar que la ley argentina 26.862 no contempla la práctica del DGP. Cfr. CSJN, L.E.H. y otros c/OSEP s/amparo, 01/09/2015, en LA LEY 17/09/2015, 9; ED 265, 32; DFyP 2015. Con nota de LAFERRIÈRE, Jorge Nicolás, DJ 30/12/2015, 17; AR/JUR/28879/2015. En el mismo sentido, CFed. Salta, M., I. N. c/OSDE s/amparo, 19/06/2014. En sentido contrario, CFed. San Martín, sala I, G., Y. S. v. O.S.D.E. s/ prestaciones médicas, 12/11/2014, con nota de MARRAMA, Silvia, “El paradigma protectorio de las personas con discapacidad”, en *La Ley LLDfYp* 2015 (octubre), 07/10/2015, 224. Cita Online: AR/DOC/3195/2015.

⁴⁶ El estado alega que los demandantes no han recurrido previamente a las autoridades nacionales y que, por lo tanto, no han agotado los recursos internos.

para lo cual desean recurrir a TRHA y al DGP-, cae bajo la protección del artículo 8 CEDH, como forma de expresión de su vida privada⁴⁷ y familiar.

4.1.4.3. Inexistencia de consenso europeo sobre la regulación del DGP: La prohibición del DGP en la legislación italiana se encuentra además en sólo dos de los 32 estados estudiados por el tribunal: Austria y Suiza -donde se encuentra en curso un proyecto de modificación de la ley para autorizarlo-.

4.1.4.4. Margen de apreciación amplio pero no ilimitado: A diferencia del caso *SH y otros*, en el presente caso, que se refiere a la fertilización homóloga, la tarea del TEDH consiste en verificar la proporcionalidad de la medida impugnada a la luz de la legislación italiana, que permite el recurso al aborto.

4.1.4.5. Inexistencia de proporcionalidad en la injerencia estatal: Dada la incoherencia del sistema legislativo italiano con respecto al DGP y al aborto⁴⁸, se ha violado en el caso el artículo 8 CEDH pues la injerencia

⁴⁷ El TEDH recuerda además que la noción de "vida privada" del artículo 8 CEDH es amplia y abarca, entre otros, el derecho del individuo a establecer y desarrollar relaciones con los demás (TEDH, *Sentencia Niemietz v. Alemania*, 16 de diciembre de 1992, § 29, Serie A No. 251-B), el derecho al "desarrollo personal" (TEDH, *Sentencia Bensaid v. El Reino Unido*, No. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I), o el derecho a la autodeterminación (TEDH, *Sentencia Pretty v. United Kingdom*, No. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III), que incluye factores tales como la identificación, la orientación sexual y la vida sexual (TEDH, *Sentencia Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 de octubre de 1981, § 41, Serie A no 45 y *Sentencia Laskey, Jaggard y Brown v. el Reino Unido*, el 19 de febrero de 1997, § 36, los informes 1997-I), así como el derecho al respeto de las decisiones de convertirse o no en padres (cfr. Evans, § 71; TEDH, *Sentencia A, B y C v Irlanda [GC]*, No. 25579/05, § 212, 2010 CEDH y *Sentencia RR v. Polonia*, No. 27617/04, § 181, CEDH 2011); el derecho de los demandantes a decidir convertirse en padres "genéticos" (cfr. Dickson § 66) y al acceso a técnicas de procreación artificial heterólogas para fines de fertilización in vitro (cfr. *SH y otros* § 82).

⁴⁸ Los demandantes se quejan de la falta de proporcionalidad de la injerencia estatal ya que las normas italianas los autorizan a practicar un aborto del feto alcanzado por la patología que portan. Para justificar esta injerencia, el estado invoca la protección de la salud del niño y de la mujer, pero no convence al TEDH, que considera que el término "niño" no se puede equiparar al de "emбриón". Además entiende inconsistente el planteo, ante la permisión legislativa del aborto del feto enfermo, y ante las consecuencias para la pareja, cuya única posibilidad legislativa es iniciar un embarazo natural y llevar a cabo un aborto cuando un examen prenatal muestre que el feto está enfermo, solución a la que los solicitantes ya han recurrido durante el mes de febrero de 2010.

del estado italiano es desproporcionada en cuanto al derecho de los solicitantes al respeto de su vida privada y familiar. Así, el TEDH declara la queja admisible con respecto a la violación del artículo 8 CEDH e inadmisibile para el resto de las alegaciones, a la par que condena al estado demandado a indemnizar conjuntamente a los solicitantes.

4.1.5. Knecht v. Rumania⁴⁹

4.1.5.1. Aplicación del artículo 8 CEDH: El TEDH observa en los §54 a 56 que no se discute entre las partes la aplicación del artículo 8 CEDH, aplicación con la cual concuerda, ya que la "vida privada" es un término amplio que abarca, entre otras cosas, el derecho a respetar las decisiones tanto de tener como de no tener un hijo (cita *Evans* §71, y *A, B y C v. Irlanda* §212) o el derecho de una pareja a concebir un niño y hacer uso de la procreación artificial para tal fin (cita *SH y otros* §82).

4.1.5.2. Obligaciones positivas del artículo 8 CEDH: El tribunal señala que, si bien el objeto del artículo 8 CEDH es esencialmente proteger a la persona contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, no solo obliga al estado a abstenerse de dicha injerencia, sino que comprende obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo por la

⁴⁹ El caso se originó con una solicitud de Daniela Knecht -ciudadana alemana y estadounidense- contra Rumania, para que el TEDH dictaminase acerca de la violación a su vida privada y familiar (cfr. artículo 8 CEDH) por encontrarse imposibilitada de tener un hijo mediante la utilización de los embriones que había depositado previamente en una clínica privada, atento a que, a causa de investigaciones realizadas por presunta comisión de delitos, los embriones fueron incautados por la Dirección de Investigación de Delincuencia Organizada y Terrorismo adscrita a la Fiscalía General (DIICOT) y depositados en el Instituto de Medicina Forense (IMF), que no estaba autorizado a funcionar como banco genético. Por otra parte, la Agencia Nacional de Trasplantes (ANT) se negó a autorizar el traslado de sus embriones del IMF a una clínica especializada de su elección para una posterior transferencia de estos embriones mediante TRHA, fundada en que la autorización violaría la legislación europea y nacional relativa a las normas de calidad y seguridad para el procesamiento y depósito de tejidos y células humanas. Cfr. TEDH, Sentencia KNECHT v. ROMANIA (*Application no 10048/10*). JUDGMENT. STRASBOURG. 02/10/2012, devenido en definitivo el 11/02/2013. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-113291"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017. Traducción propia de la versión en inglés.

vida privada y familiar, teniendo en cuenta el justo equilibrio que se alcanzará entre los intereses en competencia (cita *Evans*, §75).

4.1.5.3. Injerencia del estado en la vida privada. Cuestión abstracta: Existe una interferencia del estado demandado respecto del derecho de la solicitante a su vida privada, que infringe el artículo 8 del CEDH, a menos que pudiese justificarse su conformidad con la ley, y su necesidad en una sociedad democrática "para alcanzar el objetivo u objetivos en cuestión". Al respecto, no se demostró que la decisión de confiscar el material genético encontrado y depositarlo en custodia en el IFM fuese arbitraria o irrazonable (§6o). Por otra parte, el Tribunal Superior rumano reconoció expresamente que se habían vulnerado los derechos de la demandante a causa de la negativa de la ANT de permitir la transferencia de embriones del IMF, y le ofreció una reparación, a saber, que los embriones se transfiriesen a una clínica especializada y autorizada, la cual que se ejecutó en un período de tiempo relativamente corto. La denunciante alega que la reparación del daño ofrecida no satisface su interés debido a sus malas experiencias pasadas en ese nosocomio, sin aportar pruebas suficientes al respecto. Por ello, TEDH entiende que no se ha demostrado que el estado no haya alcanzado un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos, y en consecuencia, por unanimidad declara el caso admisible, pero decreta que no se ha violado el artículo 8 de la Convención.

4.1.6. *Menesson y Labassee v. Francia*

Menesson y Labassee v. Francia son dos casos en los que el TEDH se enfrenta con contratos de maternidad subrogada celebrados por ciudadanos de estados que no les reconocen efectos jurídicos.

4.1.6.1. *Menesson v. Francia*⁵⁰

4.1.6.1.1. Inexistencia de consenso europeo sobre la legalidad de la maternidad subrogada: Dado que no existe consenso en Europa sobre la legalidad de la maternidad subrogada o sobre el reconocimiento legal de la relación de descendencia entre los padres “de intención” y los hijos así concebidos, por presentar cuestiones delicadas de naturaleza ética, en principio debe otorgarse a los estados un amplio margen de apreciación con respecto a la decisión no solo de autorizar o no este procedimiento, sino también de reconocer o no el parentesco.

4.1.6.1.2. El margen de apreciación nacional no es ilimitado: Sin embargo, dado que la filiación atañe a un aspecto esencial de la identidad de las personas, el TEDH entiende que debe reducirse el margen de apreciación disponible para el estado demandado en este caso, y que las elecciones hechas por el estado, incluso dentro de los límites de este margen, no escapan a su control respecto del equilibrio

⁵⁰ El caso se origina en una solicitud presentada por un matrimonio francés y dos ciudadanas de los Estados Unidos nacidas de una subrogación de vientres con esperma del hombre integrante del matrimonio y óvulos aportados por una tercera, en contra del estado francés. Luego de realizarse la transferencia embrionaria al vientre de la gestante, se constató un embarazo gemelar y, mediante sentencia el tribunal Supremo de California decretó que cada niño que naciese de la mujer encinta dentro de los cuatro meses siguientes tendría a los integrantes del matrimonio francés como "padre genético" y "madre legal", y que esos datos deberían consignarse en el certificado de nacimiento. Los certificados de nacimiento de las gemelas se redactaron como se indicó, pero el consulado francés en Estados Unidos se negó a transcribir las actas de nacimiento en los Registros del Estado Civil francés y el registro de las niñas en su pasaporte para poder regresar a Francia. Por ello, Estados Unidos emitió a las gemelas pasaporte estadounidense en el que los franceses fueron designados como sus padres. El Consulado de Francia en Los Ángeles, en cumplimiento de la sentencia del tribunal californiano, transcribió las actas de nacimiento de las solicitantes en los registros de la Oficina Central del Estado Civil en Nantes. Sin embargo, el Procurador de Créteil instó la anulación de la transcripción por contravenir el orden público en cuanto a la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas. La Corte de Casación de Francia confirmó la anulación de la transcripción del certificado de nacimiento. Entendió que tal anulación -que no priva a las niñas de la filiación materna y paterna que la sentencia de California les reconoce, ni impide que vivan con los cónyuges demandantes en Francia-, no infringe el derecho al respeto de la vida privada del matrimonio ni el interés superior de estas niñas. TEDH, Sentencia MENNESSON v. FRANCE (*Requête no 65192/11*). ARRÊT. STRASBOURG. 26/06/2014, devenido en definitivo el 26/09/2014. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145179"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017. Traducción propia del francés.

que debe existir entre los intereses del estado y los de las personas directamente afectadas por esta solución (cfr., *HS y otros* §97), a la luz del principio esencial de prevalencia del interés superior del niño.

4.1.6.1.3. Respeto por la vida familiar: La Corte de Casación francesa dictaminó que la imposibilidad de transcribir los certificados de nacimiento estadounidenses de las niñas en los registros del estado civil francés no afecta su derecho al respeto de sus vidas ni sus mejores intereses como niños, ya que no las privó de la filiación materna y paterna que les otorga la sentencia de California y no les impidió vivir en Francia con el matrimonio. El tribunal de Estrasburgo considera que la situación a la que conduce la conclusión del tribunal de Casación francés en este caso garantiza un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes respecto de su derecho al respeto por su vida familiar y los intereses del estado .

4.1.6.1.3. Respeto por la vida privada: El tribunal considera, a la vista de las consecuencias de la grave restricción de la identidad y el derecho al respeto a la vida privada de las niñas solicitantes, que al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación de descendencia con respecto a su padre biológico, el estado demandado fue más allá de su margen de apreciación. Así, concluye por unanimidad el tribunal que en el caso no hubo violación del artículo 8 CEDH con respecto al derecho de los solicitantes al respeto de su vida familiar pero que se ha violado esta disposición en lo que respecta al derecho de las gemelas al respeto de su vida privada⁵¹.

⁵¹ El TEDH sostiene que la "vida privada" en el sentido del artículo 8 CEDH incorpora aspectos de la identidad no sólo física, sino también sociales del individuo (cfr. TEDH, Sentencia Mikulić v. Croacia, N° 53176/99, § 34, 2002-I CEDH; Jäggi v Suiza, N° 58757/00, § 37, CEDH 2006-X). Existe una "relación directa" (cfr. Mikulić § 36) entre la privacidad de los niños nacidos de madres de alquiler y la determinación legal de su filiación. Por lo tanto, el artículo 8 CEDH también se aplica en el presente caso en su aspecto de "vida privada". Las gemelas demandantes se encuentran en una situación de inseguridad jurídica: el estado francés, sin ignorar que mediante sentencia norteamericana fueron identificadas como hijas del matrimonio, les niega esa condición en su ordenamiento jurídico. El TEDH entiende que tal contradicción socava su identidad dentro de la sociedad francesa. Además, a pesar de que el artículo 8

4.1.6.2. Labassee v. Francia⁵²

El caso es similar al expuesto en el punto anterior, si bien uno de los padres “de intención” es también el padre biológico de la niña. El tribunal de Estrasburgo considera que, a la vista de las consecuencias de la grave restricción de la identidad y del derecho al respeto de la vida privada de la niña concebida y gestada por subrogación en el extranjero, el estado demandado fue más allá de lo que le permitió su margen de apreciación y por unanimidad decretó que en el caso se violó el artículo 8 CEDH.

CEDH no garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad en particular, el hecho es que la nacionalidad es un elemento de la identidad de las personas (cfr. TEDH, Sentencia Genovese v. Malta, no. 53124/09, § 33, 11 de octubre de 2011). Y aunque su padre biológico es francés, las gemelas se enfrentan a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de obtener la nacionalidad francesa de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, indeterminación que probablemente afecte en forma negativa la definición de su propia identidad. Por otra parte, un niño nacido en el extranjero por subrogación gestacional, en ausencia de reconocimiento en Francia de su filiación, puede heredar solo si el progenitor lo ha instituido como legatario, y el impuesto a la herencia se calcula menos favorablemente, como si fuese un tercero.

Es concebible que Francia desee desalentar a sus nacionales de recurrir a un método de procreación en el extranjero que prohíbe en su territorio. Sin embargo, los efectos del no reconocimiento en el derecho francés de la relación de parentesco entre los hijos así concebidos y los padres “de intención” no se limitan a la situación de quienes realizaron la elección del método procreativo sino que también afecta a los propios niños en su derecho al respeto de la vida privada, que implica su identidad y su filiación, y su interés superior, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que les concierna.

⁵² El caso trata acerca de un matrimonio francés y una niña nacida en Minnesota, Estados Unidos, mediante un procedimiento de gestación por sustitución en el extranjero, con semen del hombre casado y óvulos de una tercera aportante. El tribunal de Primera Instancia de Minnesota decretó que el objetivo del embarazo de la gestante había sido dar a luz a un niño relacionado biológicamente con el contratante, y que la gestante no tenía la intención de retener sus derechos parentales. El mismo día dictó una segunda sentencia, constatando la declaración de paternidad biológica del solicitante, el nombre de la niña nacida, y otorgando la custodia legal y física a aquel, junto con la autorización para regresar con ella a Francia. Al día siguiente se emite en Minnesota el certificado de nacimiento de la niña, que indica que es hija del matrimonio francés. Sin embargo, el estado demandado no solo no admitió el vínculo entre la niña y su padre biológico en relación con la solicitud de transcripción del certificado de nacimiento, sino que, conforme a la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa, tampoco permitió el reconocimiento de paternidad o la adopción de la niña por parte de su padre biológico. Cfr. TEDH. Sentencia LABASSEE v. FRANCE (*Requête no 65941/11*). ARRÉT. STRASBOURG. 26/06/2014, devenido en definitivo el 26/09/2014. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145180"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017. Traducción propia del francés.

4.1.7. Parrillo v. Italia⁵³

4.1.7.1. Alcance del artículo 8 CEDH respecto del respeto a la vida privada: El TEDH afirma en §149 que debe decidir por primera vez si el “derecho al respeto de la vida privada” garantizado por el artículo 8 CEDH, abarca el derecho que la solicitante reivindica para sí: el de disponer de los embriones resultantes de una fertilización *in vitro* para donarlos a la investigación científica. Del análisis que realiza⁵⁴, el tribunal concluye la aplicación al caso del artículo 8 CEDH, dado que la posibilidad de que la solicitante tome una decisión consciente y reflexionada sobre el destino de sus embriones se refiere a un aspecto íntimo de su vida personal y, por lo tanto, aquella decisión está comprendida en su derecho a la autodeterminación.

4.1.7.2. Necesaria injerencia estatal en la vida privada: Por otra parte, el TEDH considera en §161 que la prohibición establecida en el artículo 13 de la ley 40/2004 de entregar embriones resultantes de la fertilización *in vitro* para investigación científica, constituye una

⁵³ Este caso se originó en una demanda contra Italia presentada por Adelina Parrillo ante el tribunal de Estrasburgo alegando que la prohibición contenida en el artículo 13 de la ley N° 40 de donar para investigación científica cinco embriones congelados (concebidos por fecundación *in vitro* en un Centro de Reproducción de Roma a instancias de su pareja, actualmente fallecida, y suya), era incompatible con su derecho al respeto de su vida privada (cfr. artículo 8 CEDH), su derecho al respeto de sus bienes (cfr. artículo 1 del Protocolo N° 1 CEDH), y su libertad de expresión (garantizada por el artículo 10 CEDH), de la cual la investigación científica es, en su opinión, un aspecto fundamental. Cfr. TEDH, Sentencia PARRILLO v. ITALIE (*Requête no 46470/11*). ARRÊT. STRASBOURG. 27/08/2015. [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{"itemid":\["001-156492"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{). Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés.

⁵⁴ El tribunal explica que, según su jurisprudencia, el concepto de “vida privada” del artículo 8 CEDH es amplio, no se presta a una definición exhaustiva, e incluye el derecho a la autodeterminación. Además, este concepto abarca el derecho a respetar las decisión de convertirse o no en padres (cita Evans § 71 y A, B y C v. Irlanda § 212). Por otra parte, cita la sentencia N° 162 del tribunal Constitucional italiano -del 10 de junio de 2014- que declaró inconstitucional la prohibición de la fecundación heteróloga, y sostuvo que la elección de los demandantes de convertirse en padres y de fundar una familia con hijos deriva de su libertad de autodeterminación en el ámbito de su vida privada y familiar. De ello se desprende, a juicio del TEDH, la libertad de elección de las partes en el tratamiento de fecundación *in vitro* conlleva la libertad de decidir el destino de los embriones producidos no destinados a implantación. Entiende asimismo el TEDH que existe una conexión entre la persona que utilizó la fertilización *in vitro* y los embriones así concebidos, quienes contienen el patrimonio genético de aquella y representan como tal una parte constitutiva de ella y de su identidad biológica.

interferencia en el derecho de la solicitante al respeto de su vida privada. Sin embargo, el tribunal considera que debe otorgarse al estado demandado un amplio margen de apreciación en este caso.

4.1.7.3. Inexistencia de consenso europeo sobre disposición de embriones: Observa el TEDH que el tema de la donación de embriones no destinados a la transferencia uterina plantea delicadas cuestiones de moral y ética (cfr. *Evans, SH y otros v. Austria*, y *Knecht*) y que el derecho comparado muestra que no existe un consenso europeo a este respecto⁵⁵.

4.1.7.4. Queja abstracta: Para ser examinadas, las contradicciones legislativas denunciadas por la solicitante deben referirse al objeto de la queja que plantea ante el tribunal, a saber, la limitación de su derecho a la libre determinación en cuanto a la suerte de su embriones (cfr. *Knecht* § 59). Y dado que no lo son⁵⁶, la mayoría del

⁵⁵ Por su parte, los documentos del Consejo de Europa y de la Unión Europea referidos al tema confirman que las autoridades nacionales disfrutaban de un amplio margen de discrecionalidad al adoptar legislación restrictiva cuando está en juego la destrucción de embriones humanos. El Convenio de Oviedo para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996) establece en el artículo 27 que ninguna de sus disposiciones se interpretará en el sentido de limitar la capacidad de cada estado para otorgar una protección más amplia con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina que la prevista. El Dictamen N° 15, adoptado el 14 de noviembre de 2000 por el Grupo Europeo de Ética en Ciencia y Nuevas Tecnologías para la Comisión Europea, la Resolución 1352 (2003) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre investigación sobre células madre y el Reglamento (CE) N° 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada, contienen disposiciones similares. Los límites impuestos a nivel europeo apuntan más bien a contener los excesos en esta área (v.gr. la prohibición de crear embriones humanos con fines de investigación científica, prevista en el artículo 18 del Convenio de Oviedo, o la prohibición de patentar invenciones científicas cuyo desarrollo implica la destrucción de embriones humanos, cfr. TUE, Sentencia Oliver Brüstle v. Greenpeace eV, de 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10). Sentado ello, el tribunal afirma que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses en cuestión, ya que la redacción de la ley N° 40/2004 fue debatida y fue objeto de varios referendos (Cfr. MARRAMA, Silvia. "Referendum italiano[...] Idem).

⁵⁶ La solicitante señaló la incoherencia estatal de pretender proteger al embrión y a la par la permisión del aborto terapéutico y del uso por parte de investigadores italianos de líneas celulares embrionarias derivadas de embriones que han sido destruidos en el exterior. El TEDH entiende que su tarea no es analizar en abstracto la coherencia de la legislación italiana en este ámbito. Así concluye el TEDH que, aun suponiendo que sean ciertas, las incoherencias en la legislación alegadas

tribunal considera por 16 votos contra uno que el estado no excedió el amplio margen de apreciación del que goza en la materia, que la injerencia prohibitiva era "necesaria en una sociedad democrática" (artículo 8 § 2 CEDH), y que no hubo violación del derecho de la demandante al respeto de su vida privada.

4.1.7.5. Opinión concordante del juez Pinto de Albuquerque: El carácter "adecuado" de la protección al embrión debido por las partes contratantes en la Convención está sujeto a un estrecho control por el tribunal, porque los estados tienen un estrecho margen de apreciación en cuestiones fundamentales acerca de la existencia e identidad del ser humano⁵⁷. En Europa, la Convención establece un límite insuperable para la experimentación sobre la vida humana: es incompatible con la Convención realizar o utilizar embriones humanos vivos para la preparación de células madre embrionarias, o para producir embriones humanos clonados y luego destruirlos para producir células madre embrionarias.

4.1.7.6. Opinión concordante del juez Dedov: El juez sostiene que la argumentación del TEDH podría haber contribuido mucho más a la jurisprudencia sobre la protección de la vida. En efecto, estado invocó el "potencial de vida del que es portador el embrión" para demostrar la legitimidad del propósito de su interferencia. Este importante objetivo no puede reducirse a una cuestión de margen de apreciación.

por la demandante no afectan directamente el derecho que invoca en el presente caso. Por último, el tribunal observa que la decisión de destinar los embriones en cuestión para investigación científica se deriva de la mera voluntad de la solicitante, ya que su acompañante falleció y no existen pruebas de que aquel hubiese tomado la misma decisión.

⁵⁷ Luego de estudiar las normas internacionales aplicables, sostiene el juez que la vida humana por nacer no es, en esencia, diferente de la vida posnatal, y que los embriones deben ser tratados en todas las circunstancias con el debido respeto a su dignidad humana. El propósito científico de salvar vidas humanas no justifica el uso de medios intrínsecamente destructivos para esta vida. El comienzo y el final de la vida humana no son cuestiones políticas libradas a la discreción de los estados miembros del Consejo de Europa. El embrión no es una cosa o un "bien" (cfr. voto mayoritario §215), sino "otra persona" con la que Parrillo tiene una potencial relación parental: la naturaleza privada de la relación entre estos seres humanos es indiscutible, y queda comprendida en el artículo 8 CEDH.

El hecho de que el derecho a la vida esté en juego, cambia por completo el enfoque judicial, en consonancia con el papel del tribunal en la interpretación de la CEDH, incluida la obligación positiva del estado de preservar el comienzo de la vida⁵⁸.

4.1.7.7. Opinión en parte disidente común a los jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano y Yudkivska: Concuerdan con que el estado no ha violado el artículo 8 CEDH en el caso, pero por diversas razones⁵⁹. Consideran que la queja de la solicitante es

⁵⁸ Dado que el derecho a la vida es absoluto, ni el margen de apreciación ni la soberanía ni el consenso son relevantes a este respecto. El derecho a la vida del embrión es un criterio clave para alcanzar la decisión correcta. Si se hubiese aplicado este criterio, muchos casos anteriores, como los casos Evans, Vo y SH, se habrían decidido a favor de los solicitantes, que de hecho deseaban convertirse en padres y, en consecuencia, salvar la vida del embrión. Muchas fuentes respaldan este punto de vista, representadas ante el tribunal por terceros intervinientes en el proceso y por las instituciones europeas (v.gr. iniciativa ciudadana europea "Uno de nosotros", el caso Brüstle y el reglamento Horizonte 2020. En particular, la Recomendación 874 (1979) PACE sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño, la Resolución PACE 1352 (2003) §10 sobre la investigación con células madre humanas). La resolución del presente caso con los fundamentos expuestos por el TEDH hace que el resultado de casos futuros sea impredecible. La función del tribunal es determinar los valores fundamentales y los intereses predominantes. En consecuencia, el TEDH solo puede concluir que el derecho a la vida, como uno de los derechos y libertades fundamentales, está en juego en este caso. A la par, el juez disidente con la conclusión de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo, donde afirma que la "concepción" solo ocurre después de la implantación del embrión en el útero.

⁵⁹ Consideran los disidentes que, por primera vez, el tribunal considera que el hecho de "decidir el destino" de los embriones o disponer de ellos se relaciona con el derecho de las personas al respeto de su vida privada (§ 152). Esta es una decisión de largo alcance e inaceptable sobre el estatuto del embrión humano, desconcertante no sólo debido a la connotación utilitaria de las palabras utilizadas para referirse al embrión humano, sino también debido a la lógica que fundamenta la decisión adoptada. El TEDH en este caso tiene una concepción positivista y reductivista del embrión humano, calificado como "parte constitutiva" del material genético y de la identidad biológica de una persona en particular, y el derecho de esa persona al respeto por su vida privada le permite decidir su destino y "uso". Al evaluar la proporcionalidad de la prohibición en cuestión, la mayoría considera que puede estar vinculada al objetivo de proteger "los derechos y las libertades de los demás", pero se apresura a añadir que esto no implica ningún juicio sobre si la palabra "otro" incluye al embrión humano. Sostienen los disidentes que el embrión no puede considerarse como una mera parte constitutiva de la identidad de tal o cual persona. Aunque posee la herencia genética de sus "padres" biológicos, el embrión humano es, sin embargo, una entidad separada y distinta desde las primeras etapas de su desarrollo. Observa la disidencia que la solicitante declaró que la donación de sus embriones le proporcionaría un "sentimiento noble". Sin embargo, el único propósito de la CEDH es proteger los derechos humanos fundamentales, no promover sentimientos de ningún tipo. El derecho reivindicado por la solicitante de "deshacerse de sus embriones" para fines de investigación científica no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio. En consecuencia, la solicitud debería haberse rechazado por incompatible *ratione materiae* con las disposiciones de la Convención.

incompatible *ratione materiae* con las disposiciones de la Convención, ya que el derecho reivindicado por la solicitante de "deshacerse de sus embriones" para fines de investigación científica no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio.

4.1.8. *Paradiso y Campanelli v. Italia*⁶⁰

4.1.8.1. Jurisdicción del TEDH: El tribunal reconoce que su tarea no es revisar la legislación o la práctica contenciosa en abstracto, sino que debe limitarse a tratar las cuestiones planteadas en el caso específico. Por lo tanto, no tiene que sustituir su propia evaluación por la de las autoridades nacionales competentes para determinar la mejor manera de regular la compleja y delicada cuestión de la relación entre los progenitores y un hijo nacido en el extranjero en

⁶⁰ Este caso se inicia con la aplicación N° 25358/12 presentada por dos nacionales alegando que las medidas adoptadas por el estado italiano en relación con el niño T. C. eran incompatibles con su derecho a la vida privada y familiar. Los solicitantes contrataron a una madre sustituta en Rusia, mediante una clínica ubicada en Moscú, quien gestó un niño con óvulos aportados por una tercera mujer y semen del demandante, quien afirma haber transportado desde Italia a la clínica rusa su líquido seminal debidamente preservado. Se transfirieron dos embriones al útero de la madre sustituta y un niño nació en Moscú el 27 de febrero de 2011. En la misma fecha, la madre sustituta dio su consentimiento por escrito para que el niño sea registrado como hijo de los solicitantes. Los solicitantes fueron registrados como padres del recién nacido por la Oficina del estado Civil de Moscú, y se les expidió el certificado de nacimiento ruso. El Consulado de Italia en Moscú emitió los documentos para viajar a Italia con el niño, pero posteriormente informó a la Corte Juvenil de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores, a la prefectura y la ciudad de Colletorto que el archivo sobre el nacimiento del niño contenía datos falsos. Una fiscalía italiana inició un proceso penal contra los solicitantes, sospechosos de alteración del estado civil del niño, de falsificación, y del delito previsto en el artículo 72 de la ley de adopción. Al mismo tiempo, la fiscalía solicitó la apertura de un procedimiento de adoptabilidad para el niño, y que se suspendiera la autoridad parental de los contratantes de la subrogación de vientres. Los solicitantes objetaron las medidas relativas al niño. A petición del tribunal de menores, los solicitantes fueron visitados por un equipo de trabajadores sociales, y se realizó una prueba de ADN, cuyo resultado mostró que no había un vínculo genético entre ellos. Los solicitantes pidieron a una psicóloga que realizara un informe sobre el bienestar del niño, fundado en el cual los requirentes solicitaron que el niño viva en su casa con miras a adoptarlo. Pero el tribunal de Menores de Campobasso ordenó que el niño fuera retirado, atendido y puesto al cuidado de los servicios sociales. En enero de 2013, el niño fue dado en guarda a una familia para adopción. A la fecha de presentación de la solicitud ante el TEDH, la adopción del menor ya se había efectivizado. TEDH, Sentencia PARADISO ET CAMPANELLI v. ITALIE (*Requête no 25358/12*). ARRÊT. STRASBOURG. 24/01/2017. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-170867"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés.

el contexto de un acuerdo de subrogación comercial, prohibido por el estado demandado.

4.1.8.2. Doctrina del margen de apreciación: Para decidir sobre el alcance del margen de apreciación que debe otorgarse al estado en virtud del artículo 8 CEDH, es necesario tener en cuenta varios factores. Cuando está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, el margen dejado al estado suele ser limitado. Por otro lado, cuando no hay consenso en los estados miembros del Consejo de Europa, ya sea respecto de la importancia relativa del interés en juego o de los mejores medios para protegerlo, en particular cuando el caso plantea delicadas cuestiones éticas o morales, el margen de apreciación es más amplio, al igual que en los casos en que el estado debe lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados o entre diferentes derechos protegidos por la CEDH. El tribunal observa que los hechos del caso se refieren a temas sensibles desde el punto de vista ético - adopción, cuidado estatal de un niño, procreación artificial y subrogación-, en los cuales los estados miembros disfrutaban de un amplio margen de apreciación.

4.1.8.3. Injerencia estatal (artículo 8 § 2 CEDH): Para determinar si la interferencia es "necesaria en una sociedad democrática", debe tenerse en cuenta el margen de discreción de las autoridades nacionales, cuya decisión queda sujeta a la revisión por parte del tribunal, competente para verificar el cumplimiento de los requisitos del Convenio.

4.1.8.4. Inexistencia de consenso europeo sobre efectos legales de la subrogación de vientres: El tribunal se remite al enfoque matizado adoptado sobre la fecundación heteróloga en *SH y otros* (§§ 95-118), y su análisis en *Mennesson* (§§ 78-79) acerca de la gestación para otros y el reconocimiento legal de la relación padre-hijo entre

los padres “de intención” y los hijos legalmente concebidos en el extranjero.

4.1.8.5. Pertinencia, suficiencia y proporcionalidad de las medidas estatales: El TEDH no duda de la pertinencia de los motivos invocados por los tribunales nacionales italianos. Estas razones están directamente relacionadas con el propósito legítimo de la defensa del orden público y también de la protección del niño -no solo del que está en cuestión en este caso, sino de los niños en general- considerando la prerrogativa del estado de regular la filiación por adopción y la prohibición de determinadas tecnologías de reproducción humana artificial. En cuanto a la suficiencia de las razones aducidas por los tribunales internos, el TEDH entiende que los hechos del caso no están comprendidos en el concepto de vida familiar, sino sólo en el de privacidad. El TEDH considera que las razones dadas por los tribunales internos, que se centraron en la situación del niño y el comportamiento ilegal de los solicitantes, fueron suficientes respecto del derecho a la vida privada.

Resta examinar si las medidas impugnadas fueron proporcionadas al objetivo legítimo perseguido, en particular si los tribunales nacionales, actuando dentro del amplio margen de apreciación que se les reconoce en el presente caso, alcanzaron un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados en juego. El TEDH entiende que los tribunales nacionales se preocuparon principalmente por poner fin a una situación ilegal, ya que los demandantes transgredieron las leyes italianas y las medidas que se tomaron en respuesta a su conducta estaban destinadas a proteger importantes intereses generales. En consecuencia, el tribunal decreta por 11 votos contra 6⁶¹, que no ha existido en el caso violación del artículo 8 CEDH.

⁶¹ Los votos anexos son los siguientes: opinión concordante de Pinto de Albuquerque; opinión concordante de Dedov; opinión en parte concordante común a los jueces Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou y Dedov; opinión en parte disidente común a los jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano y Yudkivska; opinión en parte disidente del juez Nicolaou; opinión disidente del juez Sajó.

4.1.8.6. Voto concurrente del juez Dedov: La importancia de este voto radica en que pone de relieve que, por primera vez, el tribunal de Estrasburgo se centra más en los valores que en el margen formal de apreciación nacional: la prohibición de la adopción privada está destinada a proteger a los niños de prácticas ilegales, algunas de las cuales pueden equivaler a la trata de personas. Dedov explica que la trata se encuentra estrechamente vinculada a los acuerdos de subrogación, y que los hechos del caso lo demuestran. Sostiene que el fenómeno de la maternidad subrogada es en sí mismo y todas sus formas muy peligroso para el bienestar de la sociedad⁶². Por último afirma que la subrogación materna es uno de esos desafíos que nos obligan a preguntarnos respecto de la supervivencia de la raza humana, dado que el número de personas

⁶² Sostiene Dedov que en una sociedad que se desarrolla armoniosamente, todos sus miembros contribuyen a ello a través de sus talentos, energía e inteligencia. Pero si el único recurso valioso disponible para un individuo es su cuerpo, el argumento no es suficiente para justificar la prostitución, la pornografía o la subrogación de vientres. Los argumentos a favor de la maternidad de alquiler se fundan en las nociones de economía de mercado, diversidad y solidaridad. Sin embargo, el dilema es milenario: o bien los seres humanos sobreviven a través de un proceso de adaptación natural, comprometiendo la dignidad humana y la integridad, o tratan de lograr una nueva calidad de vida social sin afectar tales valores. La noción de derechos y libertades fundamentales requiere la implementación de la segunda opción, y nuestra supervivencia y desarrollo también lo exigen. Cualquier afectación de los derechos humanos y de los valores fundamentales implica el final de una civilización. Dedov no entiende la maternidad subrogada como una forma de asistencia voluntaria y gratuita a quienes no pueden tener hijos. No puede aceptar que esa sea una declaración honesta y sincera. La solidaridad tiene como objetivo ayudar a aquellos cuyas vidas están en juego, pero no a aquellos que solo desean disfrutar de una vida privada o familiar completa. El embarazo y el nacimiento de un niño son extremadamente estresantes para la madre portadora sustituta, tanto en términos físicos como emocionales. Las consecuencias son impredecibles y, en ausencia de una situación de emergencia, la maternidad sustituta no puede considerarse una forma adecuada de promover la solidaridad social. Las estadísticas muestran que la subrogación gestacional es llevada a cabo por personas pobres o en países pobres en favor de beneficiarios generalmente ricos. Por otro lado, es una hipocresía prohibir la maternidad subrogada en el propio país, pero permitir las consecuencias de su uso en el extranjero. Entiende Dedov que el estado demandado ha adoptado una posición muy honesta e intransigente con respecto a la prohibición de cualquier tipo de subrogación, basada en valores cristianos (cfr. TEDH, Sentencia Lautsi and others[...] Idem). Dedov sostiene que, para prevenir la degradación moral y ética de la sociedad, el TEDH debería apoyar acciones basadas en valores (dignidad, integridad, igualdad, solidaridad, curiosidad, autorrealización, creatividad, conocimiento y cultura), los cuales no entran en conflicto con el respeto por la vida privada y familiar, en lugar de esconderse detrás del margen de apreciación. Dedov considera que en el presente caso el TEDH ha dado un primer paso al poner los valores por encima del margen de apreciación en un caso "ético", y por ello se puede hablar de un "nuevo tribunal".

involucradas, directa o indirectamente, en esta forma antisocial - legal o no- de obtener ganancias, la escala real del problema es impresionante. Concluye con una advertencia: cuando la solidaridad social no es promovida o efectivamente protegida en la práctica por las autoridades, se genera discriminación o desigualdades que pueden conducir a la desestabilización o degradación de la sociedad, amenaza que no debe subestimarse.

4.2. Jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH se ha pronunciado en menos oportunidades que el tribunal de Estrasburgo respecto del margen de apreciación nacional en las TRHA, y la aplicación que realiza de esta doctrina es más restringida. Antes de analizar los casos, cabe recordar que, a diferencia del artículo 2 CEDH -que guarda silencio sobre la cuestión del inicio de la vida humana y no define quién es la persona cuya vida está protegida-, el artículo 4 de la CADH expresa, por el contrario y con mayor precisión, que el derecho a la vida debe ser protegido “a partir de la concepción”⁶³.

⁶³ Cfr. YURMAN, Rogelio Pablo. Aborto[...] Idem. p. 35.

4.2.1. Artavia Murillo⁶⁴

Se han sintetizado las conclusiones del fallo de la Corte IDH del siguiente modo: a) la protección de la vida establecida en el artículo 4 CADH no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo; b) el embrión no implantado no es persona; c) los derechos en conflicto -los derechos a la vida privada y familiar y a la salud sexual de los demandantes, y los derechos de los embriones, deben resolverse mediante un adecuado balance; d) se consideran positivamente las medidas que evitan generar un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones; e) corresponde a las instituciones responsables de las TRHA proveer a los gametos y embriones de las mejores condiciones para que la potencialidad de ser persona pueda expresarse al nacer. y f) deben regularse los aspectos que se consideren necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la sentencia⁶⁵. En diversas publicaciones⁶⁶, he explicado las vicisitudes del caso. Me referiré

⁶⁴ Por Resolución del 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, del 3 de febrero de 1995, que reglamentaba la fecundación in vitro, por colisionar con el artículo 4.1 de la CADH. Como consecuencia de la referida declaración de inconstitucionalidad y presunta prohibición general de TRHA en Costa Rica, el 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH) sometió a la jurisdicción de la Corte IDH, de conformidad con los artículos 51 y 61 CADH, el caso N° 12.361 contra el estado de Costa Rica. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia; y que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres. La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento. Cfr. Corte IDH, Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf Fecha de consulta: 03/12/2016.

⁶⁵ Cfr. RABI BALDI CABANILLAS, Renato; FLEMING CANEPA, Eugenia. “La sentencia de la CADH[...]” Idem.

⁶⁶ Cfr. MARRAMA, Silvia, TOMMASI, María Sol, “Después de “Artavia Murillo””, en *El Derecho*, [274] - (18/09/2017, nro. 14.268). Ver también MARRAMA, Silvia, “Control de convencionalidad[...]” Idem. MARRAMA, Silvia. Fecundación in vitro[...] Idem. Capítulo VI. MARRAMA, Silvia, “Una sentencia

en estas líneas únicamente a las consideraciones de la Corte IDH sobre el margen de apreciación nacional.

4.2.1.1. Aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, en relación a la interpretación del artículo 4.1. CADH: La Corte IDH, luego de realizar una interpretación de los artículos 1 y 4.1. CADH⁶⁷, analiza la jurisprudencia del TEDH: cita, entre otros, los casos *Vo. v. Francia, y A, B y C v. Irlanda*. En los §§ 240 a 242 cita los casos referidos a TRHA: *Evans v. Reino Unido, S.H. v. Austria, y Costa y Pavan v. Italia*, antes analizados. También expone en § 243 el Sistema Africano de Derechos Humanos. En base a lo expuesto y a información científica citada, en § 264 concluye que el embrión no puede ser entendido como persona, que la concepción en el sentido del artículo 4.1 CADH tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero. Además, concluye de las palabras “en general”, que la protección del derecho a la vida del artículo 4.1 CADH no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo.

4.2.1.2. Injerencia estatal en la vida privada y familiar de los solicitantes: La Corte considera en §272 y ss., que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a TRHA forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. Estos derechos pueden ser restringidos por los estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar

pedagógica[...] Idem. MARRAMA, Silvia, “¿Qué nos enseña Costa Rica respecto de la fecundación artificial?”, en EDCrim, [245] - (06/12/2011, nro. 12.891). MARRAMA, Silvia, “El fallo de la Sala Constitucional de Costa Rica”, en ED, 18/11/2009.

⁶⁷ Un excelente estudio sobre la interpretación de la Corte IDH puede leerse en PEDERNERA ALLENDE, Matías, “Algunos problemas argumentativos del fallo de la Corte Interamericana en “Artavia Murillo y otros v. Costa Rica””. *El Derecho* 262-722. Fecha de consulta: 03/12/2017.

previstas por la ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El análisis de esos requisitos es innecesario, a juicio de la Corte, ya que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la CADH (cfr. §264). Sin perjuicio de ello, el tribunal estima que el sacrificio de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar fue desmedido en relación con las ventajas alegadas de protección del embrión, y que aquellos derechos se tornaron ilusorios por la restricción en favor de la vida prenatal.

4.2.1.3. Disidencia del Juez Vio Grossi: Este voto disidente considera el análisis gramatical y sistemático del artículo 4.1. CADH, y concluye que la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida, lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Por último, pone de relieve la importancia del caso, en donde está en juego el derecho a la vida y cuándo comienza, lo cual involucra no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del derecho internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la cual solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales. Y en el ejercicio de esa función interpretativa, la Corte se encuentra limitada para asumir una función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos.

4.2.1.4. Influencia de *Artavia Murillo* en el derecho argentino⁶⁸

⁶⁸ Rabbi Baldi y Fleming Canepa han estudiado en profundidad la sentencia del caso *Artavia Murillo* y su influencia -constitucional, convencional y jurisprudencial- en el derecho argentino, influencia que excede el marco de este trabajo. Cfr. RABI BALDI CABANILLAS, Renato; FLEMING CANEPA, Eugenia. “La

La Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyó que: “Tercero: La doctrina del fallo “Artavia Murillo” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho”⁶⁹. Diversos tribunales nacionales⁷⁰ han dictado sentencias en este sentido. Por su parte, la CSJN ha entendido que la CIDH no constituye una cuarta instancia nacional sino que su jurisdicción “es subsidiaria, coadyuvante y complementaria”⁷¹.

4.2.2. Gomez Murillo⁷²

El 18 de enero de 2016, por segunda vez la Comisión IDH somete a conocimiento de la Corte IDH un caso de presuntas violaciones a los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar, a fundar una familia y a la igualdad y no discriminación, originadas en la prohibición de la FIV en Costa Rica. Durante el trámite de la causa ante la Corte IDH, se presentó un acuerdo de solución amistosa entre las partes, que incluía un reconocimiento efectuado por el estado respecto de las violaciones a los derechos humanos indicadas por la Comisión -en

sentencia de la CADH en el caso Artavia Murillo: su influencia en el derecho argentino”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nueva Serie, 2015-3, Rubinzal Culzoni, Editores. p. 87-146.

Ver también PALAZZO, Eugenio Luis, “Nuevos actores y roles en la justicia”, en El Derecho Constitucional, [266] - (16/03/2016, nro 13.916) [2016]. Fecha de consulta: 03/06/2016. QUINTANA, Eduardo M., “Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra estado de Costa Rica sobre fecundación in vitro)”, publicado el 14/02/2013 en elDial.com - DC19Eg. Fecha de consulta: 22/06/2016.

⁶⁹ XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2013. Conclusiones Comisión N° 1, Parte General: Persona humana. Comienzo de la existencia. Estatuto. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-28-XXIV-Jornadas-2013.pdf>. Fecha de consulta: 13/09/2017.

⁷⁰ Cfr. CFed. Salta, 06/07/2013, L. O., A. M. - L., C. v. Swiss Medical s/amparo, con nota de MARRAMA, Silvia, “Una sentencia pedagógica[...] Idem.

⁷¹ CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores[...] Idem. Considerando 8.

⁷² Cfr. Corte IDH, Sentencia Daniel Gerardo Gómez Murillo, Aída Marcela Garita Sánchez y otros v. COSTA RICA, 29/11/2016, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf. Fecha de consulta: 01/08/2017.

el Informe de Fondo- y por el representante de los demandantes - en el escrito de solicitudes y argumentos-. En razón de ello, la Corte, por cinco votos a favor y uno en contra, lo homologó, aceptó el reconocimiento de las violaciones efectuado por el estado, y dio por concluida la controversia. El acuerdo incluye medidas reparatorias pecuniarias y no pecuniarias, de entre las cuales las más controvertidas son las convenidas en §§§2, 3 y 4, que se relacionan con reparaciones ordenadas en el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*. Asimismo resulta controvertida la medida reparatoria no pecuniaria a la que el estado se somete por acuerdo, de iniciar una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación (cfr. §55 del voto de la mayoría), ya que no guarda ningún nexo causal con las violaciones a los derechos humanos denunciadas en el caso⁷³. Por último cabe mencionar que en el acuerdo (cfr. §62 del voto de la mayoría) se incluyó también el compromiso del estado de Costa Rica de informar a la Corte, en forma periódica, acerca del cumplimiento del acuerdo.

4.2.2.1. Disidencia del Juez Vio Grossi: Las premisas del voto disidente son las siguientes: a) obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH solo para el estado parte del caso de que se trate y respecto de lo que el mismo verse; b) la función de la Corte IDH no es normativa sino de interpretación y aplicación de la CADH; c) la mejor garantía de defensa de los derechos humanos es el apego de la Corte IDH a las normas que la rigen.

Una de las razones del disenso radica en que no sólo existe una clara diferencia en lo atinente a la *causa petendi* en el caso y al fundamento del acuerdo de solución amistosa, sino que también difieren en la pretensión que se perseguía en aquél y la que se

⁷³ Cfr. PAUL DIAZ, Alvaro. Segunda sentencia sobre fecundación in vitro. Disponible en <http://corteidhblog.blogspot.com.ar/2017/01/segunda-sentencia-sobre-fecundacion-in.html> el 23/01/2017. Fecha de consulta: 02/08/2017.

contempla en éste (cfr. § B del voto). Se trata, pues, de dos casos distintos: uno que fue sometido a la jurisdicción de la Corte y el otro que emerge a partir de la sentencia dictada en *Artavia Murillo*, y que, por lo tanto, no ha sido conocido por ella. Este argumento se funda en el principio de complementariedad o coadyuvancia de la jurisdicción interamericana respecto de la jurisdicción interna o nacional, que importa que aquella no debe ni puede sustituir a ésta, y en el margen de apreciación nacional. Por lo expuesto, entiende el juez disidente que era suficiente en el caso tomar nota del acuerdo de solución amistosa como fin del litigio, sin dar lugar a su homologación, y archivar el expediente. En cambio, al proceder como se ha hecho, se ha perdido una buena oportunidad para rectificar -con la nueva integración de la Corte⁷⁴- y retomar la defensa del derecho a la vida⁷⁵ y, además, recordar que los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable⁷⁶.

Conclusión

En estas líneas he analizado la doctrina del TEDH y de la Corte IDH sobre el margen de apreciación nacional respecto de las TRHA. Del estudio de los casos precedentes puedo concluir que: a) en *Paradiso y Campanelli v. Italia* el TEDH, por primera vez, se centra más en los derechos fundamentales en juego que en el margen formal de apreciación nacional, y por ello se puede afirmar

⁷⁴ Se refiere a que, de los seis jueces que participaron en el conocimiento del Caso Gómez Murillo y Otros v. Costa Rica, solo Vío Grossi integraba la Corte que resolvió sobre el Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) v. Costa Rica.

⁷⁵ La Corte antes catalogaba el derecho a la vida como “fundamental”, por lo que estimaba que no eran “admisibles enfoques restrictivos de mismo”, cfr. Corte IDH, Sentencia Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) v. Guatemala. (Fondo), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No° 63, § 144.

⁷⁶ Cfr. Corte IDH, Sentencia Familia Barrios v. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, §48.

que se trata de un “nuevo tribunal”; b) la Corte IDH, por el contrario, en *Gomez Murillo* deja de lado el principio de subsidiariedad de la jurisdicción interamericana respecto de la jurisdicción interna o nacional, sustituyendo a ésta, y por otra parte, pese a que cuenta con una nueva integración, pierde la oportunidad de regresar a su doctrina original de defensa del derecho fundamental a la vida sin restricciones. El contraste señalado es significativo si se recuerda que, a diferencia del artículo 2 CEDH -que guarda silencio sobre la cuestión del inicio de la vida humana y no define quién es la persona cuya vida está protegida-, el artículo 4 de la CADH expresa, con mayor precisión, que el derecho a la vida debe ser protegido “a partir de la concepción”.

El análisis de los casos estudiados me permite concluir que lo relevante es reconocer el mayor grado de protección efectiva a los derechos fundamentales, ya sea a través de la intervención de los tribunales internacionales o de los jueces nacionales, “toda vez que, muchas veces, son estos últimos quienes garantizan un mayor grado de protección, debido a los distintos niveles de evolución de cada ordenamiento jurídico”⁷⁷. Y el dar el mayor grado de protección efectiva a los derechos fundamentales en el caso concreto sólo podrá lograrse a la luz de una idea superadora de “diálogo entre cortes” o “diálogo interjurisdiccional”⁷⁸.

Para finalizar, cabe tener presente que en el campo de las TRHA, que se encuentran en constante cambio y cuyas respuestas son dinámicas y provisorias, “el límite (y también, forzoso es señalarlo, el punto de partida) no parece ser otro que la indisponibilidad de la persona... ese “valor absoluto (en razón de

⁷⁷ Cfr. ARMIN VON BOGDANDY, In: Eduardo FERRER Mac GREGOR, Fabiola - Martínez Ramírez, Giovanni A. - Figueroa Mejía (coord.), "Ius constitutionale commune", Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2ª ed., 2014, 774-777. Cit. Por DALLA VIA, Alberto R., “Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados”, en LA LEY 08/05/2017, 7, Cita Online: AR/DOC/1174/2017. Fecha de consulta: 05/06/2017.

⁷⁸ Respecto del diálogo interjurisdiccional, ver el estudio de PIZZOLO, Calogero, “Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos”, en La Ley 2015-D- fecha de publicación: 08/07/2015.

ser universal y no general o conceptual) que es el diferente concreto”⁷⁹.

Referências

ALONSO REGUEIRA, Enrique. “Los límites del control de convencionalidad”, en LA LEY 2017-C, Sup. Adm. 2017 (mayo), 8. Cita Online: AR/DOC/1069/2017. Fecha de consulta: 05/06/2017.

ARMIN VON BOGDANDY. In: Eduardo FERRER Mac GREGOR, Fabiola - Martínez Ramírez, Giovanni A. - Figueroa Mejía (coord.), "Ius constitutionale commune", Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2ª ed., 2014, 774-777. Cit. Por DALLA VIA, Alberto R., “Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados”, en LA LEY 08/05/2017, 7, Cita Online: AR/DOC/1174/2017. Fecha de consulta: 05/06/2017.

BARBOSA DELGADO, Francisco R. “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”. En: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NUÑEZ POBLETE, Manuel (coords.). *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.

CFED. SALTA. *L. O., A. M. - L., C. v. Swiss Medical s/amparo*, del 6 de julio de 2013.

-----, *M., I. N. c/OSDE s/amparo*, 19/06/2014.

CFED. SAN MARTÍN, sala I. G., *Y. S. v. O.S.D.E. s/ prestaciones médicas*, 12/11/2014.

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

⁷⁹ RABBI BALDI CABANILLAS, Renato. “Una filosofía jurídica prosopológica para las interpelaciones contemporáneas de la bioética. Apuntes desde la jurisprudencia constitucional argentina”. En prensa.

Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996

CORTE IDH. Sentencia *Almonacid*, del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.

-----. Sentencia *Trabajadores Cesados del Perú*, del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.

-----. Sentencia *Masacre de Santo Domingo v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, del 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259.

-----. *Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 157.

-----. Sentencia *Brewer Carías v. Venezuela*, del 26 de mayo de 2014, Serie C N° 278.

-----. Sentencia *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
Fecha de consulta: 03/12/2016.

-----. Sentencia *Daniel Gerardo Gómez Murillo, Aída Marcela Garita Sánchez y otros v. COSTA RICA*, 29/11/2016, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf. Fecha de consulta: 01/08/2017.

-----. Sentencia *Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) v. Guatemala*. (Fondo), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, § 144.

-----. Sentencia *Familia Barrios v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, §48.

CSJN. Fallos: 330:4040

-----. Fallos: 332:1488

CSJN. Sentencia *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico v. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, del 14 de febrero de 2017, Causa 368/1998 (34-M).

----- . *L.E.H. y otros c/OSEP s/amparo*, 01/09/2015, en LA LEY 17/09/2015, 9; ED 265, 32; DFyP 2015 (diciembre), 225.

DIAZ CREGO, María. "Margen de apreciación", en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 2011-05-09, Última actualización: 2011-05-09, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94 . Fecha de consulta: 25/05/2016.

DIRECTIVA 2004/23/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 31 de marzo de 2004. Relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, publicado en Diario Oficial de la Unión Europea, 7.4.2004, L 102/48, disponible en http://www.ont.es/infesp/Legislacin/DIRECTIVA_CELULAS_Y_TEJIDOS.pdf. Fecha de consulta: 12/12/2017.

GIALDINO, Rolando E.. "¿Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema? El caso "Fontevicchia y D'Amico"". LA LEY 17/07/2017, 4. AR/DOC/1494/2017.

HITTERS, Juan Carlos. "Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)". *Estudios constitucionales*, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

----- . "Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?". LA LEY 02/08/2017, 1. AR/DOC/2033/2017.

MARRAMA, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. SCALA, Jorge (pról.). Paraná: Dictum, 2012. 580 páginas. Colección Doctrina. ISBN 978-987-26865-2-9.

- , “¿Sería constitucional una ley que regulase la fecundación artificial extracorpórea?”. *El Derecho Suplemento de Derecho Criminal*, [245] - (06/12/2011, nro 12.891).
- , “Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar”. *El Derecho* [244] - (21/10/2011, nro 12.860).
- , “Análisis del Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 de investigación en embriones humanos, a la luz de la Ley N° 26.862, de la Constitución Nacional y de los principios internacionales que rigen la materia”. *Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Tomo XVI Parte I, (2014).
- , “Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino”. *El Derecho* [255] - (27/11/2013, nro 13.372) (Ref. 73118).
- , “El control de convencionalidad en la aplicación de la dogmática penal”. *El Derecho* [257] - (06/05/2014, nro 13.476).
- , “Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional”. *Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Tomo XLIII (2016). Parte II. Disponible en <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Marrama.I.16.pdf>
- , “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad de una sentencia del Consejo de Estado francés”, en *El Derecho* 259-555.
- , “Referendum italiano sobre procreación asistida”, *Revista Duc In Altum* N° 10, agosto de 2005. p. 57-77. Edit. Pontificia Universidad Católica Argentina.
- , “Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas”, en *ED*, [258] - (07/07/2014, nro 13.519) [Publicado en 2014].
- , “Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga”, en *El Derecho*, [270] - (07/12/2016, nro 14.097) [2016].

- . "El paradigma protectorio de las personas con discapacidad", en *La Ley LLDFyP* 2015 (octubre), 07/10/2015, 224. Cita Online: AR/DOC/3195/2015.
- . TOMMASI, María Sol, "Después de "Artavia Murillo"", en *El Derecho*, [274] - (18/09/2017, nro. 14.268).
- . "¿Qué nos enseña Costa Rica respecto de la fecundación artificial?", en *EDCrim*, [245] - (06/12/2011, nro. 12.891).
- . "El fallo de la Sala Constitucional de Costa Rica", en *ED*, 18/11/2009.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie*, año XLV, núm. 135, sept.-dic. 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.
- PALAZZO, Eugenio Luis. "Nuevos actores y roles en la justicia", en *El Derecho Constitucional*, [266] - (16/03/2016, nro 13.916) [2016]. Fecha de consulta: 03/06/2016.
- PAUL DIAZ, Alvaro. Segunda sentencia sobre fecundación in vitro. Disponible en <http://corteidhblog.blogspot.com.ar/2017/01/segunda-sentencia-sobre-fecundacion-in.html> el 23/01/2017. Fecha de consulta: 02/08/2017.
- PEDERNERA ALLENDE, Matías. "Algunos problemas argumentativos del fallo de la Corte Interamericana en "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica"". *El Derecho* 262-722. Fecha de consulta: 03/12/2017.
- PIZZOLO, Calogero. "El diálogo interjurisdiccional como herramienta para la creación de consensos mínimos en una comunidad de intérpretes finales". Material de estudio del Curso Virtual "Control de Convencionalidad y Tutela de los Derechos Humanos", organizado por el

Instituto de Formación y Perfeccionamiento judicial de la Provincia de Entre Ríos “Dr. Juan Bautista Alberdi”, agosto-septiembre 2016.

-----, “Del paradigma de la estatalidad al paradigma de la internacionalización de los derechos humanos”. Material de estudio del Curso Virtual "Control de Convencionalidad y Tutela de los Derechos Humanos", organizado por el Instituto de Formación y Perfeccionamiento judicial de la Provincia de Entre Ríos “Dr. Juan Bautista Alberdi”, agosto-septiembre 2016.

-----, “Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos”, en *La Ley* 2015-D- fecha de publicación: 08/07/2015.

QUINTANA, Eduardo M.. “Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra estado de Costa Rica sobre fecundación in vitro)”, publicado el 14/02/2013 en elDial.com - DC19E9. Fecha de consulta: 22/06/2016.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. “Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente a las decisiones internacionales”, en XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. *Una sentencia cumplida es un derecho escuchado*, Rubinzal Culzoni Editores, 2013, Santa Fe, pp. 245-257.

-----, Renato; FLEMING CANEPA, Eugenia. “La sentencia de la CADH en el caso Artavia Murillo: su influencia en el derecho argentino”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nueva Serie*, 2015-3, Rubinzal Culzoni, Editores. P. 87-146.

RABBI BALDI CABANILLAS, Renato. “Una filosofía jurídica prosopológica para las interpelaciones contemporáneas de la bioética. Apuntes desde la jurisprudencia constitucional argentina”. En prensa.

RANIERI de CECHINI, Débora. “Sentencia *Lautsi v. Italia* de la Corte Europea de Derechos Humanos: un significativo cambio jurisprudencial”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, Año 3, Nro. 4, Mayo 2011, pp. 256-266.

REY, Sebastián A.. “En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los "elogios" recibidos por la sentencia de la Corte

Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico". DPyC 2017 (julio), 199. AR/DOC/1538/2017.

SANTIAGO, Alfonso. "¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?". La Ley 23/02/2017, 13; La Ley 2017-A, 472. DFyP 2017 (abril), 145. AR/DOC/493/2017.

SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril. "Prólogo: Algunas notas sobre la Jurisdicción Internacional en el Siglo XXI", en SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril (coords.), Retos de la jurisdicción internacional, España, Thomson Reuters-Civitas, 2012.

STJ Entre Ríos, Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal. Á., V. J. y Z., A. S. s/homic. calif. s/recurso de casación, del 5 de marzo de 2014.

TEDH. Sentencia. *Lautsi and others v. Italy Judgment*, del 18 de marzo de 2011. Cita Online: AR/JUR/4864/2011. Fecha de consulta: 26/06/2017.

----- Sentencia *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.

----- Sentencia *EVANS v. ROYAUME-UNI*. (Requête no 6339/05). ARRÊT. STRASBOURG. 10/04/2007. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["EVANS v. ROYAUME-UNI"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-80036"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Fecha de consulta: 12/09/2017. Traducción propia de la versión en francés.

----- Sentencia *VO v. FRANCE*. (Requête no 53924/00). ARRÊT. STRASBOURG. 08/07/2004.

----- Sentencia *DICKSON v. ROYAUME-UNI* (Requête no 44362/04). ARRÊT. STRASBOURG. 04/12/2007. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["dickson"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-83791"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Fecha de consulta: 12/09/2017.

----- Sentencia *HIRST v. ROYAUME-UNI* (No 2). ARRÊT. STRASBOURG. 06/10/2005. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-1470460-1537007&filename=003-1470460-1537007.pdf> Fecha de consulta: 29/09/2017.

- . *Sentencia S.H. ET AUTRES v. AUTRICHE* (Requête no 57813/00). ARRÊT. STRASBOURG. 03/11/2011. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-107326"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Fecha de consulta: 27/09/2017.
- . *Sentencia COSTA ET PAVAN v. ITALIE* (Requête no 54270/10). ARRÊT. STRASBOURG. 28/08/2012, devenido en definitivo (cfr. artículo 44 § 2 CEDH, el 11/02/2013). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-112992"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017.
- . *Sentencia Niemietz v. Alemania*, 16 de diciembre de 1992, § 29, Serie A No. 251-B.
- . *Sentencia Bensaid v. El Reino Unido*, No. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I.
- . *Sentencia Pretty v. United Kingdom*, No. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III.
- . *Sentencia Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 de octubre de 1981, § 41, Serie A no 45.
- . *Sentencia Laskey, Jaggard y Brown v. el Reino Unido*, el 19 de febrero de 1997, § 36, los informes 1997-I.
- . *Sentencia A, B y. C v Irlanda* [GC], No. 25579/05, § 212, 2010 CEDH.
- . *Sentencia RR v. Polonia*, No. 27617/04, § 181, CEDH 2011.
- . *Sentencia KNECHT v. ROMANIA* (Application no 10048/10). JUDGMENT. STRASBOURG. 02/10/2012, devenido en definitivo el 11/02/2013. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-113291"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017.
- . *Sentencia MENNESSON v. FRANCE* (Requête no 65192/11). ARRÊT. STRASBOURG. 26/06/2014, devenido en definitivo el 26/09/2014. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145179"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017.
- . *Sentencia Mikulic v. Croacia*, N° 53176/99, 2002-I CEDH
- . *Sentencia Jäggi v Suiza*, N° 58757/00, CEDH 2006-X
- . *Sentencia Genovese v. Malta*, no. 53124/09, 11 de octubre de 2011

-----. Sentencia *LABASSEE v. FRANCE* (Requête no 65941/11). ARRÊT. STRASBOURG. 26/06/2014, devenido en definitivo el 26/09/2014. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145180"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017.

-----. Sentencia *PARRILLO v. ITALIE* (Requête no 46470/11). ARRÊT. STRASBOURG. 27/08/2015. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-156492"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 25/11/2017.

-----. Sentencia *PARADISO ET CAMPANELLI v. ITALIE* (Requête no 25358/12). ARRÊT. STRASBOURG. 24/01/2017. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-170867"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 25/11/2017.

TUE, Sentencia. *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*, de 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10

XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2013. Conclusiones Comisión N° 1, Parte General: Persona humana. Comienzo de la existencia. Estatuto. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-28-XXIV-Jornadas-2013.pdf>. Fecha de consulta: 13/09/2017.

YURMAN, Rogelio Pablo. Aborto, persona y sociedad. 1º Ed.. Rosario: UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012.