

La Salud de la Mujer y las Técnicas de Procreación Asistida: el Marco Legal Italiano: entre la Rigidez de la Ley y Actuación de los Jueces

(Woman's Health and Assisted Reproductive Techniques: the Italian Legal Framework Between the Inflexibility of Statutory Law and the Role of Judges)

SIMONE PENASA*

Penasa, S., 2017. La Salud de la Mujer y las Técnicas de Procreación Asistida: el Marco Legal Italiano: entre la Rigidez de la Ley y Actuación de los Jueces. *Oñati Socio-legal Series* [online], 7 (1), 57-74. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2753622>



Abstract

The paper analyses the effective implementation of the Italian Law on assisted reproductive technologies (Law 40/2004). The main focus is the impact of the legislative framework on woman's rights, with a special regard to the right to procreate and the right to health. The Italian regulation is analysed in the light of its implementation by judges, which have massively intervened on legislative contents, in order to guarantee the conformity with the Constitution and with woman's rights.

Keywords

Right to health; right to procreate; human assisted reproduction; constitutional law; biolaw

Resumen

En este artículo se analiza el desarrollo aplicativo de la ley italiana en materia de procreación humana asistida (Ley 40 de 2004), centrándose en el impacto que la intervención del legislador italiano ha provocado en los derechos de las mujeres, en particular, en el derecho a la procreación y a la salud. La regulación italiana será analizada en tanto aplicación jurisprudencial de la ley 40 que ha adecuado de forma masiva su contenido a fin de garantizar su conformidad a la Constitución y a los derechos de las mujeres que acceden a estas técnicas.

Se agradece al doctor Juan Pablo Castillo Morales, doctorando en la Escuela de Doctorado en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Trento, por su fundamental ayuda en la revisión lingüística de este artículo. También se agradece a los evaluadores anónimos para la fundamental contribución que aportaron con sus indicaciones a la versión definitiva del artículo. La responsabilidad exclusiva de los contenidos pertenece, obviamente, al autor.

* Simone Penasa es investigador a tiempo determinado en Derecho constitucional comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento (Italia). Para contactar con el Autor: Facultad de Derecho, via Verdi 53, 38122 Trento (Italia); correo electrónico: simone.penasa@unitn.it



Palabras clave

Derecho a la salud; derecho a la procreación; procreación humana asistida; derecho constitucional; bioderecho

Índice

1. Introducción: el derecho frente a la evolución médico-científica. El caso de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Italia	60
2. La regulación de la reproducción (asistida) como paradigma de la relación entre poder estatal y persona: la Constitución como fuente y límite del poder legislativo	60
3. Un asunto preliminar: ¿la reproducción es un derecho constitucionalmente protegido? El aporte de la jurisprudencia constitucional y convencional (TEDH)	61
4. La ley 40/2004: ¿un tigre de papel? La ineludible reescritura de la ley por la jurisprudencia doméstica, constitucional y convencional	63
5. Tomando en serio la Ley 40 (y los derechos de la mujer): reproducción y salud en la aplicación de la ley. El caso del diagnóstico preimplantacional	65
6. Conclusión: la exigencia de protección de los derechos de la mujer como fundamento de la reescritura jurisprudencial de la ley 40	68
Referencias.....	69
Jurisprudencia.....	73
Corte costituzionale italiana	73
Tribunal Europeo de los Derechos Humanos	73
Tribunales ordinarios italianos	74

1. Introducción: el derecho frente a la evolución médico-científica. El caso de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Italia

Las técnicas de reproducción humana asistida permiten analizar la relación entre la actuación del legislador y los derechos de las mujeres que acceden a aquéllas, en el contexto de un Estado constitucional de derecho en donde los jueces (sean ordinarios, constitucionales o convencionales) son llamados a desarrollar un papel activo de cumplimiento de los principios constitucionales, en particular en un ámbito como el biomédico donde la relación entre poder público y derechos encuentra la más alta tensión. Por ello en este artículo se analiza utilizando como caso paradigmático el ordenamiento italiano, la postura que el derecho – a nivel legislativo y jurisprudencial – asume al regular estas técnicas en la perspectiva de la protección de los derechos de las mujeres “usuarias”.

Específicamente se analizará la forma en que los derechos de las mujeres –en particular, el derecho a la reproducción y a la protección de la salud– han sido regulados rígidamente e insatisfactoriamente por el legislador italiano (Ley 40/2004, ley en materia de procreación humana asistida) frente a lo previsto por la Constitución, y la consiguiente “reacción” de los jueces, los que han contribuido a “corregir” la ley 40 volviéndola compatible con los principios y derechos constitucionales. La jurisprudencia que ha aplicado la ley ha llevado a la doctrina italiana a hablar de una sustancial “reescritura” de la misma por parte de los jueces. Esta “reescritura” incide en aspectos centrales de la regulación, como el reconocimiento de un derecho a la procreación; el acceso a las técnicas de RHA; el consentimiento de la mujer; la aplicación de las técnicas, el derecho a la salud de las mujeres; la atribución de la maternidad, etc.

2. La regulación de la reproducción (asistida) como paradigma de la relación entre poder estatal y persona: la Constitución como fuente y límite del poder legislativo

La regulación del acceso por parte de las mujeres –y de sus parejas– a las técnicas de RHA representa un contexto paradigmático, en donde la cuestión de la relación entre poder público y persona alcanza un profundo nivel de criticidad y complejidad (Veronesi 2007, Rodotà 2006, Canestrari *et al.* 2011).

En este sentido, el análisis de la regulación de las técnicas de RHA puede ser considerado una ocasión para evaluar la naturaleza constitucional, en sentido sustancial, de un ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico debe entenderse como una pluralidad de instituciones que participan –aunque de manera diferenciada, de acuerdo con el principio de la separación de los poderes públicos– en el ejercicio concreto de la función reguladora del Estado (Cappelletti 1984, Silvestri 1985, Zagrebelsky 1992). Por lo tanto, también los jueces –como quedará claro a lo largo de este trabajo– participan de manera activa, en ocasiones de forma opuesta al legislador, en el proceso de aplicación de los principios y derechos reconocidos en la Constitución, el cual debe entenderse tanto en su manifestación formal (texto) como en su aplicación a través de la justicia constitucional (Gusmai 2015).

Si bien el papel de regulación de esta materia pertenece primariamente al legislador, en cuanto sujeto democráticamente legitimado (Tripodina 2012), la actuación del legislador no es totalmente libre ni ilimitada: al desarrollar su papel regulador, el legislador encuentra cotos contenidos en la Constitución los cuales –en el contexto jurídico italiano– han sido concretizados por la *Corte costituzionale* italiana (D’Amico 2008, D’Aloia 2012, Penasa 2015).

La *Corte costituzionale* ha reconocido que la intervención legislativa es necesaria debido a la especial relevancia constitucional de los bienes involucrados; no obstante ha aclarado también que el poder legislativo no es totalmente libre sino que tiene que estar orientado al establecimiento de un razonable equilibrio entre los

derechos afectados. Al mismo tiempo, en una decisión en materia de aplicación de las técnicas de RHA con donación de gametos (decisión n. 347/1998), la misma *Corte* ha reconocido que si bien pertenece al legislador introducir una regulación orgánica en esta materia, los jueces deben garantizar la protección en concreto de los derechos fundamentales, a pesar de que una ley no haya sido aprobada.

Por su parte, a nivel internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido que el legislador goza de un amplio margen de apreciación en este ámbito, debido a la naturaleza ética y científica de las cuestiones abordadas, siendo, por lo tanto, el sujeto que con mayor propiedad puede interpretar y conocer los "*morals*" de su entorno social y cultural (Grabewarter, Krauskopf 2012). Al mismo tiempo, su actuación aunque amplia es libre en el *an* pero no totalmente en su *quomodo* (S.H. y otros c. Austria, 2011, Osti 2010). Por lo tanto, si el legislador decide intervenir debe hacerlo de manera acorde a los criterios que corresponden al TEDH evaluar (Penasa 2013, Conti 2014).

Dentro de este balance entre discrecionalidad legislativa y protección efectiva de los derechos se sitúan los derechos de las mujeres que quieren acceder a las técnicas de RHA. En particular, el análisis se centrará en el derecho a la procreación y el derecho a la salud. Este último encuentra un fundamento constitucional explícito ya que el artículo 32 de la Constitución italiana lo garantiza de forma expresa, y la *Corte costituzionale* ha afirmado paulatinamente que este derecho prevalece sobre los intereses del *nasciturus* tanto en el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo (sentencia n. 27/1975; Tripodina 2008) como en el de la RHA (decisiones n. 151/2009; 162/2014; 96/2015; Ferrando 2009). En cambio, el derecho a la procreación no goza de un reconocimiento expreso aunque la jurisprudencia de la *Corte costituzionale* (y, como veremos, del TEDH) propone una interpretación que considera este derecho una derivación de derechos existentes (art. 2 Cost.; art. 8 CEDH; Gómez Sánchez 1994, Romeo Casabona 2009, Abellán-García Sánchez 2011, D'Aloia, Torretta 2011).

3. Un asunto preliminar: ¿la reproducción es un derecho constitucionalmente protegido? El aporte de la jurisprudencia constitucional y convencional (TEDH)

La cuestión de los límites al poder que riñe con los derechos de las mujeres para ser afrontada de manera adecuada necesita clarificar una cuestión preliminar a saber: la existencia –en el marco jurídico italiano– de un derecho constitucionalmente reconocido a la reproducción que pueda eventualmente ser ejercido a través de las técnicas de RHA (Rodotà 1995, Romero Pareja 2007, Eijkholt 2010). La existencia de este derecho junto al deber de proteger el derecho a la salud representa un límite ulterior al poder discrecional del legislador.

Refiriéndose al ordenamiento italiano, aunque no formalmente reconocido por el texto de la Constitución, la *Corte costituzionale* se ha referido a la existencia de un derecho a la reproducción aunque en un ámbito muy distinto al de las técnicas de RHA. En la sentencia n. 332 de 2000, la Corte ha afirmado la existencia de un derecho a la reproducción y a la paternidad cuya violación contrastaría con el artículo 2 de la Constitución y, en concreto, con la integridad de la esfera personal de la persona y su libertad de autodeterminarse en su vida privada (Celotto 2005).

En relación directa al tema de este artículo, la *Corte costituzionale* ha reconocido la necesidad de que el legislador de manera coherente con los principios expresados en relación a la interrupción voluntaria de embarazo (decisión n. 27/1975) tome en consideración el interés de la procreación junto a los demás intereses involucrados (entre otros, la protección del embrión *in vitro*). Así, en la decisión n. 151 de 2009, donde se ha declarado la inconstitucionalidad de los límites a la aplicación de las técnicas de RHA contemplados por la ley 40/2004 (art. 14.2), la *Corte* ha reconocido que la protección garantizada por la ley al embrión *in vitro* no es absoluta, sino limitada por la exigencia de hallar un razonable balance con la

protección de las exigencias de procreación. Aunque no se refiera expresamente a la procreación como derecho es indudable que lo que la *Corte* define «exigencias de la procreación» encuentra protección constitucional específica y directa (D'Avack 2009, Casini 2009, Ferrando 2009, D'Amico, Pellizzone 2010).

Los mismos principios han sido confirmados en la sucesiva decisión n. 162 de 2014 a propósito de la prohibición absoluta de donación de gametos (art. 4 de la ley 40/2004). En esta sentencia, la *Corte* afirmó que la decisión de una pareja de ser padres y de formar una familia que tenga hijos constituye una expresión de la fundamental y general libertad de autodeterminación. Esta libertad según la *Corte* encuentra protección en los artículos 2, 3 y 31 de la Constitución puesto que atañe a la esfera privada y familiar. Por lo tanto, las limitaciones a esta libertad en especial modo cuando desde éstas deriva una prohibición absoluta de su ejercicio tienen que ser razonable y adecuadamente justificadas por la imposibilidad de proteger de otra forma intereses de igual valor constitucional (Penasa 2014).

Según la *Corte*, la decisión de tener o no tener hijos incluso tratándose de parejas afectadas por una esterilidad absoluta ha de ser incoercible –en la medida que no vulnere otros derechos constitucionales– ya que constituye la expresión de la esfera más íntima e inviolable de la persona humana (sentencia n. 162/2014). Además la ley 40 busca la protección de las exigencias de procreación que tienen que ser razonablemente armonizadas con los demás intereses implicados.

Por lo tanto parece incuestionable que las dos sentencias citadas reconozcan el valor constitucional del interés a la procreación a pesar de reconocerlo referido a la pareja (y no expresamente a la persona) y no utilizando expresamente el concepto de derecho a la procreación sino sólo las fórmulas «exigencias de procreación» (sentencia n. 151/2009) y «decisión [...] de ser padre» (sentencia n. 162/2014) que gozan de cobertura constitucional y tiene que encontrar adecuada protección en el marco de la RHA. A la luz de la citada jurisprudencia constitucional, este interés constitucionalmente protegido parece prevalecer, aunque de forma no absoluta, sobre los demás intereses y –como veremos– es fortalecido en cuanto sea utilizado junto a la necesidad de protección del derecho a la salud de las mujeres.

El derecho a la procreación parece encontrar una cobertura más formal y directa en la jurisprudencia del TEDH que lo deriva a través de la aplicación a este ámbito del derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 CEDH.

El TEDH, por lo tanto, ha venido desarrollando una teoría de la protección del derecho a la reproducción cuyo alcance se ha ido adecuando a los desarrollos producidos a nivel social y médico por la evolución técnico-científica. En el caso *Evans c. Reino Unido* (n. 6339/05, 2007; Ford 2008) se ha reconocido –bajo el art. 8 CEDH– el derecho al respeto de la decisión de tener o no tener hijos; esta protección ha sido gradualmente extendida al derecho al respeto de la decisión de ser padres genéticos (*Dickson c. Reino Unido*, 2007), y al derecho de la pareja de concebir un hijo y utilizar para esta finalidad las técnicas de RHA (*S.H. y otros c. Austria* 2011). El proceso de reconducción de la esfera reproductiva, también cuando se desarrolla a través de técnicas artificiales, al marco legal garantizado por el art. 8 CEDH ha llegado hasta reconocer el derecho de acceso a las técnicas de RHA y de diagnóstico preimplantacional en cuanto expresión del deseo (aspiración) de la pareja de concebir un hijo que no padezca una enfermedad genética de la cual sean portadores los padres (*Costa y Pavan c. Italia*, 2012).

La jurisprudencia mencionada parece demostrar la subsistencia –desde una perspectiva constitucional y convencional– de un derecho a la procreación que se expresa concretamente a través del acceso a las técnicas de RHA (Eijkholt 2010). Además hay que subrayar la preferencia de que gozan los derechos de las mujeres en especial si se considera la necesidad de que la protección de su esfera procreativa esté acompañada de la necesidad de proteger la salud de las mismas.

4. La ley 40/2004: ¿un tigre de papel? La ineludible reescritura de la ley por la jurisprudencia doméstica, constitucional y convencional

Enfrentado a este marco constitucional e internacional, el legislador italiano ha optado por una legislación muy cerrada y rígida (Casonato 2005) que ha sido objeto de masivas críticas por parte de la doctrina italiana y de numerosas sentencias –por parte de tribunales ordinarios, administrativos, constitucional e internacionales– que han ido redefiniendo el marco de aplicación y los límites originariamente introducidos por la ley 40/2004 (Ferrando 2011, 2013; Dolcini 2011, Agosta 2011).

Aunque no sea posible recurrir el proceso de lo que ha sido definido como «reescritura» de la ley por parte de la jurisprudencia italiana parece oportuno subrayar cómo la estructura normativa definida por la ley 40 se ha convertido en un “tigre de papel”, en cuanto todos los asuntos en donde la discrecionalidad del legislador ha sido mayormente ejercida para limitar el acceso a las técnicas en relación con las finalidades (transmisión de enfermedades genéticas, excluida por el art. 1 de la ley) y requisitos de acceso (esterilidad como única condición para el acceso, art. 1), técnicas admitidas (diagnóstico preimplantacional; donación de gametos, art. 4), límites a la aplicación de las técnicas (número de embriones producidos, modalidades de transferencia, art. 14), han sido reformados en un sentido más liberal y conforme a la Constitución.

En el apartado siguiente el análisis se centrará en los dos asuntos que más destacan al momento de develar el tajante alejamiento de la estructura legislativa originaria con el marco constitucional en la perspectiva de los derechos de las mujeres involucradas en las técnicas (diagnóstico preimplantacional y aplicación de las técnicas). Sin embargo, parece oportuno describir –aunque sea de forma sintética– cómo la intervención de la jurisprudencia ha influido en la efectiva aplicación de la ley en la mayoría de los contenidos de la ley 40.

Los derechos de las mujeres representan el eje central del desarrollo jurisprudencial de la ley: asumiendo un enfoque constitucionalmente orientado cuyo objetivo sea garantizar un razonable equilibrio entre los distintos intereses a la luz de la citada jurisprudencia constitucional, los jueces han interpretado las disposiciones de manera conforme a una protección adecuada y efectiva de las mujeres en su dimensiones física, moral y psíquica.

En relación al consentimiento informado, la ley afirma que la voluntad de la mujer de acceder a las técnicas de RHA puede ser revocada hasta el momento de la fecundación del óvulo (art. 6). De este modo, la pregunta que surge es si la eventual transferencia de embriones en contra de la voluntad de la mujer puede legitimarse por este artículo o se convertiría en un tratamiento sanitario forzoso no expresamente autorizado por la ley. De acuerdo con una interpretación literal de la ley («la voluntad puede ser retirada hasta el momento de la fecundación del óvulo», art. 6.3), los embriones producidos podrían transferirse en el útero aun en contra de la voluntad de la mujer (Casini *et al.* 2004). Sin embargo, esto vulneraría el artículo 32 de la Constitución que en su segundo párrafo establece que nadie puede ser forzado a recibir un tratamiento sanitario excepto cuando una ley lo prevea y que en ningún caso podrá violar los límites que impone el respeto de la persona humana.

La interpretación literal que habría puesto la disposición en una condición de potencial inconstitucionalidad fue rechazada tanto a nivel administrativo como judicial. Por un lado, en las directrices administrativas (*linee guida*) que han aplicado la ley 40 se ha aclarado que la transferencia de embriones en ningún caso podrá ser forzosa prevaleciendo en este caso la voluntad de la mujer o la necesidad de proteger su salud física y psíquica (Veronesi 2004). Por otro lado, a nivel jurisprudencial se ha afirmado que la admisibilidad, aunque abstracta, de una transferencia forzosa debe negarse cuando la mujer quiera revocar su

consentimiento, a la luz de una interpretación conforme a la Constitución de la disposición (Tribunal de Salerno, 2010). Esta postura ha sido ratificada por el Tribunal de Bologna (2009) que ha afirmado la existencia de un «derecho de la mujer de abandonar el embrión enfermo y de conseguir la transferencia solamente de los embriones sanos».

La jurisprudencia constitucional ha confirmado la validez de una interpretación que reconozca la centralidad de la persona de la mujer. En la sentencia n. 348/2008, la *Corte costituzionale* ha reconocido que «el consentimiento informado representa un derecho de la persona y se funda en los principios expresados por el art. 2 de la Constitución que tutela y fomenta los derechos fundamentales, y en los artículos 13, que afirma la inviolabilidad de la libertad personal, y 32» (citado precedentemente).

La exigencia de proteger de manera efectiva el derecho a la salud de la mujer ha sido determinante además para afirmar la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta de la donación de gametos, declarada por la *Corte costituzionale* en la decisión n. 162/2014 (Morrone 2014, Sorrenti 2014, D'Amico 2014, Tigano 2014).

La prohibición, desde esta perspectiva, vulnera la salud de la mujer y de la pareja, también en su dimensión psíquica, y sería discriminatoria en el sentido de que «la negación absoluta del derecho a la realización de la paternidad, a la formación de una familia con hijos, con incidencia en el derecho a la salud, es establecida por la ley en perjuicio de aquellas parejas afectadas por las patologías de mayor gravedad». En esta sentencia, la *Corte costituzionale* confirma el principio según el cual «la noción de patología, incluso psíquica, su incidencia en el derecho a la salud y la existencia de prácticas terapéuticas idóneas a su protección tienen que verificarse a la luz de evaluaciones reservadas a la ciencia médica» ya que en este ámbito la regla básica con la cual también el legislador tiene que cumplir es la autonomía y la responsabilidad del médico que de acuerdo con el consentimiento del paciente actúa en conformidad con los mejores estándares profesionales (decisión n. 282/2002). Según la *Corte*, la imposibilidad provocada por la ley de formar una familia con hijos junto a su pareja a través de la donación de gametos para terceros incide negativamente en la salud de la mujer (y de su pareja) vulnerándola en su dimensión psíquica.

En relación a los criterios legislativos de aplicación de las técnicas de RHA, la exigencia de garantizar de manera adecuada la dimensión física de la salud de la mujer ha sido decisiva para la declaración de inconstitucionalidad de los límites introducidos por el artículo 14 de la ley 40/2004: el número máximo de embriones producibles –tres– y la obligación de transferir todos los embriones producidos a través de una única y contemporánea implantación. En la sentencia n. 151/2009, la *Corte costituzionale* ha reconocido cómo estos límites vulneran el derecho a la salud de la mujer en cuanto éstos, rigidamente determinados por el legislador, no reconocen al médico la posibilidad de evaluar, conforme al nivel de conocimiento técnico-científico alcanzado, cada caso concreto, para determinar cada vez el número de embriones que deben ser transferidos, y que sea idóneo para asegurar un intento serio de procreación asistida reduciendo al mínimo el riesgo para la salud de la mujer y del feto (Veronesi 2009, Casini 2009, Trucco 2010).

Para garantizar un éxito razonable de los tratamientos y una protección adecuada de la salud de la mujer es necesario reconocer un espacio donde la autonomía del médico responsable del tratamiento y la voluntad de la mujer puedan expresarse sin encontrar una intromisión ilegítima del legislador: este último debe respetar los límites que impone a su discrecionalidad los descubrimientos científicos y experimentales (*Corte Cost.*, n. 151/2009; n. 282/2002. Véase Spadaro 1994, Gemma 2005, Bin 2005, Penasa 2009, Pin 2012, Casonato 2012).

Por último, la *Corte costituzionale* ha fundado en el art. 32 junto con el art. 3 de la Constitución, la inconstitucionalidad de la prohibición del acceso a las técnicas con

diagnóstico preimplantacional prevista por parejas fértiles pero afectadas por graves patologías genéticas hereditarias que pueden transmitirse al *nasciturus* (decisión n. 96/2015; Malfatti 2015). Esta prohibición configura, de acuerdo con la *Corte*, la violación de la salud de la mujer afectada por una grave patología genética hereditaria, en cuanto no admite –aunque sea científicamente posible– el conocimiento previo de una información, a saber, el estado de salud de los embriones producidos que después de la transferencia del embrión en el útero permite acceder a la interrupción voluntaria de embarazo. Además, la limitación al derecho a la salud no encuentra «un contrapeso adecuado en términos de balance en una exigencia de protección del *nasciturus* que sería sometido en cualquier caso al riesgo de aborto» (*Corte cost.*, 96/2015). Por lo tanto, las finalidades originarias de la ley han sido ampliadas al punto de legitimar el acceso de parejas fértiles exclusivamente para la previa individuación de embriones que no padezcan la enfermedad genética que pueda ser transmitida por parte de los padres, cuando ésta conlleve el riesgo grave de relevantes anomalías o malformaciones.

Esta digresión ha permitido subrayar la centralidad de un elemento fundamental, desde la perspectiva constitucional en el ámbito de la regulación de las técnicas de RHA: la necesidad de proteger de forma adecuada el derecho a la salud y, de forma menor, el derecho a la procreación de las mujeres que deciden someterse a estas técnicas. Sin embargo, el legislador italiano ha sacrificado la protección efectiva y adecuada de estos derechos y ha pretendido reconocer una tutela prevalente al “concebido” (art. 1 de la ley 40/2004, Cricenti 2010, Rescigno 2011). Esta finalidad definida como meramente simbólica por la misma *Corte costituzionale* (decisión n. 48/2005) ha determinado una rígida estructura normativa en donde la necesidad de proteger la salud de la mujer y, en consecuencia, la calidad y la eficacia de los tratamientos suministrados ha sido “sacrificada” frente a la defensa de una concepción tradicional de familia y de procreación y del bien jurídico “embrión”¹. Todo esto se ha revelado jurídicamente insostenible causando una reacción jurisprudencial fundada en la citada jurisprudencia constitucional.

5. Tomando en serio la Ley 40 (y los derechos de la mujer): reproducción y salud en la aplicación de la ley. El caso del diagnóstico preimplantacional

Un ejemplo paradigmático del papel desarrollado a nivel jurisprudencial por la exigencia de garantizar el derecho a la salud de las mujeres (no cumplida de manera adecuada por el legislador) está representada por la regulación de la posibilidad de acceder a las técnicas de RHA junto al diagnóstico preimplantacional para detectar la transmisión de enfermedades genéticas a los embriones producidos (Agosta 2012, Falletti 2013, Liberali 2014, Iadecicco 2015).

Esta técnica que encuentra una regulación formal en la mayoría de los ordenamientos europeos (McLean, Elliston 2012) no está explícitamente regulada en la ley italiana. En la ley 40/2004 se prohíbe, por un lado, cualquier experimentación en el embrión humano y toda selección de carácter eugenésico de gametos o embriones que no tenga finalidades diagnósticas o terapéuticas en favor del mismo embrión (art. 13; Chieffi 2006); por otro lado, se autoriza a la pareja a ser informada acerca del número y –en particular– del estado de salud de los embriones producidos *in vitro* (art. 14; Casini *et al.* 2008, La Rosa 2011, críticamente, Gorgoni 2008).

Frente a disposiciones tan contradictorias, al menos literalmente, la búsqueda judicial de una interpretación que pueda garantizar una aplicación lo más razonable y constitucionalmente conforme de la ley ha representado un resultado “inevitable”: dentro de esta trayectoria hermenéutica, el papel desarrollado por la protección de la salud de las mujeres ha sido fundamental. Un breve análisis de las decisiones en esta materia parece confirmar lo señalado.

¹ Casonato (2005, p. 32) habla de la ley 40 en términos de “procreación jurídicamente obstaculizada”.

La admisibilidad del diagnóstico preimplantacional ha sido reconocida por primera vez por el Tribunal de Cagliari (2007) en favor de parejas estériles y portadores de enfermedades genéticamente transmisibles. Junto a otros motivos, el acceso a esta técnica diagnóstica ha sido autorizado para garantizar el derecho a la plena conciencia de los tratamientos sanitarios proporcionados, en conformidad con el artículo 6 de la ley 40, en donde se afirma que antes de la aplicación de las técnicas y en cada fase del tratamiento el médico tiene que informar de manera detallada a la mujer «acerca de los posibles efectos sanitarios y psicológicos colaterales que puedan derivar de la aplicación de las técnicas, las probabilidades de éxito y los riesgos».

Junto al derecho de la pareja de ser informada sobre el estado de salud de los embriones, esta disposición ha sido interpretada por el juez como expresión del derecho al consentimiento informado a los tratamientos sanitarios: la transferencia en el útero del embrión es un tratamiento sanitario que necesita de una información exhaustiva y que debe comprender también el número y el estado de salud de los embriones. La negación de esta técnica-diagnóstico cuando haya sido solicitada por la pareja o la mujer impediría una información adecuada que es indispensable para un embarazo responsable y para la protección de la salud gestacional de la mujer: de hecho según el Tribunal la transferencia de un embrión conlleva ciertos riesgos para la salud donde el nivel de riesgo está determinado por el número y el estado de salud de los embriones.

Por lo tanto, frente al interés prevalente de la mujer respecto a su salud física y psíquica, la finalidad legislativa de máxima protección del embrión tiene que detenerse: la autorización al acceso al diagnóstico representa un instrumento para garantizar una información adecuada a la mujer para la mejor protección de su salud a la luz del nivel alcanzado por los conocimientos médico-científicos.

Adoptando la misma perspectiva, la jurisprudencia ha venido autorizando esta técnica diagnóstica también para aquellas parejas que aunque fértiles sean portadores de enfermedades genéticas transmisibles. En particular, el Tribunal de Salerno (2010, Pellizzone 2008, D'Avack 2010) fundándose también en la necesidad de garantizar el derecho a la procreación ha reconocido que el derecho a la salud sería irremediablemente vulnerado si el acceso a las técnicas de RHA junto al diagnóstico preimplantacional fuera prohibido a estas parejas. A la luz del art. 32 de la Constitución, el artículo 13 de la ley ha sido interpretado en el sentido de que este tipo de diagnóstico puede ser autorizado con la consiguiente transferencia de los embriones no portadores de la enfermedad padecidas por los padres: la realización del diagnóstico resulta funcional a la realización del interés de la pareja de obtener una información adecuada sobre el estado de salud del embrión.

En este caso, el objetivo constitucionalmente garantizado de proteger la salud de la mujer garantizándole el nivel más adecuado de información relacionada a los tratamientos lleva al juez a una interpretación extensiva de las finalidades declaradas por la ley, sobrepasando el requisito de la esterilidad como única condición para el acceso a las técnicas (art. 4): el derecho a la salud por lo tanto legitima al juez para adoptar una interpretación constitucionalmente conforme que incide de manera evidente en el texto de la ley (Ciolli 2012) que se refiere a la esterilidad de la pareja como motivo exclusivo de acceso a las técnicas.

La trayectoria jurisprudencial ha llevado el Tribunal de Cagliari (9 de noviembre de 2012, Vallini 2013, Ferrando 2013) a reconocer una conexión directa entre derecho al consentimiento informado de la mujer (reconocido por la *Corte costituzionale* como derecho de la persona que se pone cual síntesis del derecho a la autodeterminación y a la salud) y el diagnóstico preimplantacional: esta técnica deberá detectar las condiciones de salud de los embriones que puedan afectar la integridad psico-física de la mujer. Desde esta perspectiva, la transferencia de los embriones que no sean portadores de la misma patología genética de la pareja no configura un caso de eugenesia (prohibida por el artículo 13) sino una práctica

destinada a determinar la existencia de un grave riesgo para la salud psico-física de la mujer relacionado también a relevantes anomalías del embrión, y funcional a la decisión de evaluar los efectos del estado de salud del embrión sobre la salud de la misma, sobre una decisión que pertenece únicamente a la mujer.

Finalmente, el Tribunal de Roma (2013) consolidando de manera explícita la postura judicial citada ha reconocido que el derecho de la pareja a ser informada sobre el estado de salud de los embriones (art. 14) está destinado a garantizar su consentimiento a la transferencia de los embriones, en virtud del principio constitucional de necesidad del consentimiento previo a cualquier tratamiento sanitario. El derecho de decidir prestar o no su consentimiento comprende tanto el derecho al diagnóstico como el derecho a rechazar los embriones “enfermos”: esta práctica resulta funcional para garantizar el derecho a la autodeterminación de los sujetos (en primer lugar de la mujer) y el derecho a la salud de ésta, puesto que los embriones afectados por graves enfermedades genéticas pueden determinar seriamente una «prosecución patológica del embarazo o provocar un aborto espontáneo, exponiendo así a un grave riesgo la salud física y psíquica de la mujer».

La selección de los embriones se convierte a la luz de una interpretación conforme a la Constitución en una medida de protección de la salud de la mujer, en su sentido psico-físico, y en íntima conexión con su derecho a la autodeterminación en el ámbito médico que se expresa en un consentimiento que para ser efectivamente informado y consciente debe fundarse también en esta información. Todos estos razonamientos de acuerdo con la reciente jurisprudencia de la *Corte costituzionale* (decisión n. 96/2015) garantizan un razonable equilibrio con los demás intereses involucrados, ante todo los del embrión. La apertura a favor del diagnóstico no ha sido reconocida de manera absoluta volviéndose en un derecho al “hijo sano” que no puede encontrar protección en el marco constitucional (véase también el TEDH en la decisión Costa y Pavan c. Italia, 2012; Tripodina 2013).

Al contrario, la legitimidad de esta técnica se funda en la distinción entre el derecho al “hijo sano” y el derecho –expresión del derecho a la salud y la autodeterminación en el ámbito médico de la mujer (y de su pareja)– a ser informado sobre la salud de los embriones producidos, y a decidir bajo las indicaciones proporcionadas por los profesionales de salud a la luz del estado de los conocimientos médico-científicos, los embriones que van a ser transferidos tomando en cuenta también los efectos en términos de salud psico-física de la mujer y del *nasciturus*.

El panorama jurídico-constitucional descrito ha sido definido de manera concluyente por la *Corte costituzionale* que ha venido incorporando la jurisprudencia consolidada a nivel judicial extendiendo el acceso a parejas fértiles portadores de enfermedades genéticas y admitiendo para evitar la transmisión a los *nascituri*, el diagnóstico preimplantacional. Sin embargo, la *Corte* ha reconocido la necesidad de una intervención del legislador para que la aplicación de esta técnica diagnóstica sea regulada de manera cierta y general. En particular, la citada decisión n. 96/2015 identifica tres aspectos que tendrán que ser regulados a través de una reforma legislativa: la indicación de las patologías que puedan justificar el acceso a las técnicas de RHA; de los procedimientos para comprobar la existencia de las patologías; y finalmente, las medidas de autorización y control de las estructuras capacitadas para efectuar el diagnóstico.

La *Corte costituzionale* se ha referido sin mencionar un ordenamiento nacional específico a las experiencias normativas que caracterizan el entorno jurídico europeo como modelo que el legislador italiano puede tener en cuenta a la hora de modificar su legislación. En este sentido, el ordenamiento español considerando que pertenece a la misma cultura jurídica y la similitud de los contextos constitucionales podría ser tomado como paradigma por el legislador italiano. La ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida autoriza el diagnóstico preimplantacional exclusivamente para detectar la existencia de «enfermedades

hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia» y «de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión» (Osuna Carrillo de Albornoz, Martínez 2007, Verdera Izquierdo 2007). Además, la ley precisa que «la aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad (...) requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso».

De iure condito, una posibilidad para actuar las indicaciones de la *Corte costituzionale* podría consistir en elaborar unas directrices administrativas a nivel ministerial de acuerdo con lo previsto por la misma ley 40 (art. 7). A través de estas directrices desarrolladas a la luz de un informe del organismo técnico-científico competente (el *Istituto Nazionale di Salute*), la autoridad ministerial podría aprobar una lista o, en conformidad con el modelo español, unos criterios generales para individuar las enfermedades que puedan autorizar el acceso a las técnicas y al diagnóstico preimplantacional así como los requisitos de autorización y control de las estructuras capacitadas. Sin embargo, aunque unas directrices administrativas podrían garantizar una adecuada flexibilidad para permitir la adaptación periódica de la lista o de los criterios a la constante evolución técnico-científica (así como requerido por la misma *Corte* en la sentencia citada), una reforma legislativa parece necesaria puesto la relevancia constitucional de los intereses individuales involucrados –principalmente, aunque no exclusivamente, el derecho a la salud de la mujer– cuya protección requiere medidas de naturaleza legislativa formal.

6. Conclusión: la exigencia de protección de los derechos de la mujer como fundamento de la reescritura jurisprudencial de la ley 40

El análisis desarrollado ha puesto de manifiesto cómo la regulación italiana en esta materia ha sido objeto de una evidente intervención de la jurisprudencia en su contenido original: esto se ha provocado tanto a través de una interpretación conforme a la Constitución del texto de la ley (por ejemplo, admitiendo la posibilidad para parejas no estériles de acceder a las técnicas, a fin de utilizar el diagnóstico preimplantacional para detectar la presencia en el embrión de enfermedades genéticamente transmisibles), como a través de la declaración de inconstitucionalidad por parte de la *Corte costituzionale* (límites a la aplicación de las técnicas; prohibición absoluta de donación de gametos; admisibilidad del diagnóstico preimplantacional).

En todas las ocasiones en las cuales la legitimidad de la ley 40 ha sido cuestionada, la exigencia de protección de los derechos de las mujeres usuarias de las técnicas ha sido determinante para orientar el ejercicio de la discrecionalidad de los jueces ordinarios y constitucionales. La aplicación concreta de la ley ha demostrado que el objetivo de cumplir con el deber constitucional de garantizar de manera efectiva y adecuada los derechos de las mujeres puede limitar la discrecionalidad del legislador, cuando quiera regular la aplicación de las técnicas de RHA en vista de la protección de intereses concomitantes, como del embrión *in vitro*.

El derecho a la salud, y de forma subsidiaria el derecho a la autodeterminación en el ámbito reproductivo, representa la clave principal utilizada en la operación de reescritura jurisprudencial de la ley, orientada a garantizar la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales.

La necesidad de protección de la salud de las mujeres ha sido utilizada como parámetro por la *Corte costituzionale* en la decisión que ha declarado la inconstitucionalidad de los límites a la aplicación de las técnicas, ya que la predeterminación legislativa del número y modalidad de transferencia de los

embriones –impidiendo al médico la evaluación del tratamiento más apropiado en relación a las características personales de cada usuaria– vulneraba desproporcionadamente la salud de la mujer (sentencia n. 151/2009). También en anular la prohibición de donación de gametos la Corte ha fundado su decisión en la necesidad de garantizar la dimensión psíquica de la salud de la mujer, ya que la imposibilidad –provocada por la naturaleza absoluta de la prohibición– de formar una familia con hijos junto a su pareja, a través de las técnicas de tipo heterólogo puede incidir negativamente en la salud de la pareja (sentencia n. 162/2014). Una trayectoria análoga ha sido desarrollada por parte de los tribunales para afirmar la admisibilidad del diagnóstico preimplantacional y, como se ha expuesto arriba, del acceso a las técnicas de parejas no estériles a esta finalidad.

Además, como ha aclarado el análisis de la jurisprudencia, ordinaria o constitucional, el legislador italiano ha interferido de manera desproporcionada en la autodeterminación de la mujer en el ámbito médico y reproductivo limitando excesivamente la autonomía profesional del médico al cual la ley (en su versión original) impedía seleccionar las modalidades de aplicación de aquellas de manera conforme al estado de salud y condiciones psico-físicas de la mujer y a los estándares médicos consolidados en la *lex artis*.

El legislador, por lo tanto, ha limitado irrazonablemente los derechos de las mujeres que acceden –o aspiran acceder a las técnicas de RHA, en particular, el derecho a la salud–. Esto releva tanto como derecho a la integridad psico-física y a obtener tratamientos sanitarios en conformidad con los mejores estándares de la profesión y de los conocimientos técnico-científicos, como derecho a decidir acerca de los tratamientos proporcionados bajo todas las informaciones –incluido el número y el estado de salud de los embriones– que resulten relevantes y puedan influir negativamente sobre su estado psico-físico, en cuanto expresión del derecho al consentimiento informado, libre y consciente (sobre el rol del derecho a la salud de la mujer en este ámbito, Repetto 2013). Aunque de manera no absoluta, los derechos de las mujeres, en especial su integridad psico-física, autodeterminación y salud, deben gozar a nivel legislativo de una prevalente protección sobre los demás intereses incluso del embrión *in vitro*.

En conclusión, el legislador encuentra un rígido límite a su discrecionalidad en la exigencia de reconocer un espacio adecuado a la autonomía de los sujetos en particular las mujeres en tanto destinatarias de los tratamientos sanitarios pero también de los médicos limitando en consecuencia su ámbito de intervención y garantizando un adecuado nivel de protección de los derechos afectados, y fundando las decisiones políticas en datos técnico-científicos apropiados y verificados que se añaden –sin suplantarlos– a elementos de carácter político, axiológico u social.

Referencias

- Abellán-García Sánchez F., 2011. *Derecho a la procreación*. En: C. M. Romeo Casabona, dir. *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada: Comares, 571-577.
- Agosta, S., 2011. Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione. *Forum di Quaderni Costituzionali* [en línea]. Disponible en: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0271_agosta.pdf [Acceso 17 febrero 2017].
- Agosta, S., 2012. *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio vita*. Tomo I. Milano: Giuffrè.
- Bin, R., 2002. *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*. *Le Regioni*, 6, 1445-1449.

- Bin, R., 2006, *La Corte e la scienza. En: A. D'Aloia, ed. Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino: Giappichelli, 1-22.
- Bin, R., 2013. *+A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*. Milano: FrancoAngeli.
- Canestrari, S., et al., eds., 2011. *Il governo del corpo*. Milano: Giuffrè.
- Cappelletti, M., 1984. *Giudici legislatori?*. Milano: Giuffrè.
- Casini, C., Casini, M., Di Pietro, M.L., 2008. La legge n. 40/04 e la diagnosi genetica di pre-impianto nelle decisioni di Cagliari e Firenze. *Medicina e morale*, 1, 35-66.
- Casini, C., Di Pietro, M.L., Casini, M., 2004. La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 489-533.
- Casini, M., 2009. La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3, 1033-1045.
- Casonato, C., 2005. *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo. En: E. Camassa, C. Casonato. La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*. Università degli studi di Trento, 13-40.
- Casonato, C., 2012. *Introduzione al biodiritto*. 3ª ed. Torino: Giappichelli.
- Celotto, A., 2005. *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili di costituzionalità. En: La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*. Milano: Corriere della sera, 59-76.
- Chieffi, L., 2006. La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile. *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 4713-4737.
- Ciolfi, I., 2012. Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione. *Rivista AIC*, 1, 1-11.
- Conti, R., 2014. *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*. Roma: Aracne.
- Cricenti, G., 2010. Breve critica della soggettività del concepito. I "falsi diritti" del nascituro. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1, 465-477.
- D'Aloia, A., 2012. *Biodiritto oltre lo Stato. En: U. Pomarici, ed. Atlante di filosofia del diritto*, vol. II. Torino: Giappichelli, 37-95.
- D'Aloia, A., Torretta, P., 2011. *La procreazione come diritto della persona. En: S. Canestrari, et al., eds. Il governo del corpo*, II. Milano: Giuffrè, 1341-1371.
- D'Amico, G., 2008. *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*. Messina: SGB.
- D'Amico, G., 2014. La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014. *Forum di Quaderni costituzionali, Novità dal Forum – Rassegna* [en línea], 7, PP-PP. Disponibile en: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2013/05/0028_nota_162_2014_damico.pdf [Acceso 18 febrero 2017].
- D'Amico, M., Pellizzone, I., 2010. *I diritti delle coppie infertili*. Milano: FrancoAngeli.
- D'Avack, A., 2009. La Consulta orienta la legge sulla PMA verso la tutela dei diritti della madre. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3, 1021-1033.

- D'Avack, L., 2010. L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 1737-1760.
- Dolcini, E., 2011. La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 428-457.
- Eijkholt, M., 2010. *The Right to Found a Family as a Stillborn Right to Procreate?*. *Medical Law Review*, 18 (2), 127-151.
- Falletti, E., 2013. La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea. *Il Corriere giuridico*, 2, 234-242.
- Ferrando, G., 2009. Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri. *Corriere giuridico*, 26 (9), 1213-1224.
- Ferrando, G., 2011. *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*. *Famiglia e diritto*, 5, 520-525.
- Ferrando, G., 2013. Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 29 (1), 20-31.
- Ford, M., 2008. *Evans v. United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy?* *Human Rights Law Review*, 8 (1), 171-184.
- Gemma, G., 2005. Giurisprudenza costituzionale e scienza medica. *En: A. D'Aloia, ed. Bio-tecnologie e valori costituzionali. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*. Torino: Giappichelli, 31-94.
- Gómez Sánchez, Y., 1994. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
- Gorgoni, A., 2008. Il diritto alla diagnosi preimpianto dell'embrione. *Famiglia, persone e successioni*, 7, 605-619.
- Grabenwarter, C., Krauskopf, B., 2012. S.H. and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law. *Quaderni costituzionali*, 1, 155-158.
- Gusmai, A., 2015. *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*. Bari: Cacucci.
- Iadicicco, M.P., 2015. La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti. *Quaderni costituzionali*, 2, 325-350.
- La Rosa, S., 2011. La diagnosi genetica preimpianto: un problema ancora aperto. *Famiglia e Diritto*, 8-9, 839-851.
- Liberali, B., 2014. La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale. *Rivista AIC* [en linea], 2. Disponibile en: <http://www.rivistaaic.it/download/kKn2YYEjuzohEvS2KLATehs3h66hUu6wmGgK2EjcNY/2-2014-liberali.pdf> [Acceso 18 febrero 2017].
- Malfatti, E., 2015. La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile. *Consulta Online* [en linea], 2, 533-537. Disponibile en: <http://www.giurcost.org/studi/malfatti2.pdf> [Acceso 18 febrero 2017].
- McLean, S., Elliston, S., eds., 2012. *Regulating Pre-implantation Genetic Diagnosis: A Comparative and Theoretical Analysis*. Abingdon, Oxon [UK]; New York, NY: Routledge.

- Morrone, A., 2014. Ubi scientia ibi iura. *Consulta online* [en línea]. Disponible en: <http://www.giurcost.org/studi/morrone0.pdf> [Acceso 18 febrero 2017].
- Osti, A., 2012. La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo «indietro» per riaffermare la legittimazione della Corte europea. *Quaderni costituzionali*, 1, 159-164.
- Osuna Carrillo de Albornoz, E., Andreu Martínez, B., 2007. *Artículo 12. Diagnóstico preimplantacional*. En: J.A. Cobacho Gómez, dir. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 435-461.
- Pellizzone, I., 2008. Fecondazione assistita e interpretazione conforme a costituzione. Quando il fine non giustifica i mezzi. *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 552-564.
- Penasa, S., 2009. La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale. *Quaderni costituzionali*, 4, 817-841.
- Penasa, S., 2013. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 1, 235-270.
- Penasa, S., 2014. Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. *Forum di Quaderni costituzionali*, 6, 1-12.
- Penasa, S., 2015. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Pin, A., 2012. Per chi suona la campana (della Corte)? *Quaderni costituzionali*, 2, 313-337.
- Repetto, G., 2013. "Non di sola CEDU..." La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa. *Diritto pubblico*, 1, 131-165.
- Rescigno, P., 2011, *La nascita*. En: S. Canestrari, et al., eds. *Il governo del corpo*. Milano: Giuffrè, 1735-1948.
- Rodotà, S., 1995. *Tecnologie e diritto*. Bologna: il Mulino.
- Rodotà, S., 2006. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli.
- Romeo Casabona, C.M., 2009. *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Romero Pareja, A., 2007. El derecho a la reproducción asistida. *Revista Jurídica del Notariado*, 63, 283-313.
- Ruggeri, A., 2000. Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale. *Diritto e società*, 4, 567-611.
- Silvestri, G., 1985. *Poteri dello stato (divisione dei)*. En: *Enciclopedia del diritto*, XXXIV. Milano: Giuffrè.
- Sorrenti, G., 2014. Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014). *Consulta on line* [en línea]. Disponible en: <http://www.giurcost.org/studi/sorrenti3.pdf> [Acceso 17 febrero 2017].
- Spadaro, A., 1994. *Contributo per una teoria della Costituzione*, I. Milano: Giuffrè.
- Tigano, V., 2014. La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro. *Diritto penale*

contemporaneo [en línea], 13 junio. Disponible en:
<http://www.penalecontemporaneo.it/d/3141-la-dichiarazione-di-illegittimita-costituzionale-del-divieto-di-fecondazione-eterologa-i-nuovi-conf> [Acceso 17 febrero 2017].

- Tripodina, C., 2008. *Art. 32. En: R. Bin, S. Bartole. Commentario breve alla Costituzione*. Padova: CEDAM, 321.
- Tripodina, C., 2012, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*. En: M. Cavino, C. Tripodina, eds. *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*. Milano: Giuffrè, 41-82.
- Tripodina, C., 2013. *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa "Costa et Pavan vs Italia")*. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 923-940.
- Trucco, L., 2010. *Procreazione assistita: la Consulta questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*. *Giurisprudenza italiana*, 2, 281-289.
- Vallini, A., 2013. *La diagnosi preimpianto è un diritto*. *Corriere Merito*, 4, 431-436.
- Verdera Izquierdo, B., 2007. *Artículo 12. Diagnóstico preimplantacional*. En: O. Monje Balsameda, coord. *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo*, Madrid, 189-202.
- Veronesi, P., 2004, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*. *Studium Juris*, 11, 1356-1360.
- Veronesi, P., 2007. *Il corpo e la Costituzione*. Milano: Giuffrè.
- Veronesi, P., 2009. *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*. *Quaderni costituzionali*, 3, 591-618.
- Violini, L., 2002. *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*. *Le Regioni*, 6, 1450-1461.
- Zagrebelsky, G., 1992. *Il diritto mite*. Milano: Einaudi.

Jurisprudencia

Corte costituzionale italiana

- Decisión n. 27 de 1975
- Decisión n. 347 de 1998
- Decisión n. 332 de 2000
- Decisión n. 282 de 2002
- Decisión n. 48 de 2005
- Decisión n. 348 de 2008
- Decisión n. 151 de 2009
- Decisión n. 162 de 2014
- Decisión n. 96 de 2015

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

- Evans c. Reino Unido, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 10 de abril de 2007 (n. 6339/05) [en línea]. Disponible en:
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046> [Acceso 20 de febrero de 2017].

Dickson c. Reino Unido, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 4 de diciembre de 2007 (n. 44362/04) [en línea]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83788> [Acceso 27 febrero 2017].

S.H. y otros c. Austria, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 3 de noviembre de 2011 (n. 57813/00) [en línea]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325> [Acceso 27 febrero 2017].

Costa y Pavan c. Italia, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Segunda Sección, 28 de agosto de 2012 (n. 54270/10). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112993> [Acceso 27 febrero 2017].

Tribunales ordinarios italianos

Tribunal de Cagliari (24 de septiembre de 2007)

Tribunal de Salerno (9 de enero de 2010)

Tribunal de Bologna (29 de junio de 2009)

Tribunal de Cagliari (9 de noviembre de 2012)

Tribunal de Roma (23 de septiembre de 2013)