



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La jurisprudencia bioética del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: aborto, reproducción y eutanasia

Alonso Pino Ávila



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – SenseObraDerivada 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – SinObraDerivada 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Filosofía del Derecho

**LA JURISPRUDENCIA BIOÉTICA DEL
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS: ABORTO, REPRODUCCIÓN Y
EUTANASIA**

Director: Dr. Ricardo García Manrique
Tutora: Dra. María Casado González

Alonso Pino Ávila
Barcelona, 2022

RESUMEN

Los derechos al aborto, a la reproducción asistida y a la eutanasia han sido reclamados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a lo largo de las últimas décadas. Las respuestas que el TEDH ha dado a estas reclamaciones permiten identificar una doctrina jurisprudencial sobre tales derechos, y ello a pesar de que no aparezcan ni en la letra del Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en la del Convenio de Oviedo, ni en sus protocolos adicionales.

El TEDH ha tenido que mediar entre las demandas de reconocimiento y garantía de estos nuevos derechos bioéticos, formuladas por los particulares, y la reclamación de respeto a la soberanía estatal en su regulación, alegada por los Gobiernos. Su respuesta ha sido la elaboración de una doctrina preferentemente procedimental que otorga un amplio margen de apreciación a los Estados, a la hora de reconocer los nuevos derechos, al mismo tiempo que les exige la garantía efectiva de aquellos derechos que hayan sido establecidos por el ordenamiento estatal.

La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho al aborto y el derecho a la eutanasia presenta problemas de incoherencia, como consecuencia del paradigma adoptado, desde el que exige cumplir con obligaciones procedimentales a las que no corresponde un derecho sustantivo, o solo de una manera teórica, pero inefectiva. Por su parte, la jurisprudencia sobre reproducción asistida sí reconoce alguna obligación sustantiva, en relación con el reconocimiento de la filiación biológica derivada de una gestación subrogada, pero sin dejar de plantear también problemas de incoherencia.

Esta inconsistencia doctrinal es un resultado poco satisfactorio desde un punto de vista teórico, pero comprensible desde una aproximación pragmática que pretende avanzar en el reconocimiento y la garantía de los nuevos derechos en colaboración con los Estados, pues hacerlo en su contra resultaría finalmente contraproducente. El TEDH ha asumido de manera consciente que esta aproximación es la manera más realista y eficaz de proteger los nuevos derechos bioéticos.

Este trabajo pretende mostrar los aciertos y los errores del TEDH en la construcción de su jurisprudencia bioética, así como proponer soluciones a algunos de los problemas de incoherencia que presenta.

RESUM

Els drets a l'avortament, a la reproducció assistida i a la eutanàsia han estat reclamats davant el Tribunal Europeu de Drets Humans al llarg de les últimes dècades. Les respostes que el TEDH ha ofert a aquestes reclamacions fan possible identificar una doctrina jurisprudencial sobre aquests drets, malgrat que no hi apareguin ni a la lletra del Conveni Europeu de Drets Humans ni a la del Conveni d' Oviedo, ni a cap dels seus protocols addicionals.

El TEDH ha resolt el conflicte entre les demandes de reconeixement i garantia d'aquests nous drets bioètics, formulades pels particulars, i la reclamació de respecte a la sobirania estatal en la seva regulació, al·legada pels Governos. La seva resposta ha estat la elaboració d'una doctrina preferentment procedimental que atorga un ample marge d'apreciació als Estats, en quant al reconeixement dels nous drets, alhora que els exigeix una garantia efectiva d'aquells drets que hagin sigut establerts per l'ordenament estatal.

La jurisprudència del TEDH sobre el dret a l'avortament i el dret a la eutanàsia presenta problemes de incoherència, com a conseqüència del paradigma adoptat, a partir del qual exigeix acomplir amb obligacions procedimentals a les que no correspon cap dret substantiu, o només d'una manera teòrica, però inefectiva. Per la seva part, la jurisprudència sobre reproducció assistida sí reconeix alguna obligació substantiva, en relació amb el reconeixement de la filiació biològica derivada d'una gestació subrogada, però sense deixar de plantejar també problemes de incoherència.

Aquesta inconsistència doctrinal no és un resultat gaire satisfactori des d'un punt de vista teòric, però sí comprensible des d'una aproximació pragmàtica que pretén avançar en el reconeixement i la garantia dels nous drets en col·laboració amb els Estats, ja que fer-ho en contra resultaria finalment contraproduent. El TEDH ha assumit de manera conscient que aquesta aproximació és la manera més realista i eficaç de protegir el nous drets bioètics.

Aquest treball pretén mostrar els encerts i els errors del TEDH en la construcció de la seva jurisprudència bioètica, així com proposar solucions a alguns dels problemes de incoherència que presenta.

ABSTRACT

The rights to abortion, assisted reproduction and euthanasia have been claimed before the European Court of Human Rights over the last few decades. The ECtHR's responses to these claims allow us to identify a case law doctrine on these rights, despite the fact that they do not appear in either the European Convention on Human Rights or the Oviedo Convention and its additional protocols.

The ECtHR has had to mediate between the demands for recognition and guarantee of these new bioethical rights, formulated by individuals, and the claim to respect state sovereignty in their regulation, alleged by governments. Its response has been the development of a preferably procedural doctrine that grants a wide margin of appreciation to states when recognising the new rights, while at the same time requiring them to effectively guarantee those rights that have been established by the domestic legal system.

The ECtHR's case law on the right to abortion and the right to euthanasia presents problems of inconsistency, as a consequence of the paradigm adopted, from which it demands compliance with procedural obligations that do not correspond to a substantive right, or only in a theoretical but ineffective manner. For its part, the case law on assisted reproduction does recognise some substantive obligation in relation to the recognition of biological filiation derived from surrogacy, but it also raises problems of inconsistency.

This doctrinal inconsistency is an unsatisfactory result from a theoretical point of view, but understandable from a pragmatic approach that seeks to advance in the recognition and guarantee of the new rights in collaboration with the states, as to do so against them would ultimately be counterproductive. The ECtHR has consciously assumed that this approach is the most realistic and effective way of protecting the new bioethical rights.

This work aims to show the ECtHR's rights and wrongs in the construction of its bioethical case law, as well as to propose solutions to some of its inconsistencies.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL	15
CAPÍTULO I: EL DERECHO AL ABORTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	23
Introducción	23
I.1. El aborto como derecho humano inexistente	24
I.1.1. La interpretación literal del Convenio	24
I.1.2. La interpretación evolutiva y progresista del Convenio	28
I.1.2.1. Un progresivo reconocimiento estatal del derecho al aborto	30
I.1.2.2. Argumentos contrarios al reconocimiento del derecho al aborto	32
I.1.3. La jurisprudencia del TEDH sobre el aborto	40
I.1.3.1. La negativa del TEDH a reconocer un derecho al aborto sustantivo	45
I.1.3.2. Las esperanzas de la doctrina favorable al aborto	49
I.2. Ponderación entre los derechos de la mujer y del hombre: un paradigma procesal	52
I.2.1. La categoría jurídica de víctima como ejemplo de noción autónoma	54
I.2.1.1. Una noción de víctima diferente para el hombre y para la mujer	57
I.2.1.2. Una noción autónoma de víctima específica para la mujer	60
I.2.2. La legitimación activa de la mujer en edad de procrear	63
I.2.2.1. La titularidad del derecho al aborto	66
I.3. Ponderación entre los derechos de la mujer y la soberanía estatal: un paradigma procedimental	70
I.3.1. Obligaciones negativas procedimentales y positivas procedimentales	72
I.3.2. Los derechos reproductivos y las obligaciones positivas procedimentales	81
I.3.2.1. Un paradigma procedimental para el derecho al aborto	84
I.3.2.2. La propuesta de un paradigma sustantivo desde el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano	90
I.3.3. Cambio de paradigma procedimental explicado paso a paso desde los asuntos <i>Tysiác c. Polonia, A, B y C c. Irlanda, R. R. c. Polonia y P. y S. c. Polonia</i>	94
I.3.3.1. Cambio de paradigma: el asunto <i>Tysiác c. Polonia</i>	94
I.3.3.2. Paradigma procedimental consolidado: el asunto <i>A, B y C c. Irlanda</i>	99
I.3.3.3. Una posible superación del paradigma procedimental: los asuntos <i>R. R. c. Polonia y S. c. Polonia</i>	114

I.3.3.4. La aplicación del paradigma procedimental al derecho a no sufrir trato degradante e inhumano	117
I.3.3.5. La necesidad del tránsito desde un paradigma procedimental a otro sustantivo	122
I.4. Ponderación entre los derechos de la mujer y del nasciturus: hacia un derecho al aborto deducible del Convenio	125
I.4.1. La necesidad de un punto de vista sustantivo	125
I.4.1.1. El debate sobre el aborto en la Academia de Medicina de Francia en 1850: un ejemplo histórico de los términos en los que se plantea el debate sobre un derecho sustantivo al aborto	129
I.4.1.2. Un derecho humano al aborto deducible desde el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano	132
I.4.2. El aborto como derecho humano	141
I.4.2.1. Las indicaciones terapéutica y socioeconómica	141
I.4.2.2. La indicación eugenésica	154
I.4.2.3. La indicación ética	156
I.4.2.4. Un derecho al aborto sustantivo	158
Recapitulación	164
CAPÍTULO II: EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN IN VITRO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	169
Introducción	169
II.1. El embrión generado <i>in vitro</i> y el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida	170
II.1.1. El derecho a ser padres mediante el recurso a la inseminación artificial: asunto <i>Dickson c. Reino Unido</i>	174
II.1.2. El derecho a ser padres mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida heterólogas: asunto <i>S. H. y otros c. Austria</i>	178
II.1.3. El derecho a tener hijos sanos mediante el recurso al diagnóstico genético preimplantacional: el asunto <i>Costa y Pavan c. Italia</i>	184
II.2. El derecho a ser madre biológica frente al derecho a no ser convertido en padre biológico a la fuerza	192
II.2.1. El derecho a revocar el consentimiento prestado para la implantación de embriones generados <i>in vitro</i> : el asunto <i>Evans c. Reino Unido</i>	197
II.3. La donación de embriones para la investigación	203
II.3.1. Argumentos desde la embriología y la genética	203
II.3.2. Argumentos que justifican la investigación con embriones sobrantes, pero que prohíben la generación de embriones con fines de investigación	207

II.3.3. Argumentos desde las técnicas de reproducción asistida	209
II.3.4. El derecho a donar embriones para la investigación: el asunto <i>Parrillo c. Italia</i>	213
Recapitulación	222
CAPÍTULO III: LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	225
Introducción	225
III.1. La gestación subrogada y el derecho a la vida privada y familiar	227
III.1.1. La gestación subrogada como materia de la que conoce el TEDH	227
III.1.1.1. La duda sobre el principio <i>mater semper certa est</i>	231
III.1.1.2. La gestación subrogada ante TEDH: rasgos esenciales	234
III.1.1.3. Críticas a la doctrina del TEDH sobre la gestación subrogada	247
III.1.2. La filiación derivada de una gestación por sustitución	252
III.1.2.1. La filiación biológica derivada de una gestación por sustitución	252
III.1.2.2. La filiación no biológica derivada de una gestación por sustitución	254
III.1.2.3. Sobre la madre de intención y el principio <i>mater semper certa est</i>	257
III.1.3. El derecho a la vida familiar y el reconocimiento de la filiación	263
III.2. Una doctrina procesal incoherente que dificulta el desarrollo de una doctrina sustantiva	272
III.2.1. Un concepto incoherente de competencia <i>ratione personae</i>	272
III.2.1.1. Una noción autónoma de víctima, legitimación activa e incompetencia <i>ratione personae</i> para el menor nacido de una gestación subrogada	275
III.2.2. La existencia de vida familiar de facto como requisito de admisibilidad	284
III.2.2.1. Sobre la existencia de vida familiar de facto cuando ninguno de los padres de intención es progenitor biológico	288
III.2.2.2. Una redefinición de la noción autónoma de vida familiar para la gestación subrogada: el asunto <i>Paradiso y Campanelli c. Italia</i>	291
III.3. La gestación subrogada y el derecho internacional privado	302
III.3.1. El reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada celebrada en el extranjero: conflicto de leyes frente a reconocimiento de una decisión extranjera	302
III.3.1.1. El orden público internacional estatal frente al interés superior del menor	307
III.3.1.2. La gestación subrogada como un problema de derecho internacional privado ante el TEDH	313
III.3.2. El interés superior del menor interpretado en concreto frente al interés superior del menor interpretado en abstracto	319

III.3.2.1. El interés superior del menor interpretado en abstracto en la sentencia de la Gran Sala del asunto <i>Paradiso y Campanelli c. Italia</i>	323
III.3.3. El paradigma de la adopción internacional como modelo para la gestación subrogada.....	334
III.3.3.1. Argumentos contrarios y favorables a los acuerdos de gestación subrogada	337
III.3.3.2. Los requisitos para el reconocimiento de la filiación derivada de los acuerdos de gestación subrogada, desde el derecho internacional privado	341
Recapitulación.....	348
CAPÍTULO IV: EL DERECHO A DISPONER DE LA PROPIA VIDA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.....	353
Introducción.....	353
IV.1. El derecho a disponer de la propia vida como derecho humano teórico, pero inefectivo	355
IV.1.1. La construcción del derecho a disponer de la propia vida desde una lectura evolutiva y sistemática del Convenio	355
IV.1.1.1. El derecho a disponer de la propia vida como un aspecto del derecho a la vida privada: el asunto <i>Pretty c. Reino Unido</i>	357
IV.1.1.2. El reconocimiento explícito del derecho a disponer de la propia vida incluido en el derecho a la vida privada: el asunto <i>Hass c. Suiza</i>	364
IV.1.1.3. La obligación de la jurisdicción estatal de entrar a conocer del fondo del asunto cuando es alegada la violación del derecho a disponer de la propia vida: el asunto <i>Koch c. Alemania</i>	367
IV.1.1.4. La obligación estatal de justificar la limitación del derecho a disponer de la propia vida: el asunto <i>Gross c. Suiza</i>	369
IV.1.1.5. Sobre la retirada y mantenimiento de los tratamientos de soporte vital: el asunto <i>Lambert y otros c. Francia</i>	373
IV.1.1.6. Una jurisprudencia del TEDH contradictoria, pues reconoce un teórico derecho a disponer de la propia vida al que niega eficacia en la práctica	378
IV.1.1.7. La crítica a la doctrina del TEDH de Grégor Puppink	380
IV.2. Aspectos procesales en la construcción del derecho a disponer de la propia vida.....	398
IV.2.1. La necesidad de una noción autónoma de víctima	398
IV.2.2. Una noción autónoma de víctima para el derecho a disponer de la propia vida...404	
IV.2.2.1. Sobre la condición de víctima y el derecho a disponer de la propia vida como derecho personalísimo e intransmisible: <i>Sanles Sanles c. España</i>	404
IV.2.2.2. La condición de víctima directa cuando se reclama el derecho al suicidio asistido: <i>Pretty c. Reino Unido</i>	409

IV.2.2.3. La condición de víctima directa cuando se reclama una dosis letal de medicamento: <i>Hass c. Suiza</i>	410
IV.2.2.4. La condición de víctima indirecta: <i>Koch c. Alemania</i>	411
IV.2.2.5. La víctima directa fallecida pendiente el proceso: <i>Gross c. Suiza</i>	416
IV.2.3. Una noción autónoma de víctima para el derecho a retirar o mantener los tratamientos de soporte vital	418
IV.2.3.1. Una noción de víctima directa y de representación del menor para los tratamientos de soporte vital: <i>Glass c. Reino Unido</i>	418
IV.2.3.2. Una noción de víctima potencial para los tratamientos de soporte vital: <i>Burke c. Reino Unido</i>	419
IV.2.3.3. La noción de víctima potencial ante las decisiones judiciales sobre los tratamientos de soporte vital: <i>Ada Rossi y otros c. Italia</i>	422
IV.2.3.4. Una noción de víctima indirecta para los tratamientos de soporte vital: <i>Lambert y otros c. Francia</i>	425
IV.2.4. La obligación procesal estatal de entrar en el fondo del asunto cuando es alegado el derecho a disponer de la propia vida	428
IV.2.4.1. Una obligación procesal estatal: <i>Koch c. Alemania</i>	430
IV.3. El reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida como un derecho sustantivo, pero sin garantías: el giro procedimental del TEDH	438
IV.3.1. El derecho a disponer de la propia vida y sus límites: <i>Pretty c. Reino Unido</i>	438
IV.3.1.1. El derecho a disponer de la propia vida como derecho deducible del artículo 8 del Convenio: <i>Pretty c. Reino Unido</i>	445
IV.3.2. El reconocimiento explícito de un derecho a disponer de la propia vida: <i>Hass c. Suiza</i>	461
IV.3.2.1. Sobre la obligación positiva estatal de facilitar una dosis letal de pentobarbital sódico: <i>Hass c. Suiza</i>	467
IV.3.3. El paradigma procedimental y el derecho disponer de la propia vida: <i>Gross c. Suiza</i>	474
IV.3.3.1. La obligación de establecer una legislación clara y coherente sobre el derecho al suicidio asistido: <i>Gross c. Suiza (2013)</i>	480
IV.3.4. La reconstrucción de la voluntad del paciente junto al interés superior del paciente en los tratamientos de soporte vital: <i>Glass c. Reino Unido, Lambert c. Francia y Gard c. Reino Unido</i>	487
IV.3.4.1. Una doctrina del TEDH sobre la retirada de los tratamientos de soporte vital	488
IV.3.4.2. La voluntad y el interés del paciente ante la retirada de los tratamientos de soporte vital.....	493

IV.3.4.3. La voluntad de los padres en relación con los tratamientos médicos administrados a un menor: <i>Glass c. Reino Unido</i>	499
IV.3.4.4. Cuidados vitales frente a obstinación terapéutica: <i>Lambert y otros c. Francia</i>	506
IV.3.4.5. Una doctrina sobre los requisitos para la retirada de los tratamientos de soporte vital que permite un examen sumario de las quejas presentadas ante el Tribunal: <i>Gard y otros c. Reino Unido</i>	522
Recapitulación.....	528
CONCLUSIONES	533
BIBLIOGRAFÍA	543
JURISPRUDENCIA.....	559

INTRODUCCIÓN GENERAL

El espectacular desarrollo de las tecnologías biomédicas, unido a cambios sociales y culturales de muy diversos tipos producidos en las últimas décadas, ha modificado muy significativamente nuestras concepciones y nuestras experiencias de procesos vitales básicos como son el de la reproducción y el de la muerte. En consonancia, la regulación jurídica de tales procesos se ha visto afectada también muy diversamente, y el sistema europeo de protección de los derechos humanos no ha quedado al margen. En los últimos años, varios derechos de naturaleza bioética han sido reclamados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH): el derecho a abortar, a utilizar técnicas de reproducción asistida, a la gestación subrogada o a la eutanasia.

Todos estos “derechos” están regulados en los ordenamientos estatales de manera más o menos restrictiva, más o menos liberal. Sin embargo, en el sistema europeo de protección de los derechos humanos no encontramos una regulación explícita de tales derechos. No la encontramos ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Convenio) ni en el Convenio para la protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad Humana en relación con las aplicaciones de la Biología y de la Medicina (o Convenio de Oviedo), también firmado en el seno del Consejo de Europa. Que esa regulación no aparezca en el Convenio no es de extrañar, pues es un tratado para la protección de los derechos humanos clásicos firmado en 1950, años antes de que adviniera la revolución tecnológica y cultural que bien podemos llamar “revolución bioética”. En cambio, que esa regulación esté ausente en el Convenio

de Oviedo, firmado en 1997 y expresamente dedicado a este tipo de cuestiones, sí es sorprendente, y sólo deja de serlo cuando advertimos la inexistencia de un consenso mínimo sobre estas materias entre los Estados miembros del Consejo de Europa.

Sin embargo, el TEDH ha reconocido su competencia objetiva para conocer de demandas presentadas por particulares relativas al aborto, a las técnicas de reproducción asistida, a la gestación subrogada y al suicidio asistido. El TEDH ha admitido un número significativo de tales demandas, llegando a dictar sentencia y a condenar a los Estados por vulneración del Convenio en algunos de los asuntos que le han sido planteados. Ante la ausencia de regulación expresa, el TEDH podría haber inadmitido estas demandas con base en su falta de competencia para conocer de materias que no aparecen en la letra del Convenio, tal como en ocasiones han aducido los Estados demandados. En cambio, el TEDH ha optado por una interpretación evolutiva y sociológica del Convenio, adaptada a los nuevos tiempos y mentalidades, que le ha permitido admitir las demandas y dictar sentencias que resuelven cuestiones diversas vinculadas con los derechos mencionados. El objeto material de esta tesis está constituido por ese grupo de sentencias y decisiones del TEDH y de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.

La elección de este sector de la actividad del TEDH como objeto de estudio pretende colmar un vacío: por lo que sé, no existe un estudio sistemático de la que podemos llamar “jurisprudencia bioética” europea. Se trata de una jurisprudencia que se ocupa de asuntos que presentan una indudable relevancia, al tiempo que están sometidos a fuertes controversias morales y jurídicas. Asuntos que están relacionados por una parte con el inicio de la vida y la decisión sobre en qué casos y cómo venimos al mundo, en los supuestos del aborto, de las técnicas de reproducción asistida y de la gestación subrogada; por otra, relacionados con el fin de la vida y la decisión sobre en qué casos y de qué manera dejamos este mundo, en los supuestos del derecho al suicidio asistido y de la retirada de los tratamientos de soporte vital. Me ha parecido oportuno investigar a fondo esta jurisprudencia y ofrecer una exposición unitaria y sistemática de la misma, teniendo en cuenta sobre todo el sentido práctico que

anima al saber jurídico. Hay que recordar que las sentencias del TEDH son derecho vigente en los Estados miembros, y que los tribunales nacionales están obligados a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con la doctrina de Estrasburgo.

La intención de este trabajo es, pues, la de articular una exposición lo más fiel y exhaustiva posible de las decisiones del TEDH en las materias seleccionadas, acompañada por una identificación y exploración de sus inconsistencias y lagunas, y por la propuesta de algunas vías para remediar las unas y colmar las otras. En este sentido, la metodología seguida es la propia de una dogmática jurídica concebida como *tecnopraxis*, en la que la descripción del material jurídico es inseparable de su evaluación crítica, tanto técnica como valorativa, de cara a la satisfacción de los ideales últimos de la práctica jurídica y, en particular, de los ideales que inspiran el sistema europeo de protección de los derechos humanos. En este sentido, es necesario, por una parte, asumir el marco normativo vigente y las convenciones interpretativas establecidas por el TEDH y, por otra, no perder de vista esa naturaleza crítica y al tiempo constructiva de todo saber jurídico. En particular, la jurisprudencia del TEDH ha de ser abordada de acuerdo con categorías jurídicas específicas, fruto de su propia labor hermenéutica y decisoria. En cambio, y en aras del rigor metodológico, he evitado referirme a las múltiples perspectivas y aportaciones de la que podríamos llamar una bioética filosófica, relativas a los derechos que están en juego aquí. Desde luego, lo que no es posible evitar es que muchas de esas perspectivas y aportaciones inspiren el análisis desarrollado en estas páginas, y así se hará notar cuando corresponda.

Para el estudio de la doctrina bioética del TEDH me he servido de un armazón teórico general tomado de las obras de Frédéric Sudre (2016 y 2017), de Vincent Berger (2014) y David Harris (2014), las cuales ofrecen una visión de conjunto sobre el sentido y contenido de la doctrina emanada de Estrasburgo. Sobre las categorías y principios construidos por el TEDH me ha resultado de gran ayuda el libro de Janneke Gerards (2019) en el que presenta los métodos de interpretación seguidos por el TEDH, así como la distinción entre obligaciones sustantivas y procedimentales, positivas y negativas, exigibles a los Estados,

junto al resto de categorías y principios relevantes, expuestos de una manera abstracta y general. Para la comprensión de la doctrina del margen de apreciación estatal, esencial en este campo como veremos, me he servido de las obras de Javier García Roca (2009, 2010 y 2014), y de las de Argelia Queralt (2003 y 2008) para esclarecer el tipo de eficacia del que gozan las sentencias del TEDH. La doctrina general contenida en estos trabajos me ha permitido iniciar el examen de la jurisprudencia del TEDH sobre los derechos bioéticos. Sin embargo, se trata de una doctrina no pensada especialmente para la resolución de problemas tan peculiares como los que presentan estos derechos por lo que ha tenido que ser modulada y adaptada a ellos.

La tesis está estructurada en cuatro capítulos, correspondientes a cada una de las cuatro materias examinadas. En un primer momento me planteé la posibilidad de incluir un capítulo introductorio en el que habrían sido presentadas y explicadas aquellas categorías generales que requiere todo análisis de la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, muy pronto decidí que serían introducidos en el primer capítulo a medida que fueran necesarios para la comprensión del contenido desarrollado. Esta opción se justifica en que tales categorías se comprenden mejor cuando se las observa en funcionamiento, esto es, en relación con una sustancia normativa concreta. Nos hallamos ante categorías jurídicas conceptuales que son independientes de los ordenamientos jurídicos estatales, o que son interpretadas de manera diferente por el TEDH. Entre ellas, cabe destacar las de obligación positiva y negativa, sustantiva y procedimental, los principios de subsidiariedad y de efectividad, la doctrina del margen de apreciación estatal, el juicio de proporcionalidad aplicable a los derechos que admiten limitaciones justificadas en alguno de los fines legítimos, o los criterios de interpretación evolutiva y progresista. Todo ello contribuye a la creación de un subsistema jurídico en gran medida autosuficiente, pero todo ello se observará y comprenderá mejor en relación con el abordaje del primero y más desarrollado de los derechos de los que se ocupa esta tesis, el derecho al aborto.

Cada capítulo analiza en primer lugar las cuestiones procesales que el TEDH resuelve como una condición previa para entrar a conocer del problema sustantivo. En la construcción o reconocimiento de un nuevo derecho el TEDH

define la correspondiente noción autónoma de víctima perjudicada por la lesión del derecho de que se trate que le permitirá legitimar la admisión de la demanda presentada por un particular. Una vez admitida la demanda, el TEDH entra a conocer del fondo del asunto. Este modo de proceder es general en su jurisprudencia, pero lo más interesante en relación con los derechos bioéticos estudiados consistirá en establecer el modo en que se adaptan los distintos requisitos procesales a los nuevos derechos.

A continuación, en cuanto al aspecto sustantivo, veremos que lo más habitual es que el TEDH adopte un punto de vista procedimental que reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación para la regulación del nuevo derecho, por lo que solo les obliga a ser coherentes en su desarrollo legislativo y actuación cuando el derecho haya sido efectivamente reconocido. Esta posición del TEDH cabe calificarla como tímida o incluso insatisfactoria, pero veremos que encuentra su justificación en la propia dinámica y limitaciones del sistema.

En el capítulo primero, dedicado al aborto, se llegará a la conclusión de que el TEDH no ha reconocido un genuino derecho al aborto deducible del Convenio, pues reconoce un amplio margen de apreciación estatal en la regulación del asunto. Los Estados pueden permitir o prohibir el aborto sin que ello suponga por sí mismo vulneración alguna del Convenio. Sin embargo, el TEDH ha estimado la vulneración del Convenio cuando el Estado incumple sus obligaciones procedimentales en relación con el derecho a la vida privada y con el derecho a no sufrir trato degradante o inhumano. Esta violación del Convenio se produce cuando el Estado reconoce el derecho al aborto, en alguna medida, sin garantizarlo de manera adecuada. No obstante, el capítulo presenta también un argumento, construido a partir de lo dicho por el TEDH, que defiende la existencia de una obligación sustantiva que obligaría a los Estados a reconocer el derecho al aborto cuando concurren las indicaciones terapéutica, eugenésica, ética o socioeconómica.

El capítulo segundo, dedicado a las técnicas de reproducción asistida, constata que el TEDH ha renunciado a definir un estatuto jurídico para el embrión generado *in vitro*, un estatuto desde el que habría podido responder a los

problemas planteados en relación con el recurso a las técnicas de reproducción asistida. El resultado será, de nuevo, el reconocimiento de un amplio margen de apreciación estatal, de manera que el TEDH opta por proteger la soberanía estatal frente a un hipotético derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, con la excepción del derecho a tener hijos sanos mediante el recurso al diagnóstico genético preimplantacional, que parece imponerse sobre el margen de apreciación estatal como una obligación sustantiva para los Estados.

El capítulo tercero plantea el problema del reconocimiento de los efectos de la gestación subrogada por aquellos Estados que, en principio, le niegan validez. El TEDH pondera el interés superior del menor frente a la soberanía estatal, que es defendida bajo el argumento de la protección del orden público estatal, con un resultado favorable al interés superior del menor cuando la filiación derivada de una gestación subrogada y la biológica coinciden, resultado más discutible cuando no se produce dicha coincidencia, pues en tales supuestos el reconocimiento de los efectos de la gestación subrogada dependerá de la existencia de vida familiar, para cuyo reconocimiento el TEDH ha construido una doctrina *ad hoc* no consolidada jurisprudencialmente dado lo controvertido del supuesto.

El capítulo cuarto se dedica al suicidio asistido y a la retirada de los tratamientos médicos de soporte vital. El TEDH sí ha reconocido expresamente un derecho a disponer de la propia vida como incluido en el derecho a la vida privada, pero se trata de un derecho inefectivo, pues reconoce un amplio margen de apreciación estatal a la hora de limitar este derecho, que puede llegar hasta la prohibición estatal del suicidio asistido, basada en la necesidad de proteger a las personas vulnerables, incluido el propio candidato al suicidio. El resultado es paradójico, pues supone el reconocimiento de un derecho teórico, pero inefectivo, en contra del principio de efectividad de los derechos afirmado por la doctrina del TEDH en una jurisprudencia consolidada. Incoherencia que intenta salvar, en alguna medida, mediante un paradigma procedimental que exige, a los Estados que reconocen el derecho al suicidio asistido, que lo garanticen en la práctica y, a los que prohíben el suicidio asistido, que justifiquen adecuadamente los motivos de la limitación del derecho.

En cuanto a la retirada de los tratamientos de soporte vital, el TEDH ha construido una doctrina coherente y completa, consolidada jurisprudencialmente, que permite resolver los distintos supuestos que puedan serle planteados. Una doctrina que justifica a partir del consenso estatal existente sobre la importancia del consentimiento informado a la hora de aplicar un tratamiento médico y de la necesidad de tener en cuenta el interés del paciente.

Veremos, en fin, que la estrategia seguida por el TEDH consiste en una suerte de solución salomónica que reconoce un amplio margen de apreciación estatal al mismo tiempo que exige a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones procedimentales que les imponen coherencia entre los derechos teóricos reconocidos en sus ordenamientos y las garantías que ofrecen para su protección.

El TEDH defiende que su proceder es la mejor estrategia posible para la defensa de estos nuevos derechos de naturaleza bioética, pues es preferible trabajar junto a los Estados a hacerlo en su contra, ya que esto último sería finalmente contraproducente, en especial teniendo en cuenta la importancia del principio de subsidiariedad en el sistema del Convenio, que otorga a los Estados y a su legislación un papel en la garantía y protección de los derechos del Convenio que el propio Tribunal no puede reemplazar por completo.

Para terminar estas páginas introductorias, quiero agradecer la gran ayuda que he recibido de los profesores de la Sección de Filosofía del Derecho de la UB. Al director de esta tesis, Ricardo García Manrique, que haya sabido orientarme siempre, así como su paciencia infinita. A la tutora, María Casado, su gran generosidad académica y personal. A Víctor Méndez, sus innumerables consejos y su ejemplo constante. A Héctor Silveira, que me haya enseñado una manera de entender el derecho que he hecho mía. A Pablo Scotto, su colaboración en la revisión final de la tesis. A Xavier Pedrol, Pol Cuadros y Marc Puig que me hayan animado a continuar con la tesis y ofrecido su apoyo en todo momento.

CAPÍTULO I:

EL DERECHO AL ABORTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Introducción

El TEDH no ha reconocido un derecho al aborto deducible del Convenio, es decir, no ha establecido un derecho al aborto que deba ser respetado por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, un derecho objetivo mínimo, a modo de orden público europeo en la materia. Por tanto, el derecho al aborto no existe como derecho humano, en el ámbito del Consejo de Europa. Sin embargo, su reconocimiento no es imposible. No solo sería compatible con el Convenio, en contra de aquellos que la niegan, sino que además existen buenas razones para defender lo paradójico que sería negar el derecho al aborto y al mismo tiempo afirmar los derechos contenidos en el Convenio. Este capítulo pretende mostrar, a partir de la jurisprudencia del Tribunal, que es posible definir un derecho al aborto, no solo compatible con el Convenio, sino también deducible del mismo, en alguna medida.

En los asuntos conocidos por el Tribunal, en los que ha sido planteado el derecho al aborto, han sido alegados los derechos contenidos en los artículos 2,

3 y 8 del Convenio, es decir, el derecho a la vida, el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, así como el derecho a la vida privada. En estos asuntos se plantean una serie de conflictos: entre los derechos de la mujer que desea abortar y el padre potencial que se opone, entre la soberanía estatal y la autonomía reproductiva de la mujer y, finalmente, entre la protección del *nasciturus* y los derechos de la mujer que desea abortar. El Tribunal intentará resolver dichos conflictos mediante una doctrina, construida a partir de la interpretación de los artículos 2, 3 y 8 del Convenio, cuya coherencia e implicaciones intentaré aclarar.

I.1. El aborto como derecho humano inexistente

I.1.1. La interpretación literal del Convenio

Cuando el 3 de septiembre de 1953 entró en vigor el Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (el Convenio), uno de los Estados fundadores del Consejo de Europa y firmante del Convenio, Irlanda, difícilmente podía sospechar que, décadas después, sería cuestionada su legislación y su política ante el TEDH a causa de la defensa irlandesa del derecho a la vida del *nasciturus* y la prohibición del aborto, recogidas en su ordenamiento jurídico¹. Si Irlanda hubiera previsto dicha

¹ En la actualidad Irlanda regula el aborto mediante un sistema de plazos equiparable al de la mayor parte de los Estados occidentales, pero la historia de su relación con la regulación del derecho al aborto ha sido problemática; al menos, por lo que se desprende de los asuntos que han sido planteados ante el TEDH. En el asunto *Open Door y Dublin Well Women c. Irlanda*, nº 14234/88 y 14235/88, sentencia de 29 de octubre de 1992 del TEDH, fue cuestionada ante el Tribunal la prohibición en el derecho irlandés de emitir y recibir información relativa a la existencia de servicios abortivos ofrecidos en el extranjero, así como la posibilidad de acudir al extranjero para abortar, en un contexto de regulación del aborto en el derecho irlandés en términos muy restrictivos, en el que solo se permitía en caso de riesgo para la vida de la madre. Y en

posibilidad, habría planteado algún tipo de reserva al Convenio, con el fin de proteger su soberanía nacional en la materia, como ha venido haciendo ante la Unión Europea; por ejemplo, en la negociación y firma del Tratado de Lisboa, lo que finalmente obligó a la Unión a reconocer la autonomía de los Estados en la regulación del aborto².

La sorpresa de Irlanda ante lo que sucedió décadas más tarde, que su regulación del aborto fuera cuestionada ante el TEDH, puede entenderse porque el aborto no existía como derecho en los Estados fundadores del Consejo de Europa, cuando un 25 de agosto de 1950 su Asamblea Parlamentaria aprobó el Convenio. Una parte de dichos Estados veía en el aborto un crimen contra la vida del *nasciturus* solo justificado en caso de riesgo para la vida de la madre, a modo de exención de la responsabilidad penal. Los detractores del derecho al aborto deducen de estos antecedentes que el derecho a la vida del artículo 2 del Convenio protege al *nasciturus* y, en consecuencia, que debería ser negada la existencia de un derecho al aborto deducible del Convenio³. Ignorar la conclusión anterior, supondría desconocer el sentido literal de los artículos incluidos en el Convenio, ratificado por los Estados en la década de los años cincuenta, así como su intención, a partir de una lectura literal y originalista que tendría en cuenta los primeros criterios interpretativos que debe aplicar un tribunal internacional, según el argumento que hilvanan los detractores del aborto⁴.

el asunto *A, B y C c. Irlanda*, nº 25579/05, sentencia de 16 de diciembre de 2010 de la Gran Sala del TEDH, fue cuestionada la legislación irlandesa que ya sí permitía emitir y recibir información sobre servicios abortivos en el extranjero a los que las mujeres irlandesas podían acudir siempre que estuvieran dispuestas a salir del país y a pagar dichos servicios (concesión otorgada por la decimotercera y decimocuarta enmienda constitucional recogidas en el art. 40.3.3. de la Constitución irlandesa), pues el derecho al aborto en Irlanda solo había sido ampliado para el caso de riesgo grave de suicidio de la madre, pobre avance jurisprudencial al que llegó el Tribunal Supremo de Irlanda en el asunto *The Attorney General v. X*, el asunto «X».

² Irlanda solo firma tratados de la Unión Europea que respeten su legislación sobre el aborto, puede consultarse FINNEY 2011: 423 y MORGAN 2013: 967.

³ Véase PUPPINCK 2013-I: 144, donde expone cómo era entendido el aborto en la época de la redacción del Convenio.

⁴ Según este punto de vista, de los detractores del derecho al aborto, la pregunta relevante es si el *nasciturus* es una persona en el sentido del artículo 2, y la respuesta que dan es que sí lo es, de donde deducen la necesidad de la prohibición del aborto.

La doctrina nos recuerda que el Convenio es un tratado internacional, por lo que debe ser interpretado conforme a los criterios establecidos en los artículos 31, 32 y 33 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptado el 23 de mayo de 1969, de los que cabe deducir que en la interpretación de un tratado debemos estar en primer lugar al tenor literal de sus palabras y a la intención de los Estados que lo ratificaron, así como a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, en caso de ambigüedad, oscuridad o contradicción⁵.

Sin embargo, los trabajos preparatorios del Convenio no dicen nada respecto a que el derecho a la vida del artículo 2 deba ser aplicado al *nasciturus* ni aparece mención alguna sobre el derecho al aborto ni sobre su prohibición. Más bien parece, contrariamente a los argumentos de quienes se oponen al derecho al aborto, que los redactores del Convenio no quisieron limitar el poder de los Estados a la hora de regular la protección del *nasciturus* o el derecho al aborto. El texto del artículo 2 podría haber incluido explícitamente que debía aplicarse al concebido no nacido, como hizo el Convenio Interamericano sobre Derechos Humanos, en su artículo 4.1; pero al no hacerlo dejó la puerta abierta para que fuera planteada en el futuro la pregunta sobre el derecho a la vida del *nasciturus* y sobre un posible reconocimiento del derecho al aborto, como un derecho humano incluido en el Convenio, exigencia que ha sido planteada ante el Tribunal⁶.

⁵ Véase FREEMAN 1994: 648, donde defiende una interpretación literal del Convenio en contra de una interpretación evolutiva. Una explicación general sobre los criterios de interpretación de los tratados internacionales puede consultarse en GONZÁLEZ CAMPOS 1998: 299ss.

⁶ El derecho a la vida no es absoluto en el Convenio, pues en el punto segundo del artículo 2 se establecen tres supuestos en los que la muerte se considera infligida sin violación del derecho a la vida, sin que figure en dichas excepciones referencia alguna al derecho al aborto o la protección del *nasciturus*. El artículo 2 establece que: «1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido

En realidad, lo que observamos en la letra del artículo 2 es la necesidad de justificar la pena de muerte en el sistema del Convenio. Esta preocupación inicial ha ido evolucionando a la par que la sensibilidad y la legislación de los Estados, en un sentido abolicionista que justificó la aprobación del Protocolo adicional al Convenio nº 6 relativo a la abolición de la pena de muerte que entró en vigor el 1 de marzo de 1985 y que la eliminó, excepto en caso de guerra. Posteriormente, fue aprobado el Protocolo adicional nº 13, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, incluido el tiempo de guerra, que entró en vigor el 1 de julio de 2003.

Esta evolución en el significado del artículo 2 ha supuesto un auténtico giro copernicano, pues ha pasado de servir como una justificación de la pena de muerte, en su redacción original, a garantizar su abolición, tras la adición de sucesivos protocolos adicionales que la prohíben, al mismo tiempo que ha sido planteado ante el TEDH el problema del derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho al aborto, aunque la letra del Convenio ni niega ni afirma nada sobre la posibilidad de un derecho humano al aborto⁷.

Tenemos serias dudas sobre la intención real de los redactores del Convenio y de los Estados que lo ratificaron, pues parece que no se preocuparon demasiado por asegurar la aplicación del artículo 2 al *nasciturus* ni aclararon nada sobre un posible derecho humano al aborto, más bien parece que prefirieron dejar la cuestión indeterminada, a fin de que los Estados pudieran legislar en un sentido u otro en el futuro, es decir, tanto desde una interpretación literal como originalista no podemos afirmar ni el derecho a la vida del *nasciturus* ni el derecho al aborto.

legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección. Puede consultarse FABBRINI 2011: 28ss.

⁷ Véase REY MARTÍNEZ 2008: 34-36, donde expone la evolución de la interpretación del derecho a la vida incluido en el artículo 2 del Convenio, desde una interpretación inicial que pretendía justificar la pena de muerte en determinados supuestos, como compatible con el Convenio, hasta una situación final en la que ha sido abolida, conforme a los Protocolos adicionales nº 6 y nº 13. Puede consultarse POLI 2017: 194ss, sobre las distintas referencias al derecho al aborto en las disposiciones de derecho internacional.

Disponemos de un primer argumento, en contra de los que afirman que el derecho a la vida del *nasciturus* está garantizado por el artículo 2 y mantienen que el derecho al aborto es incompatible con dicho artículo, basado en que ni la letra del Convenio ni la intención de los Estados que lo ratificaron es clara ni en un sentido ni en otro⁸.

I.1.2. La interpretación evolutiva y progresista del Convenio

Pero el Convenio también puede ser interpretado con otros dos criterios. Se trata de los criterios evolutivo y progresista, o *pro libertate*, construidos jurisprudencialmente por el TEDH.

El Convenio no es un tratado clásico, pues no se basa en el principio de reciprocidad entre los Estados, sino en el establecimiento de un derecho objetivo que debe ser respetado por los Estados, conforme a su artículo 1 en el que dispone que los Estados parte reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades incluidos en el Convenio. A lo anterior hay que añadir que el TEDH es competente para interpretar el Convenio, conforme a su artículo 32, lo que le permite establecer un estándar mínimo europeo. De manera que los criterios interpretativos clásicos, establecidos por el Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969, deben ser completados y modulados por los criterios interpretativos desarrollados por el TEDH en su jurisprudencia, entre los que aparecen los de interpretación evolutiva y progresista, o *pro libertate*. El artículo 32 del Convenio establece que: «1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus

⁸ Sobre este problema puede consultarse FREEMAN 1994: 647-649, donde comenta que en los trabajos preparatorios del Convenio no es abordado el problema del derecho a la vida del *nasciturus*, aunque añade que no es descartable que pueda ser subsumido bajo el artículo 2 del Convenio.

Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47. 2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma»⁹.

El criterio de interpretación evolutivo, consolidado en la jurisprudencia del Tribunal, afirma que las obligaciones establecidas en el Convenio no deben ser interpretadas conforme a la intención de los autores del Convenio, hace más de sesenta años, sino «a la luz de las condiciones de hoy», aparecidas en nuestras sociedades democráticas, debido a cambios sociales, tecnológicos y culturales. Para aplicar dicho criterio el TEDH ha afirmado que no se encuentra condicionado por sus decisiones pasadas; pero también que no puede forzar la letra del Convenio hasta el punto de crear derechos, cuando su omisión en el Convenio aparezca como claramente deliberada, límite que se propone impedir la arbitrariedad e inseguridad jurídica, así como respetar un mínimo de soberanía de los Estados¹⁰.

Por su parte, la interpretación progresista nos habla de un TEDH que no se conforma con la proclamación de derechos teóricos e ilusorios, sino que trabaja por unos derechos reales y efectivos, para lo que utiliza todas las técnicas jurídicas a su alcance, es decir, crea nociones autónomas para los términos que aparecen en el Convenio, distingue entre obligaciones negativas y positivas, deduce obligaciones procedimentales desde los derechos sustantivos, etc.¹¹. De manera que desarrolla un trabajo pretoriano en defensa de los derechos y libertades contenidos en el Convenio, que supone un buen ejemplo de activismo judicial en defensa de los derechos humanos¹².

⁹ Sobre los criterios interpretativos que utiliza el TEDH puede consultarse GARCÍA MANRIQUE 2018: 55-83, HARRIS 2018: 8ss, CASADEVALL 2012: 135ss y SUDRE 2015: 12ss.

¹⁰ Véase la exposición y justificación contenida en CASADEVALL 2012: 135-136.

¹¹ Puede consultarse MARGUÉNAUD 2016: 49ss, donde expone los distintos criterios interpretativos que utiliza el TEDH, así como la importancia de las categorías jurídicas que define de manera independiente del derecho de los Estados.

¹² Véase COSTA 2017: 40ss, donde el juez del TEDH Jean-Paul Costa comenta la interpretación del Convenio desde un punto de vista progresista que persigue la defensa de las libertades individuales.

I.1.2.1. Un progresivo reconocimiento estatal del derecho al aborto

Recordemos que, desde 1960, un gran movimiento de presión social a favor del reconocimiento del derecho al aborto se extendió por Occidente, lo que llevó a su legalización en Reino Unido en 1967 y, a continuación, a su extensión por gran parte de Europa: los países escandinavos, Austria, Francia, Alemania occidental, Italia y Holanda. Una segunda ola llegó entre 1980 y 1990, incluyendo a Bélgica, Grecia y España. En la última década, la legislación liberal sobre el aborto ha llegado a Francia y España, mediante leyes que reconocen el derecho de la mujer a abortar durante las primeras semanas de embarazo sin necesidad de alegar indicación alguna. Por el contrario, en Irlanda, hasta fecha bien reciente, se mantuvo una legislación muy restrictiva y se introdujo una enmienda en su Constitución, a fin de garantizar el derecho a la vida del feto, como derecho fundamental que solo permitía el aborto en el caso de riesgo para la vida de la madre. Algo similar ocurrió en Polonia, aunque en términos menos restrictivos, pues se permitió el aborto en algunos supuestos, más allá del riesgo para la vida de la madre¹³.

Al mismo tiempo que se producía la extensión del derecho al aborto, en las legislaciones de los Estados occidentales, asistimos a un fenómeno de constitucionalización jurisprudencial de dicho derecho. En la década de 1960 no se consideraba todavía que el derecho al aborto pudiera estar constitucionalmente protegido. Sin embargo, desde 1967 a 1977 los tribunales de EE. UU., Canadá y diversos Estados europeos empezaron a revisar constitucionalmente las leyes que regulaban el aborto para establecer su posible conformidad con la constitución y para determinar la posible garantía constitucional del derecho al aborto.

¹³ Véase FABBRINI 2011: 9-10.

Todo ello ocurrió en un contexto en el que las feministas, de ambos lados del Atlántico, solicitaban la completa derogación de las normas que penalizaban el aborto, al menos desde la década de los años setenta. En Francia, trescientas cuarenta y tres mujeres llamaron la atención internacional cuando declararon en un manifiesto público aparecido en *Le Nouvel Observateur*, en abril de 1971, que habían abortado, texto escrito por Simone de Beauvoir que solicitaba poner fin al secretismo y al silencio, así como exigir el acceso gratuito a los servicios anticonceptivos y abortivos. Iniciativas similares se siguieron en Alemania, Italia y EE. UU.

Las feministas cambiaron la forma de debatir sobre el aborto, que pasó de una argumentación basada, durante los años sesenta, en la salud pública y en una liberalización progresiva, mediante un sistema de indicaciones, a exigir el derecho a la autonomía reproductiva como un derecho civil básico. Los detractores del aborto alegaron la dignidad humana que debía ser reconocida al *nasciturus*. En los años setenta, las nuevas legislaciones que liberalizaron el aborto plantearon conflictos que llegaron hasta la justicia constitucional. En la década de 1970 los tribunales de EE. UU., Francia, Austria, Italia y la RFA revisaron por primera vez la constitucionalidad de las leyes sobre aborto. En los EE. UU. e Italia los tribunales constitucionales derogaron las leyes que penalizaban el aborto. En Francia y Austria los tribunales constitucionales confirmaron las leyes que liberalizaban el acceso al aborto. Mientras que el Tribunal Constitucional de la RFA decretó la inconstitucionalidad de la legislación que permitía el aborto en las primeras semanas de embarazo a solicitud de la mujer sin necesidad de alegar indicación alguna.

En el año 1973 el Tribunal Supremo de los EE. UU., en el asunto *Roe v. Wade* estableció el derecho constitucional a la privacidad protegido por la decimocuarta enmienda que incluía el derecho de la mujer, en consulta con su médico, a interrumpir su embarazo durante el primer trimestre de gestación. Al mismo tiempo, el Tribunal reconoció que el derecho a la privacidad no es

absoluto, pues los Estados deben proteger también la vida y salud del *nasciturus*¹⁴.

En el año 1975 el Tribunal Constitucional de la RFA estimó la inconstitucionalidad de la ley que permitía el derecho al aborto durante las primeras doce semanas del embarazo, supuesto contemplado en la legislación alemana solo para aquellas mujeres que siguieran una orientación que asegurara que la decisión había sido suficientemente meditada. El Tribunal constitucional alemán estableció que la vida del *nasciturus* goza de protección constitucional; pues donde existe vida humana la dignidad humana se encuentra presente. El Tribunal Constitucional sí permitió al legislador regular el acceso al aborto mediante un sistema de indicaciones¹⁵.

I.1.2.2. Argumentos contrarios al reconocimiento del derecho al aborto

Una parte de los detractores del aborto asumen los criterios evolutivo y progresista que aplica el TEDH en su interpretación del Convenio y desde ellos ofrecen argumentos a favor del reconocimiento del derecho a la vida del *nasciturus* y en contra del derecho al aborto, a partir de un análisis del derecho internacional de los derechos humanos.

Nos recuerdan que una interpretación evolutiva del Convenio debe ser coherente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues así nos lo exige el preámbulo del Convenio, y con el resto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos de ámbito universal. Subrayan que

¹⁴ Véase DWORKIN 1998: 14ss, donde comenta el asunto *Roe v. Wade*. Puede consultarse SIEGEL 2016: 31-39, sobre el movimiento de reivindicación del derecho al aborto que llevó a su constitucionalización.

¹⁵ La sentencia BVerfGE, 39,1, del Tribunal Constitucional alemán, de 25 de febrero de 1975.

dichos instrumentos no reconocen el derecho al aborto; al contrario, protegen al *nasciturus*, al menos en alguna medida. Dicha protección del *nasciturus* está recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio sobre eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres¹⁶.

De tal manera que el derecho al aborto no aparece en ninguno de los tratados de derechos humanos de ámbito universal y el lenguaje que utilizan dichos convenios es coherente con la protección de la vida del *nasciturus*. La única excepción la encontramos en el Protocolo de Maputo¹⁷; pero se trata de un instrumento de ámbito regional, por lo que su influencia en la interpretación del Convenio debería ser mínima.

Los detractores del derecho al aborto ponen como ejemplo, el preámbulo del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que no es norma aplicable, pero debe ser tenido en cuenta en una interpretación evolutiva, pues habla de la necesidad de proteger legalmente al niño, antes y después del nacimiento. Y el artículo 6.5 del Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos prohíbe la ejecución de la pena capital cuando se trate de una mujer embarazada, lo que puede interpretarse como un reconocimiento implícito del derecho a la vida del *nasciturus*. Por su parte, ni en el Informe de la Conferencia de El Cairo ni en el de la Conferencia de Pekín se planteó la necesidad del

¹⁶ Conforme al Preámbulo del Convenio, que debe ser tenido en cuenta en la interpretación del mismo, tenemos que los Estados deben tomar en consideración la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por analogía el resto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos de ámbito universal: «Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948».

¹⁷ El único tratado que reconoce el derecho al aborto como derecho humano es el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Mujeres en África, conocido como Protocolo de Maputo, adoptado el 1 de julio de 2003, en vigor desde el 25 de noviembre de 2005. En su artículo 14.2.c. obliga a proteger los derechos reproductivos de la mujer autorizando el aborto médico en caso de agresión sexual, violación, incesto y cuando el embarazo ponga en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la madre o del feto.

derecho al aborto: solo concluyeron que, en aquellos Estados que reconocen el derecho al aborto, éste debe practicarse de forma segura para reducir la mortalidad de las mujeres durante el parto¹⁸.

Desde este punto de vista, contrario al derecho al aborto, y en el ámbito de los derechos humanos, solo sería lícito abortar cuando existe un peligro para la vida de la madre, pero entonces no se trataría de un derecho al aborto, sino del derecho a la vida de la mujer que se impone sobre el derecho del *nasciturus*¹⁹.

Los defensores del derecho al aborto responden reconociendo que, en efecto, en ningún tratado de derechos humanos de ámbito universal aparece el derecho al aborto; más bien, al contrario, algunos de ellos establecen cierta protección del *nasciturus*. Sin embargo, afirman al mismo tiempo que dicha protección no significa que el derecho al aborto sea incompatible con los tratados sobre derechos humanos de los que disponemos, pues éstos no prohíben explícitamente el aborto. Por otro lado, la protección del *nasciturus* que ofrecen no implica que le sea reconocido el derecho a la vida en términos absolutos, pues dicha protección puede establecerse como gradual y relativa a los derechos de la mujer. El único tratado internacional que reconoce explícitamente el derecho a la vida desde el momento de la concepción es de ámbito regional, se trata del artículo 4.1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, y ni siquiera en este caso como un derecho absoluto, pues establece la protección por ley del derecho a la vida, en general, desde la concepción, es decir, caben excepciones a dicha regla general.

Los partidarios del derecho al aborto, añaden que desde una interpretación evolutiva se observa un mayor interés por los derechos reproductivos de la mujer. Por ejemplo, en el Informe de la Conferencia de El Cairo de 1994 se recomienda garantizar el aborto seguro, en aquellos Estados

¹⁸ Se trata del Informe de la Conferencia sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo, del cinco al siete de septiembre de 1994, y del informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrado en Pekín, del cuatro al quince de septiembre de 1995, ambos en el ámbito de las Naciones Unidas. Véase FINNEY 2011: 420-422.

¹⁹ Véase PUPPINCK 2013-I: 155-178.

que ya reconozcan el derecho al aborto, así como implementar servicios de salud reproductiva. En el Informe de la Conferencia de Pekín de 1995 se insta a los Estados a revisar las leyes penales que castigan a las mujeres que han abortado ilegalmente y se sugiere que sean eximidas de responsabilidad penal. En relación con el Protocolo de Maputo, adoptado el 11 de julio de 2003, en el ámbito de la Unión Africana, reconocen que es un instrumento regional cuya virtualidad frente al TEDH debería ser mínima, pero no es menos cierto que indica una tendencia, hacia un mayor reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres.

Por otra parte, en el ámbito universal de Naciones Unidas encontramos comités de seguimiento de los tratados cuyos comunicados han contribuido a que los derechos reproductivos de las mujeres sean vistos como auténticos derechos humanos, cuando señalan que los Estados cuyas legislaciones prohíben el aborto se encuentran con un elevado índice de abortos inseguros, con el riesgo que implica para la salud y la vida de la mujer²⁰. Dichas legislaciones restrictivas suponen una vulneración de los derechos humanos reconocidos a las mujeres, incluidos el derecho a la salud, a la integridad física y el derecho a la vida, así como a su autonomía reproductiva. Por dichos motivos, recomiendan un amplio reconocimiento de los derechos reproductivos de la mujer que debe incluir el derecho al aborto legal y seguro, pero también el acceso a los servicios de planificación familiar y a los medios anticonceptivos, así como a los cuidados e información durante el embarazo y después de practicado un aborto. Los comités de seguimiento señalan que la prohibición del aborto

²⁰ Sobre el distinto tratamiento del derecho al aborto en el TEDH y los comités de la ONU puede consultarse POLI 2017: 192ss, donde subraya que el TEDH reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados mientras que los comités expresan su preocupación por las consecuencias de una legislación restrictiva del aborto. Véase ZAMPAS 2008: 254-255, donde explica que los comités de seguimiento de los tratados de la ONU han contribuido a que los derechos reproductivos sean vistos como auténticos derechos humanos lo que habría permitido que sean alegados ante el TEDH por los particulares. Sobre la interpretación de los datos estadísticos relativos al aborto puede consultarse UNDURRAGA 2016: 115-116, donde señala una correlación entre legislaciones restrictivas del aborto y mayores índices de aborto, que puede explicarse por otros factores ligados al desarrollo socioeconómico y sanitario, pero que muestran que un derecho penal que prohíba el aborto no sirve para disminuir el número de abortos.

descansa a menudo en una concepción de la mujer que no es compatible con los derechos humanos, pues se le atribuye una función social subordinada a la del hombre²¹.

Puede parecer paradójico que los comités de seguimiento de los tratados de Naciones Unidas defiendan explícitamente el reconocimiento del derecho al aborto, como un derecho humano, mientras los tratados internacionales de derechos humanos no dicen nada al respecto, pero este fenómeno también puede ser visto como un reconocimiento de la necesidad de establecer un derecho humano al aborto desde una interpretación evolutiva de los tratados. Un buen ejemplo lo encontramos en la comunicación del asunto *Mellet c. Irlanda*, nº 2324/2013, de 17 de noviembre de 2016, del Comité encargado de fiscalizar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este caso la víctima era una mujer embarazada, cuyo feto había sido diagnosticado de una grave enfermedad congénita que afectaba al corazón. El doctor le recomendó viajar al extranjero a fin de abortar, pues la legislación irlandesa no contemplaba este supuesto entre los que permiten el aborto legal. La víctima alega vulneración de diversos artículos del Pacto, entre ellos del artículo 7, por haber sufrido un trato cruel, inhumano y degradante, así como un daño a su dignidad e integridad física y mental, también considera haber sufrido una estigmatización. El Comité considera que se ha producido una violación del artículo 7 del Pacto, pues la situación de vulnerabilidad de la víctima, el viaje al extranjero o la estigmatización que supone la imposibilidad de abortar legalmente en Irlanda, en un supuesto de grave e incurable enfermedad del feto, son circunstancias suficientes para apreciar un trato cruel, inhumano y degradante²².

²¹ Center for Reproductive Rights, *Breaking Ground* 2020, Treaty Monitoring Bodies on Reproductive Rights, New York, Center for Reproductive Rights, 2019, p. 11 y ss.

²² Una opinión crítica con lo comentado puede verse en OLAGUIBE 2018: 119, donde muestra su sorpresa ante la paradoja que supone comprobar que los comités de seguimiento de los tratados de la ONU presionen a los Estados para que aprueben leyes permisivas del aborto cuando existe un Convenio sobre los Derechos del Niño, de 1989, aprobado en el seno de la ONU, que debería servir para proteger los derechos del *nasciturus*.

Un último ejemplo, que mostraría la tendencia hacia un progresivo reconocimiento del derecho al aborto, como derecho humano, lo encontramos en la resolución de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa nº 1607 del año 2008²³. Esta resolución no es una norma jurídica, ni establece ningún tipo de obligación a los Estados o a los particulares, pero es un buen indicador de la existencia de un consenso europeo sobre el derecho al aborto y de la voluntad de la mayoría de los Estados de avanzar en el reconocimiento del derecho al aborto como un derecho humano. La Asamblea, en esta resolución, manifiesta su preocupación ante la vulneración de los derechos reproductivos de las mujeres, en algunos Estados miembros, e invita a los Estados, que todavía no lo hayan hecho, a despenalizar el aborto durante unos plazos razonables de gestación, a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a abortar de forma segura y legal, así como a respetar la libertad de elección de las mujeres, mediante un consentimiento libre e informado. La resolución 1607 de 2008 muestra su preocupación por que el derecho al aborto legalmente reconocido no se convierta, en algunos Estados, en un derecho teórico e ilusorio, señala especialmente la ausencia de sistemas de cuidados de proximidad, la ausencia de médicos dispuestos a prestar el servicio, los requisitos que dificultan el acceso al aborto, como pueden ser las consultas médicas reiteradas, los plazos de reflexión y de espera (§ 3). Añade que la prohibición del aborto no reduce su número, pues suele tener como consecuencia el incremento de abortos clandestinos, en condiciones inseguras para la mujer, que aumenta la mortalidad de las mujeres, especialmente de aquellas cuya situación socioeconómica es más precaria (§ 4).

Hemos visto que los argumentos presentados por los detractores del derecho al aborto, basados en una interpretación evolutiva y sistemática, que tiene en cuenta lo que dicen los instrumentos internacionales sobre derechos

²³ Véase NOWICKA 125ss, donde comenta la Resolución 1607 del Parlamento del Consejo de Europa sobre Acceso al aborto legal y seguro en Europa, del año 2008, que incluye una recomendación a los Estados miembros para que despenalicen el aborto, lo que permite ser moderadamente optimistas sobre un futuro reconocimiento de los derechos reproductivos como auténticos derechos humanos, incluido el derecho al aborto.

humanos, no han sido concluyentes. Es cierto que no existe un derecho humano al aborto en el derecho internacional, pero es falso que reconocer el derecho al aborto como un derecho humano sea incompatible con lo que establecen los tratados internacionales sobre derechos humanos. Al contrario, se observa una tendencia favorable a un paulatino reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres. Y no es descartable que dicha tendencia lleve algún día a reconocer un derecho humano al aborto en el derecho internacional.

Pero los detractores del aborto han añadido un argumento que utiliza el criterio progresista, con el que debemos lidiar a continuación. Este argumento nos dice que debemos interpretar el Convenio, y el resto de tratados sobre derechos humanos, con un criterio que permita que los derechos humanos sean garantizados, de lo contrario quedarían en meras proclamas; y además en un sentido progresista, desde un punto de vista socialmente responsable, que sirva para remover los obstáculos que impiden la igualdad y la libertad efectivas. Nos dicen que para hacer real y efectivo el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer deberíamos proponer un derecho humano a no-abortar, pues el 75% de las mujeres que abortan lo hacen por razones económicas, según las estadísticas más fiables. En realidad, lo que habría detrás de los defensores del aborto, según esta interpretación, sería una especie de cinismo o, al menos, ceguera sobre lo que de verdad está en juego con el derecho al aborto; porque si los Estados cumplieran sus obligaciones sociales, si los derechos sociales estuvieran garantizados, entonces la mayoría de las mujeres que solicitan abortar no lo harían, ya que en realidad sí quieren tener a sus hijos, pero en unas condiciones de bienestar social mínimas, que les permitan criarlos y educarlos con dignidad. La demanda de un derecho humano al aborto ocultaría el incumplimiento de las obligaciones sociales estatales que vienen impuestas por la Carta Social Europea y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ²⁴.

²⁴ Véase PUPPINCK 2013: 190, donde propone un derecho a no-abortar, dado que el 75% de los abortos tiene causas socioeconómicas, por lo que las mujeres realmente desearían no abortar.

Este último argumento nos conmueve especialmente, pues partimos de una idea del derecho como herramienta para la transformación social²⁵. En efecto, el derecho debe servir para aumentar la libertad de todos y una parte importante de esa libertad tiene que ver con la garantía de los derechos sociales²⁶.

Pero ¿qué significa el derecho a no-abortar que ha sido propuesto? El derecho a no-abortar podría ser definido como un derecho que permitiría a la madre reclamar todos aquellos derechos sociales necesarios para criar y educar a su hijo dignamente, derecho que le facilitaría seguir con el embarazo, pues no se vería forzada a abortar, a causa de su vulnerabilidad económica. En efecto, una vez garantizados los derechos sociales, tenemos que la decisión de interrumpir el embarazo no vendría determinada por la precariedad económica y social, se abriría la posibilidad de una decisión libre, pues no es lo mismo ser madre con servicios sociales asegurados y con ingresos que sin ellos, y la decisión de abortar es muy diferente en un caso y en otro. Sin embargo, dicha propuesta de un derecho a no-abortar plantea la siguiente dificultad teórica. Podemos estar de acuerdo en que ninguna mujer debería verse obligada a abortar porque económicamente no pueda permitirse ser madre. Por tanto, podríamos aceptar un derecho a no-abortar que incluyera el derecho de la mujer embarazada a recibir ayudas sociales, lo que le permitiría seguir adelante con el embarazo. No obstante, dicha propuesta de un derecho a no-abortar debería ser completada con un derecho a abortar para aquellos casos en que una mujer, que recibe ayudas sociales o que no las necesita, decide abortar. Es decir, finalmente la propuesta de un derecho a no-abortar parece que puede ser reducida a una exigencia de que los derechos sociales sean garantizados, a las mujeres embarazadas, entre ellos el derecho a la subsistencia de la madre y del menor, pero al que deberíamos añadir un derecho a abortar para aquellos casos en que la decisión de abortar no obedece a una situación de precariedad económica o

²⁵ Puede consultarse ATIENZA 2017: 296ss, donde comenta distintas concepciones del derecho desde las que es posible la transformación social.

²⁶ Para comprender el vínculo entre libertad y derechos sociales, véase GARCÍA MANRIQUE 2013.

social. Por tanto, la propuesta de un derecho a no-abortar, solo parece aceptable si añadimos un derecho a abortar; en caso contrario, más que de un derecho a no-abortar estaríamos proponiendo una prohibición del aborto justificada en el incumplimiento de los derechos sociales de la madre y del menor. Se muestra que esta propuesta de un derecho a no-abortar es incoherente, pues confunde injustificadamente la garantía de los derechos sociales con el derecho a abortar.

I.1.3. La jurisprudencia del TEDH sobre el aborto

El TEDH no reconoce en su jurisprudencia un derecho humano al aborto, pero el Convenio y el derecho al aborto no son incompatibles, veremos que la evolución de la jurisprudencia del Tribunal sobre el aborto parece caminar hacia un progresivo reconocimiento del derecho al aborto, como un derecho humano²⁷.

En el asunto *Rosemarie Brüggemann y Abdelhaid Scheuten c. la República Federal de Alemania*, nº 6959/75, resolución del Comité de Ministros del 17 de marzo de 1978, las mujeres demandantes se quejaban de la ley sobre el aborto de la RFA, que solo permitía abortar en una serie de indicaciones, pues les obligaba a abstenerse de mantener relaciones sexuales o a emplear medios anticonceptivos, si no querían quedar embarazadas y tener un hijo no deseado. La Comisión admitió la demanda, mediante la decisión de 19 de mayo de 1976, pues entendió que suponía una injerencia en el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio, y declaró en su informe, de 12 de julio de 1977, que el respeto a la vida privada incluye la vida sexual de la mujer por lo que la regulación del aborto puede constituir una injerencia en la vida privada de las mujeres. Por tanto, la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo puede suponer una injerencia en el derecho a la vida privada de la mujer, aunque no pertenece

²⁷ Véase: CASADO 2018: 115-127, donde se describe la situación de la jurisprudencia del TEDH como especialmente compleja, en relación con el derecho al aborto, al mismo tiempo que examina su intento de crear un «canon europeo».

únicamente a su vida privada, por estar ésta íntimamente ligada al desarrollo del *nasciturus*, según la Comisión (§ 59 del informe de la Comisión). La Comisión añade en dicho informe que el legislador de la República Federal de Alemania ha ponderado los derechos de la mujer y la protección del *nasciturus* adecuadamente, al regular la interrupción voluntaria del embarazo mediante un sistema de indicaciones (§ 63 del informe de la Comisión). El Comité de Ministros del Consejo de Europa concluirá, conforme a la propuesta incluida en dicho informe, que no se ha producido vulneración del Convenio.

Desde un momento tan temprano como éste, la Comisión y el Comité de Ministros, en funciones jurisdiccionales, establecen que el derecho al aborto tiene que ver con el derecho a la vida privada de la mujer, pero también con la protección del *nasciturus*, lo que obligaría a ponderar ambos intereses, cada vez que sea planteada una posible vulneración del artículo 8 del Convenio en esta materia.

En la sentencia del asunto *Tysiác c. Polonia*, nº 5410/03, sentencia de 20 de marzo de 2007 de la Sección 4ª del TEDH, la demandante se queja de que cumplía con los requisitos para abortar en Polonia, por riesgo grave para su salud, pero que el sistema legal polaco disuade a los médicos a la hora de facilitar el aborto, en los casos previstos por la ley, por lo que, ante la opinión de dos médicos especialistas contrarios a certificar que existiese riesgo para su salud en este supuesto, no encontró en el derecho polaco posibilidad alguna de recurrir dicha decisión, con la que no estaba de acuerdo (§ 84). En esta sentencia el Tribunal de Estrasburgo nos recuerda su jurisprudencia cuando afirma que la regulación de la interrupción del embarazo tiene que ver con el artículo 8 del Convenio, pero que la vida privada de la mujer embarazada está indisolublemente unida al desarrollo del *nasciturus* (§ 117). A continuación, aclara que, en este supuesto de hecho, no se ha planteado el problema de si el derecho al aborto debe ser garantizado por el Convenio, no se plantea la garantía de una obligación sustantiva, pues lo alegado por la demandante es que no existe un mecanismo eficaz que permita garantizar el derecho al aborto cuando la salud de la mujer está en riesgo, a pesar de ser una de las indicaciones que permite abortar legalmente en Polonia. Por tanto, lo que se plantea es el

incumplimiento de una obligación procedimental positiva, es decir, la obligación de establecer un sistema legal y unos servicios que permitan a la mujer embarazada conocer, dentro del plazo en el que se le permite abortar, si cumple con alguna de las indicaciones previstas en la ley. El Tribunal concluye que en este asunto se ha producido un incumplimiento de dicha obligación procedimental por parte del Estado (§ 128).

Con el asunto *Tysiack* ha sido planteado ante el Tribunal el problema de la garantía del derecho al aborto en aquellos Estados que permiten el aborto en determinados supuestos, pero que lo incumplen en la práctica, pues no establecen los mecanismos y servicios que permitan a las mujeres abortar legalmente y de manera segura. El Tribunal argumenta que del artículo 8 del Convenio se desprende no solo una obligación negativa, no violar el derecho a la vida privada, sino también una obligación positiva, que consiste en desarrollar la legislación y los servicios que permitan una adecuada garantía del derecho. Por tanto, no basta con reconocer en abstracto y teóricamente un derecho, pues se exige que la práctica de todos los poderes del Estado sea coherente y garantice de manera real y efectiva los derechos reconocidos, en decir, afirma el principio de efectividad de los derechos.

Con esta doctrina el Tribunal ha adoptado un nuevo paradigma, en el tratamiento del derecho al aborto, que le permitirá eludir la pregunta sustantiva sobre el reconocimiento de este derecho, desde el Convenio. De momento, no parece que exista un derecho humano al aborto; al menos, como derecho sustantivo.

En el asunto *A, B y C c. Irlanda*, nº 25579/05, sentencia de 16 de diciembre de 2010 de la Gran Sala del TEDH, las demandantes A y B plantean que Irlanda ha incumplido una obligación sustantiva, pues no permite el aborto ni en el caso de riesgo para la salud de la madre ni en el caso de que concurra una indicación económica o social, respectivamente; mientras que la demandante C plantea el incumplimiento de una obligación procedimental, pues el aborto en caso de riesgo para la vida de la madre está previsto en derecho irlandés, pero sin que se hayan establecido los mecanismos para que dicho derecho sea garantizado. El Tribunal responde que el derecho a la vida de las demandantes no ha sido

puesto en peligro en la práctica, pues el Estado no ha impedido a ninguna de ellas viajar al extranjero para abortar, cosa que hicieron. En relación con el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio, el Tribunal recuerda que ya la antigua Comisión estableció que la libertad de la mujer para decidir si quiere ser madre, y cuándo serlo, cae bajo el derecho a la vida privada del artículo 8, pero que también debe ser tenido en cuenta el interés del *nasciturus*, por lo que deberá ser ponderado con los derechos de la mujer (§§ 160-165). El Tribunal concluye, respecto de las demandantes A y B, que Irlanda ha ponderado de manera adecuada el derecho a la vida privada de dichas mujeres con la protección debida al *nasciturus*, pues las demandantes pueden viajar al extranjero, si desean abortar, y recibir información sobre dicho servicio, mientras que la protección elevada que el derecho irlandés otorga al *nasciturus* descansa sobre las profundas ideas morales del pueblo irlandés (§ 242). En relación con la queja de C, la tercera demandante, el Tribunal declara que el derecho a la vida privada del artículo 8 ha sido violado, pues Irlanda no ha cumplido con la obligación positiva procedimental que obliga a desarrollar un sistema eficaz que permita abortar legalmente a la mujer cuya vida corre peligro a causa del embarazo (§ 247).

Vemos que, en la sentencia dictada en el asunto *A, B y C c. Irlanda* (2010), el Tribunal ha fijado en gran parte su doctrina en materia de aborto.

Por una parte, nos dice que tanto las regulaciones liberales como las restrictivas son compatibles con el Convenio, pues la ponderación entre el derecho a la vida privada de la mujer y la protección del *nasciturus* debe hacerla cada Estado, en virtud del principio de subsidiariedad, pues cada Estado es el mejor situado para ponderar los intereses en conflicto, por lo que debe serle concedido un amplio margen de apreciación, con lo que se propone respetar la soberanía estatal en esta materia. De manera que el Tribunal renuncia a establecer un mínimo estándar europeo en relación con el derecho sustantivo, pues se niega a ponderar los derechos e intereses en juego de manera general y obligatoria para todos los Estados.

Por otra parte, se consolida el giro procedimental en la jurisprudencia del Tribunal, pues cuando estima la vulneración del artículo 8 del Convenio lo hace,

no porque el Estado haya incumplido con una obligación sustantiva, que no existe en materia de aborto a juicio del Tribunal, sino porque ha regulado un supuesto en el que permite el aborto, para desconocerlo seguidamente en la práctica. Es decir, el Tribunal condena a aquellos Estados cuya actuación es incoherente, pues proclaman derechos que no se garantizan, por lo que les insta a que los derechos que declaren sean efectivos para lo que deberán no solo regular la cuestión con más detalle, sino también crear los servicios adecuados.

Con los asuntos *R. R. c. Polonia*, nº 27617/04, sentencia 26 de mayo de 2011 de la Sección 4ª del TEDH, y *P. y S. c. Polonia*, nº 57375/08, sentencia de 30 de octubre de 2012 de la Sección cuarta del TEDH, se añade un tercer elemento a la jurisprudencia del TEDH. En ambos casos se alega la violación del artículo 3 del Convenio, que prohíbe los tratos degradantes e inhumanos, y el Tribunal concluye en ambos supuestos que la demandante ha sufrido trato degradante, es decir, que el artículo 3 del Convenio ha sido vulnerado en dichos asuntos. Hay que señalar que el artículo 3 había sido alegado con anterioridad, en asuntos relativos al derecho al aborto, pero el Tribunal nunca había estimado su vulneración, pues se remitía a su jurisprudencia, sobre trato degradante e inhumano en la que requería un umbral mínimo de gravedad, que se consideraba no alcanzado en los casos relativos al aborto que le fueron planteados. Sin embargo, en estos dos asuntos, por primera vez, se establece que una mujer que legalmente tiene derecho al aborto conforme a la legislación estatal, pero a la que se impide o dificulta el ejercicio de su derecho, padece un sufrimiento, en un contexto de vulnerabilidad, que alcanza el umbral requerido por el TEDH para ser considerado trato degradante e inhumano (*P. y S. c. Polonia*, § 135).

Vemos así que la jurisprudencia del Tribunal no reconoce un derecho humano al aborto, pues concede un amplio margen de apreciación a los Estados en la regulación del mismo, lo que permite que regulaciones estatales muy restrictivas hayan convivido junto a otras liberales, sin que ninguna de ellas vulnere el Convenio; al menos, en el aspecto sustantivo de la regulación del derecho al aborto. El Tribunal solo establece una obligación positiva de tipo procedimental para los Estados, una exigencia de coherencia entre el derecho estatalmente reconocido y la garantía de dicho derecho, que permita protegerlo

de manera efectiva. Cuando un Estado no cumpla con sus obligaciones positivas procedimentales en materia de aborto, entonces el Tribunal estimará una violación del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio y, desde sus últimas sentencias, también una vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio.

Pero, ¿cómo interpreta la doctrina esta jurisprudencia? ¿Supone un reconocimiento indirecto del derecho al aborto? ¿Constituye un límite insuperable para el reconocimiento del mismo? ¿Es más bien un camino arduo y tortuoso que está recorriendo el Tribunal con la mirada puesta en dicho reconocimiento? ¿El punto de vista del Tribunal es favorable al derecho al aborto o más bien contrario al mismo?

I.1.3.1. La negativa del TEDH a reconocer un derecho al aborto sustantivo

Tanto los detractores como los partidarios del derecho al aborto coinciden en que el TEDH no ha reconocido un derecho humano al aborto.

Lo explican de la siguiente manera: en el derecho internacional de los derechos humanos no ha sido reconocido un derecho a abortar a simple solicitud de la mujer, más en general, en el derecho internacional de los derechos humanos de ámbito universal no existe un derecho humano al aborto. Y en el ámbito regional del Consejo de Europa tenemos que ni la antigua Comisión ni el TEDH han reconocido la existencia de un derecho al aborto deducible del Convenio²⁸.

²⁸ Véase ZAMPAS 2008: 255, donde analiza los distintos instrumentos de derecho internacional y concluye que un derecho a abortar a simple solicitud de la mujer no ha sido reconocido expresamente en el derecho internacional. En relación con el TEDH puede consultarse POLI 2017: 195-196, donde comenta que el TEDH y la antigua Comisión se han negado a reconocer expresamente un derecho al aborto, pues repiten

El TEDH no se ha pronunciado sobre un estándar mínimo para la protección del *nasciturus*, ni tampoco para la garantía de la autonomía reproductiva de la mujer, pues ha dejado la cuestión abierta, a fin de que cada Estado pueda regular la materia, ya sea en un sentido liberal o restrictivo. Las razones que ha dado para actuar de esta manera se basan en el principio de subsidiariedad que obliga a los Estados a ser los primeros garantes de los derechos humanos contenidos en el Convenio, unido a la doctrina del margen de apreciación, que otorga una gran libertad a los Estados, a la hora de regular aquellas cuestiones sobre las que no exista un consenso europeo o que se refieran a materias controvertidas, como puedan ser los asuntos morales o bioéticos.

El TEDH ha reconocido la existencia de un consenso muy amplio en materia de aborto, pues la mayoría de los Estados regulan el derecho del aborto en términos liberales, mediante leyes de plazos. Sin embargo, mantiene que no existe un consenso similar cuando hablamos del inicio de la vida humana o sobre la condición de persona del *nasciturus*, lo que justificaría el reconocimiento de un amplio margen de apreciación a los Estados, de donde se sigue que la ponderación entre los derechos del *nasciturus* y los derechos de la mujer debe hacerla cada Estado, por estar mejor situado, ponderación cuyo resultado será recogido en la legislación estatal. El principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación han sido construidos jurisprudencialmente, pero, dada su importancia en el sistema del Convenio, han sido recogidos finalmente en el Protocolo nº 15, para su incorporación en el preámbulo del Convenio, que ha entrado en vigor el 21 de agosto de 2021, tras su ratificación por Italia el 21 de abril de 2021. De esta manera, ya es una realidad la incorporación del principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación en la letra del Convenio, pues aparece en su preámbulo.

en su jurisprudencia que el derecho al aborto no puede ser considerado aisladamente, ya que debe tenerse en cuenta también que el feto debe ser protegido en alguna medida.

A lo anterior debemos añadir que el Tribunal ha declarado explícitamente que el derecho a la vida privada del artículo 8 no incluye el derecho al aborto²⁹. Hasta aquí, los puntos sobre los que está de acuerdo una parte importante de la doctrina. Pero los detractores del aborto van más allá y afirman que el aborto libre, concedido ante la simple solicitud de la mujer, es contrario al Convenio y que el Tribunal no ha declarado explícitamente dicha incompatibilidad todavía porque la cuestión no ha sido planteada como tal ante el Tribunal, ya que las víctimas del aborto no pueden defenderse y no se reconoce legitimación activa a las asociaciones que defienden el derecho a la vida del *nasciturus*. Reconocer el derecho a abortar ante la simple solicitud de la mujer, aunque sea en un plazo de gestación prudente, sería contrario al Convenio porque desconoce el derecho a la vida del *nasciturus*, pues el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer no puede imponerse sobre el derecho a la vida del *nasciturus*, ya que la vida es un derecho anterior y fundamento del resto de derechos. Por dichas razones el Tribunal no habría querido reconocer el derecho al aborto, y añaden que el aborto es contrario al pluralismo ideológico que está en la base de la filosofía del Convenio y que permite a cada sociedad decidir democráticamente el grado de protección que garantiza al *nasciturus*.

Ante el argumento anterior, contrario al derecho al aborto, podemos decir que el TEDH tuvo la ocasión de pronunciarse con claridad sobre el derecho al aborto en el asunto *A, B y C c. Irlanda* (2010) y no quiso hacerlo. Es cierto que la doctrina, y el resto de operadores jurídicos, pusieron grandes esperanzas en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal, dictada en dicho asunto, de la que se esperaba fuera para Europa el equivalente de lo que supuso la sentencia *Roe v. Wade* para los EE. UU. Sin embargo, esas esperanzas se frustraron. El TEDH no reconoció un derecho al aborto sustantivo, ni siquiera mínimo, que sirviera como estándar europeo obligatorio para todos los Estados; tampoco estableció

²⁹ Existe acuerdo, en parte de la doctrina, sobre este punto, puede consultarse REY 2011: 294, donde comenta que según la doctrina del TEDH el derecho al aborto no es un derecho fundamental, así como KIRCHNER 2012: 85-92, quien desde un punto de vista católico concluye que no es posible deducir un derecho al aborto desde el derecho a la vida privada, desde el artículo 8 del Convenio, pues no puede ser ignorado el derecho a la vida del *nasciturus*.

un estándar de protección mínima para el *nasciturus*. Un resultado decepcionante, al menos a primera vista³⁰. Los detractores del aborto leyeron esta sentencia como una defensa de sus ideas sobre la incompatibilidad entre el derecho al aborto y la filosofía presupuesta en el Convenio, aunque observaron con desconfianza la confirmación del giro procedimental en la jurisprudencia del TEDH, pues implicaba una protección indirecta del derecho al aborto³¹.

Por su parte, los partidarios del derecho al aborto han sido muy críticos con la sentencia del TEDH en el asunto *A, B y C c. Irlanda* (2010). Según ellos, el Tribunal ha querido navegar entre dos aguas por lo que ha reconocido un excesivo margen de apreciación estatal, en una materia sobre la que existe un amplio consenso europeo a favor de una regulación liberal, como reconoce el propio Tribunal en su sentencia. Con ello ha renunciado a cumplir con una de las funciones más importantes de las que el Tribunal tiene encomendadas, pues el pluralismo jurídico, que está en la base de nuestras democracias y que se expresa en una diversidad en las regulaciones de los diferentes Estados, exige crear un estándar mínimo europeo en materia de derechos humanos, un orden público europeo, es decir, obliga a un proceso de armonización, pues pluralismo democrático no equivale al simple respeto de lo que decida la mayoría, lo que sería una concepción muy pobre y formal de democracia. Añaden que la función del Tribunal no se puede limitar a resolver un caso concreto, pues también es su función desarrollar los derechos humanos contenidos en el Convenio, pues debe determinar el contenido de los preceptos, así como adaptar dicho contenido a

³⁰ Véase IRELAND 2013: 675-676, donde compara *A, B y C c. Irlanda* (2010) y *Roe v. Wade*. Asimismo, puede consultarse FABBRINI 2011: 58, donde critica la conclusión a la que llega el TEDH en *A, B y C c. Irlanda*, pues entiende que el Tribunal no cumple con su función armonizadora de los derechos humanos. Análogamente en MORGAN 2013: 960-961, quien concluye, en relación con *A, B y C c. Irlanda*, que podría aceptarse que Irlanda cumple en teoría los requerimientos del TEDH, pero que no lo hace en la práctica, pues dificulta el acceso de las mujeres al aborto.

³¹ Véase PUPPINCK 2013-I: 161ss, donde comenta la sentencia del asunto *A, B y C c. Irlanda* como una confirmación de sus tesis sobre la imposibilidad para el TEDH de crear un derecho al aborto, pues cambiaría la filosofía en la que se basan los derechos contenidos en el Convenio, ya que defiende que se trata de derechos basados en presupuestos antropológicos humanistas contrarios a un punto de vista liberal que fundamentaría los derechos en la mera libertad individual.

los nuevos tiempos, desde una interpretación evolutiva. Por tanto, es necesario establecer un estándar mínimo europeo abstracto y general, a fin de armonizar los derechos de los Estados miembros³². Dicha función armonizadora es primordial en un Tribunal que aplica las normas de un tratado de derechos humanos cuya eficacia no depende de la reciprocidad entre Estados, pues los derechos contenidos en el Convenio tienen una eficacia objetiva, ya que todos los Estados deben respetar los derechos contenidos en el Convenio para garantizar las libertades individuales, lo que constituye un auténtico orden público europeo, aunque sea mínimo y todo lo incompleto que se quiera, pues está en construcción y expansión³³.

I.1.3.2. Las esperanzas de la doctrina favorable al aborto

A pesar de todo, la doctrina favorable al aborto no es completamente pesimista, pues una gran parte de la misma mantiene la esperanza de que en un

³² Véase PRIAULX 2008: 375-377, sobre la doctrina del margen de apreciación en relación con el derecho al aborto. Puede consultarse REY 2011: 302, donde se critica que el TEDH no haya condenado a Irlanda por la prohibición del aborto, pero añade que la exigencia de obligaciones procedimentales parece inobjetable. Asimismo, SÁNCHEZ PATRÓN 2014: 457-458, sobre la ausencia de un consenso europeo a la hora de reconocer el derecho a la vida del feto y la renuncia del Tribunal a cumplir su función, cuando se niega a establecer un nivel mínimo de protección para el *nasciturus*. Finalmente, véase POLI 2017: 197-198, donde critica al TEDH que haya sido tan comprensivo con los sentimientos morales que alega Irlanda para prohibir el aborto y tan poco respetuoso de los derechos reproductivos alegados por las mujeres, en la sentencia del asunto *A, B y C c. Irlanda*, por lo que concluye que el Tribunal no ha cumplido con su función armonizadora de los derechos humanos.

³³ Sobre la función armonizadora del TEDH, puede consultarse QUERALT 2008: 97-130, donde presenta sistemáticamente los diferentes elementos que deben tenerse en cuenta: la doctrina del margen de apreciación estatal, la creación de nociones autónomas por el Tribunal, el principio de subsidiariedad, etc. Véase también QUERALT 2009: 245-255, donde analiza la función armonizadora de la jurisprudencia del TEDH que debe alcanzar un estándar mínimo común europeo en la protección de los derechos humanos.

futuro próximo el TEDH acabe reconociendo un derecho humano al aborto³⁴. Pero ¿en qué se basan estas esperanzas?

En primer lugar, las obligaciones positivas procedimentales cuyo cumplimiento exige el Tribunal a los Estados cuando éstos dificultan o impiden a las mujeres el ejercicio de su derecho al aborto legal, del derecho al aborto reconocido en el derecho estatal, son una buena estrategia que consiste en trabajar junto a los Estados, no en contra de ellos, en una progresiva expansión del derecho al aborto, indirecta si se quiere, pero eficaz. Por tanto, parece que el Tribunal ve con buenos ojos un progresivo reconocimiento del derecho al aborto, aunque prefiera trabajar de una manera indirecta y mediante la persuasión³⁵.

En segundo lugar, el Tribunal ha empezado a estimar la violación del derecho incluido en el artículo 3 del Convenio, pues ha condenado los tratos degradantes e inhumanos infligidos a una mujer cuando se le niega el acceso a un aborto legal y seguro, en aquellos Estados que han previsto la posibilidad de un aborto legal al mismo tiempo que impiden o dificultan su ejercicio en la práctica, sea por razones burocráticas, legislativas o por ausencia de servicios sanitarios eficaces³⁶. Es cierto que las sentencias en las que se ha estimado la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, en el asunto *R. R. c. Polonia* (2011) y en *P. y S. c. Polonia* (2012), ha sido estimada la vulneración del derecho con base en el incumplimiento de una obligación positiva procedimental. Pero si el Tribunal ha estimado que las mujeres han sufrido trato degradante e inhumano en estos asuntos, con violación del artículo 3 del

³⁴ Véase CANOSA 2009: 96-100.

³⁵ Puede consultarse IRELAND 2013: 689, donde se muestra esperanzada en un reconocimiento futuro del derecho al aborto por parte del TEDH, pues en *R. R. c. Polonia* (2011) ha hablado expresamente de un consenso europeo favorable al derecho al aborto.

³⁶ Véase FABBRINI 2011: 60-61, donde comenta, en relación con *R. R. c. Polonia* (2011), que el TEDH ha reconocido no solo la existencia de obligaciones procedimentales, sino también la violación del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, del artículo 3 del Convenio, dada la situación de vulnerabilidad de la mujer y el umbral de sufrimiento alcanzado ante las dificultades encontradas en el ejercicio de su derecho a abortar, lo que podría permitir en el futuro un desarrollo sustantivo del derecho al aborto en la jurisprudencia del Tribunal.

Convenio en su aspecto procedimental, pues han alcanzado el umbral de sufrimiento requerido por el Tribunal para que se produzca el trato degradante e inhumano, debemos añadir que no parece que alcanzar dicho umbral dependa de si se trata de una obligación sustantiva o procedimental, es decir, el sufrimiento de la mujer cuando no se le reconoce el derecho sustantivo, el derecho a abortar, será igual o incluso superior al sufrimiento que experimenta cuando se le reconoce el derecho para impedir o dificultar su ejercicio en la práctica, es decir, cuando el Estado incumple sus obligaciones procedimentales. Porque no parece que exista una diferencia insalvable entre un caso y otro. Por tanto, queda abierta, para un futuro próximo, la posibilidad de que el Tribunal reconozca una obligación estatal sustantiva, que se sume a la obligación procedimental que ya ha reconocido, con base en el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio. Pues la otra vía hipotética, para su reconocimiento, a través del derecho a la vida privada del artículo 8, parece en la actualidad más difícil, dado el giro procedimental de la jurisprudencia del TEDH unida a su doctrina del margen de apreciación³⁷.

De esta manera, parte de la doctrina entiende que debe seguir trabajando por el reconocimiento de un derecho humano al aborto en el ámbito del Tribunal, pues mantiene la esperanza en una evolución futura de su jurisprudencia, fundada en que hasta la fecha se ha orientado en tal sentido³⁸.

³⁷ Puede consultarse IRELAND 2013: 675-678.

³⁸ Véase REY 2011: 294.

I.2. Ponderación entre los derechos de la mujer y del hombre: un paradigma procesal

La pregunta por la titularidad del derecho al aborto parece tener una respuesta obvia, por lo que no valdría la pena detenerse en su justificación. Sin embargo, ha sido planteada ante el TEDH por demandantes varones que han alegado tanto la vulneración de su derecho a la vida privada como a un proceso justo, así como el derecho a la vida del *nasciturus*. Disponemos de varios asuntos en tal sentido.

El punto de vista adoptado por el Tribunal, para resolver el problema de la ponderación entre los derechos de la mujer y del hombre, es procesal. Para la comprensión general del derecho procesal, que el TEDH aplica, me he servido de Carmen Morte, funcionaria del Consejo de Europa y letrada del Tribunal Constitucional Español, cuyo libro publicado en el 2020 sirve como un compendio general para este derecho procesal³⁹.

En el asunto *X c. Austria*, nº 7045/75, decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1976, sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile, un hombre casado y padre de dos hijos alega ante la Comisión que la nueva legislación austriaca, que permite el aborto durante los tres primeros meses, es contraria al Convenio, por suponer una vulneración del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio.

Mientras que en el asunto *WP. c Reino Unido*, nº 8416/78, decisión de la Comisión de 13 de mayo de 1980, sobre admisibilidad de la demanda que la

³⁹ Puede consultarse MORTE 2020, donde encontramos una definición actualizada de los conceptos procesales necesarios para entender la jurisprudencia del TEDH, así como una exposición de las distintas fases en las que se divide el procedimiento, todo ello a partir de la regulación contenida en el Convenio, sus protocolos adicionales y el Reglamento del Tribunal, interpretados conforme a la doctrina elaborada por el Tribunal en su jurisprudencia.

declara inadmisibile, el demandante alega que reclamó ante la justicia británica que impidiera el aborto de su esposa, sin que fuera atendida su reclamación.

Por su parte, en el asunto *H c. Noruega*, nº 17004/90, decisión sobre la admisibilidad de la demanda, que la declara inadmisibile, de 19 de mayo de 1992, de la Comisión, el demandante es un hombre cuya pareja decide abortar por motivos socioeconómicos, se trata de un supuesto en el que un comité de médicos autoriza el aborto. Los tribunales noruegos recuerdan al demandante la jurisprudencia de la Comisión, según la cual hay que tener sobre todo en cuenta los derechos de la mujer. El demandante reclama que sea tenida en cuenta su voluntad, cuando se trata de la autorización del aborto de su pareja.

Finalmente, en el asunto *Giampiero Boso c. Italia*, nº 50490/99, decisión sobre admisibilidad de la demanda, que la declara inadmisibile, de 5 de septiembre de 2002, de la Sección 1ª del TEDH, encontramos que el demandante estaba casado, pero su mujer decidió abortar, en contra de la voluntad del demandante quien se queja de la regulación italiana, porque establece que la decisión de abortar corresponde exclusivamente a la mujer.

Ante estas demandas, el TEDH, y la antigua Comisión, han tenido que resolver una serie de cuestiones procesales que han condicionado en parte su jurisprudencia sustantiva sobre el aborto⁴⁰.

Para exponer dicha jurisprudencia, es necesario distinguir entre las nociones de víctima, legitimación activa y titularidad del derecho sustantivo, todas ellas diferentes entre sí, aunque relacionadas. Las dos primeras son categorías procesales mientras la última es sustantiva. Todas ellas operan de manera diferente, según hablemos de hombres o mujeres, como veremos en los próximos apartados⁴¹.

⁴⁰ Cuando el TEDH y la antigua Comisión han tenido que ponderar los derechos de la mujer y del hombre lo han hecho de manera coherente y a favor de los derechos de la mujer, véase COSENTINO 2015: 572.

⁴¹ El derecho al aborto puede servir como ejemplo de construcción de un derecho por vía jurisprudencial, aunque en la jurisprudencia del TEDH se presente como una construcción fragmentaria e incompleta, véase CANOSA 2009: 100.

I.2.1. La categoría jurídica de víctima como ejemplo de noción autónoma

Recordemos la doctrina sobre la interpretación autónoma de las categorías jurídicas, que ha desarrollado el TEDH en su jurisprudencia, pues las categorías de: víctima, legitimación activa y titularidad de un derecho sustantivo, son buenos ejemplos de nociones autónomas, cuando hablamos del derecho al aborto en el ámbito del Convenio.

Para la descripción de los principios y categorías que utiliza el TEDH, me baso principalmente en Janneke Gerards, profesora de la Universidad de Utrecht, cuya explicación de las distintas categorías jurídicas, a partir de la jurisprudencia del TEDH, contenida en su libro del año 2019, me ha parecido la más sólida de las que he estudiado; aunque también he tenido en cuenta otros autores relevantes⁴².

El Convenio contiene y el TEDH aplica conceptos jurídicos cuyo significado puede diferir en cada uno de los sistemas legales estatales o en los distintos instrumentos de derecho internacional. Cuando el Tribunal interpreta o define categorías jurídicas, aparezcan o no en el Convenio, que considera centrales, las aplica desentendiéndose de la definición del derecho estatal o internacional y dotándolas de un contenido autónomo, pues es la manera de conseguir un nivel de protección mínimo de los derechos convencionales, aplicable en todos los Estados.

La categoría o noción autónoma cumple su función cuando el Estado pretende basarse en su propia definición nacional, de una categoría jurídica, para escapar del control del Tribunal, pero si la definición estatal garantiza un grado

⁴² Véase GERARDS 2019, un manual actualizado donde se desarrollan las diferentes categorías jurídicas necesarias para entender la jurisprudencia del TEDH, categorías que son definidas de manera teórica, pero a partir de las decisiones adoptadas por el Tribunal en su jurisprudencia, es decir, se trata de una teoría construida a partir de las decisiones del Tribunal, de ahí su interés y rigor académico.

de protección superior al estándar europeo, establecido por el TEDH, entonces puede ser aplicada la definición estatal, pues ofrece una protección superior del derecho convencional del que se trate. Es decir, las nociones autónomas pretenden garantizar un estándar mínimo, a modo de válvula de seguridad del sistema. Sin embargo, cuando aparecen cuestiones morales controvertidas, el Tribunal renuncia, a menudo, a construir una definición autónoma que se imponga a los Estados, es lo que ocurre con el problema del comienzo de la vida humana y del derecho a la vida del *nasciturus*. Pero este no es el caso del concepto de víctima en relación con el derecho al aborto, que ha sido definido por el Tribunal de manera explícita, como noción autónoma, mientras que tanto la noción de legitimación activa como la de titular de un derecho sustantivo al aborto pueden ser deducidas a partir de los argumentos contenidos en sus decisiones y sentencias, es decir, aparecen definidas de manera implícita, como veremos⁴³.

La noción de víctima aparece en el artículo 34 del Convenio (antiguo artículo 25), como uno de los requisitos exigidos en las demandas individuales, pero ni la noción de legitimación activa ni la de titularidad de un derecho aparecen en el texto del Convenio. Por tanto, el Tribunal también crea nociones autónomas para categorías que no aparecen explícitamente en el Convenio, pero que son necesarias, o al menos útiles, a la hora de argumentar jurídicamente y de llegar a una decisión. Puede tratarse de una construcción explícita, es el caso de la noción de víctima, o implícita, es el caso de las nociones de legitimación activa y de titularidad de un derecho sustantivo, en el caso del derecho al aborto⁴⁴.

⁴³ Véase GERARDS 2019: 67-73, sobre la interpretación independiente del derecho estatal que el TEDH hace de los derechos humanos, gracias a la construcción de distintas nociones autónomas, es decir, independientes de las definiciones contenidas en los ordenamientos estatales.

⁴⁴ Puede consultarse en ALIJA y BONET 2018: 319-332, la descripción del mecanismo del recurso individual en el sistema del Convenio, basado en el reconocimiento de legitimación activa para demandar a las víctimas de una vulneración en sus derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, siempre que la demanda de la víctima cumpla con los requisitos recogidos en el artículo 35 del Convenio: agotar los recursos internos, demandar en el plazo de cuatro meses desde la notificación de la resolución definitiva estatal, que no haya sido juzgada previamente por el TEDH u otro órgano

Tradicionalmente, el derecho internacional solo contemplaba como sujetos capaces de actuar a los Estados. Sin embargo, cuando hablamos de derechos humanos, esta limitación apareció hace tiempo como inaceptable, por esta razón, en el sistema del Convenio, se ha reconocido la legitimación activa de los particulares para presentar una demanda contra la regulación y la práctica de un Estado, reconocida en el artículo 34 del Convenio que establece: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho»⁴⁵.

En los próximos apartados veremos las nociones autónomas de víctima, legitimidad activa y titularidad del derecho al aborto, tal y como han sido definidas por el Tribunal. Se trata de definiciones exigidas por una necesidad práctica, la de resolver las quejas planteadas por los particulares, en sus demandas relativas a los derechos reproductivos.

internacional, no ser incompatible con los derechos contenidos en el Convenio ni estar manifiestamente mal fundada ni ser abusiva, siempre que el perjuicio sufrido tenga importancia. Subrayan que el grueso del trabajo del TEDH consiste en resolver demandas individuales, ya que el número de demandas presentadas por los Estados es insignificante, desde 1959 a 2017 el Tribunal y la antigua Comisión conocieron de 817.764 demandas individuales frente a 23 demandas estatales. Asimismo, señalan la importancia de la noción autónoma de víctima construida por el TEDH, en la que incluye la noción de víctima directa e indirecta.

⁴⁵ Para una buena explicación del papel del individuo en el derecho internacional de los derechos humanos y en especial en el ámbito europeo, véase SUDRE 2016: 84ss. Sobre el mecanismo de recurso individual y los criterios de admisibilidad de la demanda, puede consultarse RENUCCI 2005: 114ss. Una buena descripción histórica de la progresiva internacionalización de los derechos humanos, desde la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días, ante la necesidad de la protección de las minorías y que abrió la puerta al reconocimiento de los particulares como sujetos de derecho internacional puede consultarse en WACHSMANN 2008: 5-37.

I.2.1.1. Una noción de víctima diferente para el hombre y para la mujer

En aquellos asuntos en los que un hombre ha reclamado ante el TEDH, o la antigua Comisión, el derecho a impedir que su esposa o pareja aborte, solo ha sido reconocida la condición de víctima a los hombres que son padres potenciales, es decir, a aquellos hombres cuya pareja o expareja está embarazada y ha decidido abortar. Si el hombre demandante no cumple dichos requisitos, verá inadmitida su demanda por carecer de la condición de víctima, requisito procesal exigido por el artículo 34 del Convenio (el antiguo artículo 25). La antigua Comisión ya justificó esta doctrina diciendo que si admitiese una demanda presentada por un hombre que no fuese padre potencial, un hombre cuyos derechos no estuviesen directamente afectados, estaría aceptando una suerte de *actio popularis*, que obligaría al TEDH a un examen en abstracto de la legislación estatal que regula el derecho al aborto, cosa que excede sus funciones, según la propia Comisión.

Veamos cómo se construye esta noción autónoma de víctima para el derecho al aborto. Iniciamos nuestra descripción con la decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1976, del asunto *X c. Austria*, nº 7045/75, decisión, sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile. En este asunto, un hombre que no es padre potencial, pues no alega que una mujer a la que haya dejado embarazada pretenda abortar, presenta una demanda, en la que se queja de la nueva legislación austríaca que permite el aborto dentro de los primeros tres meses de embarazo. Los artículos 96 a 98 del nuevo Código Penal austríaco, que entró en vigor el 1 de enero de 1975, declara no punible, bajo ciertas condiciones, la interrupción voluntaria del embarazo, practicada por un médico durante los tres primeros meses de embarazo. Un recurso del demandante, frente a dicha legislación, fue rechazado por el Tribunal Constitucional austríaco. El demandante entiende que la nueva legislación austríaca viola su derecho a la vida privada, así como el derecho a la vida del *nasciturus*, garantizados por el artículo 8 y 2 del Convenio. La Comisión

responde que solo puede admitir una demanda presentada por un particular cuando éste se haya visto directamente afectado por la ley cuestionada, lo que no ocurre en este caso, ya que no es padre potencial. Lo contrario supondría, nos dice la Comisión, una suerte de *actio popularis* que obligaría a enjuiciar la legislación estatal en abstracto, lo que no es su función. Por tanto, la demanda es inadmitida, por carecer el demandante de la condición de víctima (§§ 4 y 5 de los fundamentos de derecho).

De esta manera, hemos visto que la Comisión concluye, en el asunto *X. c. Austria* (1976), que el hombre que no sea padre potencial no es víctima. Pero de lo anterior no se sigue que el padre potencial deba ser reconocido como víctima. Por tanto, debemos acudir nuevamente a la jurisprudencia de los órganos que aplican el Convenio para comprobar cómo continúa la construcción de esta noción autónoma de víctima.

Con el asunto *WP. c Reino Unido*, nº 8416/78, decisión de la Comisión, de 13 de mayo de 1980, sobre admisibilidad de la demanda, que la declara inadmisibile, avanzamos un paso más en la definición de víctima que andamos buscando, pues un demandante cuya esposa decide abortar, es decir, un padre potencial, intenta impedir el aborto ante la justicia de su país, aunque sin éxito, ya que la *High Court of Justice* rechazó la petición, por cuanto en derecho inglés el *nasciturus* no es titular de derechos antes de su nacimiento y porque el padre del feto, esté o no casado, ni tiene derecho a impedir que la mujer embarazada aborte ni a ser consultado sobre dicho aborto, por lo que no se ha incumplido en el presente caso la ley británica de 1967, según los tribunales ingleses. El demandante cuestiona dicha legislación sobre el aborto ante la Comisión, por vulneración de los artículos 2, 6, y 8, entre otros, del Convenio. La condición de víctima del demandante es reconocida por la Comisión en este caso, por lo que la demanda no podrá ser inadmitida por dicho motivo, aunque sí lo será por aparecer como manifiestamente mal fundada. La Comisión entiende que la interrupción del embarazo puede afectar a los derechos del demandante, por lo que reconoce su condición de víctima (§ 2 de los fundamentos de derecho). Vemos en esta decisión que la noción autónoma de víctima aparece ya definida claramente, pues es reconocida al padre potencial y solo al mismo.

La construcción de la noción autónoma de víctima ha sido así completada, pero su confirmación en un nuevo caso serviría para su consolidación jurisprudencial, lo que ocurrirá en la decisión sobre el asunto *H c. Noruega*, nº 17004/90, decisión sobre la admisibilidad de la demanda, que la declara inadmisibile, de 19 de mayo de 1992 de la Comisión, donde el demandante alega que intentó impedir el aborto de su pareja, con la que convivía, ante la jurisdicción noruega, aunque vio rechazadas sus pretensiones. Se queja ante la Comisión de la vulneración de los artículos 2, 6 y 8 del Convenio, entre otros. La Comisión reconoce la condición de víctima del demandante, en tanto que padre potencial, pues sus derechos pueden verse afectados por la interrupción del embarazo de su pareja. Sin embargo, la demanda será inadmitida también en este caso, por estar manifiestamente mal fundada (§§ 1-5 de los fundamentos de derecho).

Finalmente, será el Tribunal, tras la entrada en vigor del Protocolo nº 11, en el asunto *Giampiero Boso c. Italia*, nº 50490/99, decisión sobre admisibilidad de la demanda, que la declara inadmisibile, de 5 de septiembre de 2002, de la Sección 1ª del TEDH, quien mostrará su acuerdo con la noción autónoma de víctima, que ha heredado de la doctrina construida por la antigua Comisión. Recordemos que tras la entrada en vigor del Protocolo nº 11, el 1 de noviembre de 1998, la Comisión desaparece y el TEDH queda como el único órgano jurisdiccional encargado de aplicar el Convenio; por tanto, también decidirá sobre la admisibilidad de las demandas, función que estaba encomendada a la Comisión.

En el asunto *Giampiero Boso c. Italia*, el demandante estaba casado, pero su esposa decidió abortar en contra de la voluntad del marido quien acudió a los tribunales italianos, ante los que vio rechazadas sus pretensiones. Se queja, ante el TEDH, de que la decisión de abortar corresponde legalmente solo a la mujer, en derecho italiano, y alega la vulneración de los artículos 2, 8 y 12 del Convenio. El TEDH reconoce la condición de víctima al demandante, en tanto que padre potencial cuyos derechos pueden verse afectados por la interrupción del embarazo de su esposa, aunque la declara manifiestamente mal fundada, como ocurre cada vez que un hombre presenta una demanda para cuestionar la legislación sobre el aborto, lo que ya nos deja claro que no basta con la condición

de víctima para que la demanda sea admitida, se requiere algo más, en primer lugar legitimación activa, que parece serle negada al padre potencial, como veremos más adelante (§ 1).

I.2.1.2. Una noción autónoma de víctima específica para la mujer

Por el contrario, la situación cambia radicalmente cuando hablamos de la mujer, la Comisión construye una noción de víctima específica para la mujer, en términos muy generosos. Reconoce la condición de víctima a toda mujer que esté en edad de procrear, es decir, no se exige que esté embarazada, solo que, por edad, pueda estarlo. El fundamento de esta noción autónoma de víctima reside en que la legislación sobre el aborto puede suponer una injerencia en la vida privada de la mujer, capaz de limitar su libertad sexual o de interferir en su derecho a la salud, o en su derecho a recibir información médica, u otros derechos, con una intensidad muy superior a la que pudiera sufrir un hombre y sin necesidad de que esté embarazada, pues puede limitar la libertad de cualquier mujer en edad de procrear. La consecuencia es que a la mujer se le permite cuestionar la legislación del aborto estatal mediante una acción muy cercana a lo que sería una *actio popularis*, que obliga a la antigua Comisión, más tarde al TEDH, a un examen en abstracto de la legislación sobre el aborto, cosa que hará en la práctica, aunque manifieste reiteradamente que no es su función. Parece que la posibilidad de un examen en abstracto y la aceptación de una suerte de *actio popularis* no impiden reconocer la condición de víctima a la mujer en edad de procrear, aunque no esté embarazada.

La construcción de esta noción autónoma de víctima, definida de una vez por todas, y no por etapas como la que ha sido construida para el hombre, la encontramos en el asunto *Rosemarie Brüggemann y Abdelhaid Scheuten c. La República Federal de Alemania*, nº 6959/75, decisión de la Comisión de 19 de

mayo de 1976 sobre admisibilidad de la demanda que la declara admisible, en el que las demandantes son mujeres que se quejan de la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que declaró inconstitucional la ley que permitía el aborto a simple voluntad de la mujer, dentro de las primeras doce semanas de embarazo, por lo que la legislación que resulta válida tras dicha sentencia consistirá en una regulación del aborto mediante un sistema de indicaciones. Las demandantes no están embarazadas, por lo que a primera vista su condición de víctimas parece cuestionable. Sin embargo, la Comisión acepta el argumento de las recurrentes (§ 5 de los fundamentos de derecho) basado en que una regulación del aborto mediante un sistema de indicaciones les obliga o bien a abstenerse de mantener relaciones sexuales o bien a utilizar métodos anticonceptivos que no desean, en ambos casos se trata de una injerencia, en su derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio. La Comisión acepta dichas razones y reconoce la condición de víctima de las demandantes, que no están embarazadas, pero cuyos derechos se ven afectados por la regulación del aborto, dado que son mujeres en edad de procrear. La Comisión entiende que el embarazo y su posible interrupción pertenecen a la vida privada y a la vida familiar, derecho a la vida privada en el que se incluye el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos, incluidas las relaciones sexuales. Por tanto, la regulación del aborto puede constituir una injerencia en la vida privada que puede, no obstante, mostrarse como justificada, conforme al apartado segundo del artículo 8 del Convenio, para lo que habría que realizar un test de proporcionalidad, en cada supuesto análogo al planteado. Pero, según la Comisión, este último argumento también vale respecto de las mujeres no embarazadas, siempre que estén en edad de procrear, cuyo derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos, incluidas las relaciones sexuales, puede verse limitado. Por tanto, la demanda debe ser admitida y reconocida la condición de víctima de las mujeres en edad de procrear, aunque no estén embarazadas. Por tanto, tener la edad para quedar embarazada es el criterio que determina la condición de víctima para las mujeres, en el sentido del antiguo artículo 25 del Convenio (actual artículo 34). La Comisión admitirá esta demanda por lo que entrará a conocer del fondo del asunto, contrariamente a lo ocurrido con las demandas

presentadas por los padres potenciales, reconocidos como víctimas, pero cuyas demandas son inadmitidas por estar manifiestamente mal fundadas, lo que nos pone sobre la pista de que al reconocimiento de la condición de víctima la Comisión añade otro requisito procesal que no aparece explícitamente, pero debemos suponer. En efecto, veremos que a la mujer en edad de procrear se le reconoce la condición de víctima y la legitimación activa para demandar, cuando impugna la legislación sobre el aborto, lo que no ocurre en el caso del padre potencial, al que se le reconoce la condición de víctima, pero no la legitimación activa para demandar, por lo que su demanda es inadmitida.

Esta construcción de una noción autónoma de víctima para la mujer, efectuada por la Comisión, será confirmada por el TEDH, en el asunto *Open Door y Dublín Well Women c. Irlanda*, nº 14234/88 y nº 14235/88, sentencia de 29 de octubre de 1992 del TEDH. En este asunto el TEDH reconoce la condición de víctima a las demandantes, la Sra. X y la Sra. Geraghty, entre otras demandantes. Se trata de dos mujeres que no están embarazadas, pero sí en edad de procrear, ambas alegan violación del derecho a recibir información del artículo 10 del Convenio, pues la legislación irlandesa prohíbe facilitar información sobre los servicios abortivos ofrecidos en el extranjero, a fin de impedir o dificultar que las mujeres irlandesas viajen al extranjero para interrumpir su embarazo. El Gobierno irlandés defendió que, tanto la Sra. X, como la Sra. Geraghty, carecen de la condición de víctima, pues ninguna de ellas está embarazada, por lo que reconocerles dicha condición equivaldría a aceptar una suerte de *actio popularis* (§ 41). Ante lo que el Tribunal declaró que el artículo 25 del Convenio (actualmente el artículo 34) habilita a los particulares a sostener que una ley viola sus derechos por la entrada en vigor de la misma, sin necesidad de un acto individual de ejecución, siempre que exista riesgo de que los demandantes deban soportar directamente los efectos de la ley. Añadió que existe riesgo de afectación, respecto de la Sra. X y la Sra. Geraghty, pues son mujeres en edad de procrear, por lo que pueden sufrir las restricciones de la ley que prohíbe facilitar información sobre los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en el extranjero, ley cuestionada en este procedimiento, por lo que debe serles reconocida la condición de víctima (§ 44). La demanda será admitida y el TEDH dictará sentencia sobre el fondo del asunto, una doctrina procesal muy

diferente a la construida para las demandas presentadas por hombres cuya condición de víctima solo es reconocida a los padres potenciales, que ven, sin embargo, inadmitidas sus demandas, porque se les niega la legitimación activa.

De esta manera queda confirmado por el TEDH que cualquier mujer en edad de procrear puede acudir ante él, cuando entienda que alguno de sus derechos, reconocidos en el Convenio, pueda verse vulnerado por una legislación estatal que regule o incida en la interrupción voluntaria del embarazo, pues se le reconoce la condición de víctima, así como la legitimación activa para demandar ante el Tribunal, noción autónoma de legitimación activa que comento en el apartado siguiente.

I.2.2. La legitimación activa de la mujer en edad de procrear

Hemos visto la diferente noción autónoma de víctima que corresponde a la mujer y al hombre. Pero admitir una demanda no solo exige, en el sistema del Convenio, cumplir con la condición de víctima, también se requiere de legitimación activa, noción que no aparece en la letra del Convenio, pero que es una categoría jurídica que debemos suponer, si queremos entender la doctrina procesal elaborada por el TEDH, y la antigua Comisión, en sus sentencias y decisiones. Se trata de una noción autónoma, construida por la Comisión y el Tribunal; pero, en esta ocasión, no de manera explícita, pues debe ser reconstruida a partir de los presupuestos que rigen la argumentación contenida en su jurisprudencia.

El TEDH, también lo hizo la antigua Comisión, reconoce que la mujer que ostenta la condición de víctima tiene legitimación activa para demandar ante el Tribunal. Sin embargo, negará dicha legitimación activa a los hombres que han

visto reconocida su condición de víctima⁴⁶. Es decir, a la mujer en edad de procrear le será reconocida legitimación activa para demandar, pero al padre potencial le será negada.

Tanto en el asunto *W.P. c. Reino Unido* (1980), como en *H. c. Noruega* (1992) y finalmente en *Giampiero Boso c. Italia* (2002) encontramos que la antigua Comisión y el TEDH, tras reconocer al demandante varón la condición de víctima, como padre potencial, inadmiten la demanda, por estar manifiestamente mal fundada, respecto de los distintos derechos alegados. Cuando los hombres demandantes alegan el derecho a la vida del *nasciturus*, la respuesta del Tribunal, o de la antigua Comisión, es que se trata de un derecho que no existe en el Convenio, por lo que carecen de legitimación activa. Si alegan el derecho a participar en la decisión sobre el aborto, sin ser titulares de ese derecho, según las legislaciones estatales, la respuesta es que carecen de legitimación activa, pues no son titulares de un derecho sustantivo estatal a decidir sobre el aborto. Por último, cuando alegan su derecho a la vida privada, incluido en el Convenio, ocurre que el Tribunal, o la antigua Comisión, realiza en abstracto una ponderación, entre el derecho a la vida privada de la mujer y el derecho a la vida privada del hombre, cuyo resultado es tan claro a favor de la mujer que hace innecesario un juicio de proporcionalidad plenario mediante una sentencia sobre el fondo, por lo que la demanda resulta nuevamente inadmitida, pero ahora por aparecer como manifiestamente mal fundada. En ninguno de dichos casos el Tribunal, o la antigua Comisión, ha admitido la demanda presentada por un demandante varón, pues o bien se le niega la legitimación activa o se declara que su queja está manifiestamente mal fundada. Pueden consultarse los siguientes párrafos de las resoluciones mencionadas que fundamentan lo dicho: en *WP. c Reino Unido*, nº 8416/78, decisión sobre admisibilidad que declara la demanda inadmisibile de 13 de mayo de 1980, §§ del 21 al 27; en *H c. Noruega*, nº 17004/90, decisión sobre la admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 19 de mayo de 1992, el párrafo final del

⁴⁶ El TEDH ha admitido diversas demandas en las que ha sido alegada la violación de los derechos reproductivos, véase ZAMPAS 2008: 254-255.

§ 1 de los fundamentos de derecho y §§ 3 y 4 de la misma sección; en *Giampiero Boso c. Italia*, nº 50490/99, decisión sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 5 de septiembre de 2002 (§§ 1 y 2 de los fundamentos de derecho).

En cambio, la demanda presentada por una mujer en edad de procrear será admitida por el TEDH, que resolverá sobre la compatibilidad entre la legislación estatal que regula el aborto y los derechos contenidos en el Convenio, mediante una sentencia plenaria, que entra a conocer del fondo del asunto.

Tanto en el caso *Rosemarie Brüggemann y Abdelhaid Scheuten c. La República Federal de Alemania* (1978) como en *Open Door y Dublín Well Woman c. Irlanda* (1992) encontramos demandantes mujeres que no solo ven reconocida su condición de víctima, como ya sabemos, sino que también ven admitidas sus demandas y obtienen sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto. Por tanto, el Tribunal reconoce legitimación activa para demandar a las mujeres en edad de procrear que cuestionan la compatibilidad con el Convenio de la legislación estatal sobre el aborto, cuando pueda verse vulnerado alguno de los derechos de las demandantes. En el asunto *Rosemarie Brüggemann y Abdelhaid Scheuten*, encontramos que la Comisión, en su decisión de 19 de mayo de 1976, admite la demanda, pues argumenta que las demandantes no alegan estar embarazadas ni que se les haya perseguido por aborto ilegal, simplemente sostienen que el embarazo y su interrupción pertenecen a la vida privada, asimismo que la regulación legal del aborto constituye una injerencia en la vida privada y que dicho punto de vista es acertado, pues el derecho a establecer relaciones con otras personas, incluidas las relaciones sexuales, pertenece a la vida privada, por lo que la regulación estatal del aborto constituye una injerencia en dicho derecho cuya justificación debe ser examinada en los términos del apartado segundo del artículo 8 del Convenio, lo que exige admitir la demanda (§§ 4 y 5). Mientras que en el asunto *Open Door y Dublín Well Woman*, el Tribunal reconoce, en su sentencia de 1992, la condición de víctima, de dos de las mujeres demandantes que no están embarazadas, aunque sí en edad de procrear, sin estimar ninguna de las excepciones procesales planteadas frente a la admisión de la demanda, por lo

que la admite y entra a conocer del fondo del asunto (§ 44). Por tanto, la legitimación activa de las mujeres demandantes en edad de procrear es confirmada por el Tribunal, a pesar de la opinión disidente del juez Baka, incluida en dicha sentencia, quien argumenta que la injerencia contenida en el derecho irlandés solo puede afectar a las mujeres embarazadas, por lo que las demandantes, Sra. X y Sra. Geraghty, carecerían de la condición de víctima, pues ni están embarazadas ni existe ningún otro punto de conexión relevante que pueda suponer una injerencia en sus derechos.

Por tanto, encontramos en la doctrina procesal del TEDH, y la antigua Comisión, un reconocimiento de la legitimación activa de la mujer en edad de procrear y un rechazo de la legitimación activa del padre potencial, fundado este último o bien en que el hombre no es titular del derecho que alega o bien en un test sumario de proporcionalidad cuyo resultado es favorable a los derechos de la mujer y que hace innecesario un juicio de proporcionalidad plenario⁴⁷.

I.2.2.1. La titularidad del derecho al aborto

La razón de un tratamiento tan desigual de los derechos procesales de mujeres y hombres, reside en el derecho sustantivo. En los asuntos que han sido planteados ante el TEDH, la regulación estatal enjuiciada establece que la titular del derecho a decidir la interrupción del embarazo corresponde a la mujer, sin que se reconozca ningún papel al hombre, al que ni siquiera se le debe

⁴⁷ Véase ERDMAN 2014: 169, donde nos dice que en una serie de casos iniciales, en los que los padres potenciales cuestionaron la regulación del aborto por constituir un atentado al derecho a la vida del *nasciturus* (*X. c. Reino Unido, RH c. Noruega y Boso c. Italia*), la Comisión y el Tribunal argumentaron diciendo que aún en el caso de que la vida del *nasciturus* debiera ser protegida, los supuestos en los que se permite el aborto constituyen una correcta ponderación entre los intereses del *nasciturus* y los derechos de la mujer. De tal manera que, aunque no fueron exitosas dichas reclamaciones, sentaron los fundamentos para una comprensión del derecho al aborto que permite una adecuada protección del *nasciturus* y de la mujer.

comunicar la decisión de abortar, por lo que tiene sentido que la legitimación activa corresponda a la mujer en edad de procrear y sea negada al padre potencial, ya que no es titular de derecho sustantivo alguno, relacionado con el aborto. El Tribunal reconoce lo acertado de dicha regulación sustantiva estatal, ya que es la salud física y psicológica de la mujer la que resulta afectada por el embarazo y su interrupción, por lo que el derecho de la mujer a disponer sobre su maternidad prevalece sobre el derecho del padre a decidir sobre su paternidad. No solo se trata de una regulación compatible con el Convenio, sino de una regulación acertada, a juicio del Tribunal. De esta manera, el Tribunal no ha reconocido, en su doctrina procesal, el derecho al aborto como tal, pero sí la preferencia de los derechos de la madre y sus intereses, sobre los derechos del padre, al menos de manera implícita⁴⁸.

Según la antigua Comisión, el derecho a la vida privada de la mujer puede verse afectado por la legislación estatal sobre el aborto, aunque la mujer no esté embarazada; pues basta que una mujer esté en edad de procrear para que una legislación restrictiva del aborto pueda limitar su libertad sexual, u obligarla a tomar anticonceptivos, o limitar su derecho a la información. Lo anterior justifica que sea reconocida a la mujer en edad de procrear: tanto la condición de víctima como la legitimación activa para demandar.

Es verdad que al padre potencial no se le puede negar legitimación activa, en relación con su derecho a la vida privada que también puede verse limitado por la regulación estatal del aborto, pues supone una injerencia en su derecho a ser padre, en su autonomía reproductiva, ya que es titular de dicho derecho sustantivo. Sin embargo, lo que hacen tanto la Comisión como el Tribunal en tales supuestos es declarar la demanda manifiestamente mal fundada tras un examen sumario de la cuestión, que les basta para mostrar que el derecho a la vida privada de la mujer en caso de aborto tiene un peso mayor que el derecho

⁴⁸ Véase COSENTINO 2015: 569-572, donde comenta la jurisprudencia del TEDH y llega a la conclusión de que los derechos de la mujer son para el Tribunal más relevantes que los del feto y los del padre potencial. Puede consultarse POLI 2017: 195-196, que llega a la misma conclusión, a partir del análisis de la jurisprudencia del TEDH, es decir, que los derechos de la madre y sus intereses son superiores a los del feto y a los del padre, en especial cuando existe riesgo para la vida o salud de la madre.

a la vida privada del padre potencial. Por tanto, no es necesario dictar una sentencia sobre el fondo del asunto, pues carece de sentido practicar un juicio de proporcionalidad plenario, conforme a lo establecido en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio, dado lo previsible del resultado, tras la ponderación en abstracto, por lo que concluyen inadmitiendo la demanda, por estar mal fundada, tras un test sumario de proporcionalidad.

En relación con el derecho a la vida del *nasciturus*, que ha sido alegado por padres potenciales ante el Tribunal, dicho derecho a la vida no ha sido reconocido por el Tribunal por lo que difícilmente podría reconocerse legitimación activa al padre potencial en nombre de su hijo putativo. Es cierto, que de la jurisprudencia del Tribunal puede deducirse que el *nasciturus* debe ser protegido en alguna medida. Sin embargo, según lo declarado por el Tribunal en el asunto *Vo. c. Francia*, nº 53924/00, sentencia de 8 de julio de 2004 de la Gran Sala del TEDH, no se debe confundir la titularidad de un derecho con la protección de un bien jurídico, el derecho a la vida del feto no existe en el Convenio. Aunque eso no significa que no deba ser protegido en alguna medida (§§ 80-89), pues existe un denominador común europeo que exige proteger al *nasciturus*, no por ser titular de derechos, sino por su potencialidad para devenir una persona⁴⁹.

Sin embargo, el grado de protección del *nasciturus* depende de la ponderación de sus intereses con los derechos de la mujer, que es la principal afectada, por lo que una demanda presentada por el padre potencial, para la protección del *nasciturus*, pero no de su derecho a la vida en cuanto tal, quizá sería el único supuesto en el que el Tribunal pudiera verse forzado a admitir la legitimidad activa del padre, aunque, dados los precedentes comentados, previsiblemente sería inadmitida, por aparecer como manifiestamente mal fundada, conclusión a la que llegaría el TEDH tras un juicio sumario, en el que serían tomados en cuenta los intereses del *nasciturus* y los derechos de la mujer, con un previsible resultado favorable a esta última.

⁴⁹ Véase SAURA 2015: 13, donde concluye, a partir del análisis de la sentencia del asunto *Vo c. Francia* (2004), que el derecho a la vida del feto no existe en el Convenio, pero sin que lo anterior implique que el feto no sea un bien jurídico digno de protección.

Parte de la doctrina sostiene que debería reconocerse legitimación activa al padre potencial, para que pudiera defender el derecho a la vida del *nasciturus* ante el Tribunal, pues dicha legitimación no ha sido reconocida a las organizaciones pro vida, lo que implica dejar al *nasciturus* completamente indefenso, pues carece de cualquier otro medio de defensa. Pero ya hemos comentado que, en la jurisprudencia del Tribunal, la legitimación activa del padre potencial, para defender el derecho a la vida del *nasciturus*, ha sido denegada de manera clara⁵⁰.

Hemos visto que la titularidad del derecho al aborto corresponde a la mujer, en las legislaciones estatales que han sido cuestionadas ante el Tribunal, atribución de la titularidad del derecho a la mujer que encuentra correcta nuestro Tribunal. Más en general, cabe deducir de los textos internacionales, y de la interpretación que los tribunales y organismos de seguimiento hacen de los mismos, que la mujer es titular de una serie de derechos reproductivos que se fundamentan en derechos y libertades civiles, como pueden ser el derecho a la vida privada, la libertad individual, el derecho a la información, también derechos sociales, entre los que incluiríamos el derecho a la salud⁵¹.

Parte de la doctrina, ha puesto de manifiesto que negar al padre cualquier intervención en la decisión sobre la interrupción del embarazo se aviene mal con la manera de entender la paternidad en nuestras sociedades, cuando se exige a los hombres que se involucren, no solo durante el embarazo, sino también en la crianza y educación del niño. Parece paradójico exigir al padre que participe en la crianza al mismo tiempo que se le excluye en la decisión sobre el aborto. No se trataría tanto de defender que la decisión sobre el aborto fuera compartida, es decir, que se exigiera también el consentimiento del padre putativo, pues parecería excesivo exigir la concurrencia de la voluntad de la mujer y del hombre,

⁵⁰ Véase PUPPINCK 2013-I: 186-187.

⁵¹ Puede consultarse SAURA 2015: 1ss.

como de reconocerle, al menos, un derecho a ser informado de la decisión adoptada por la mujer⁵².

La ponderación entre los derechos de la mujer y del hombre ha sido resuelta por el TEDH, en esta materia, mediante la adopción de un punto de vista procesal, favorable a los derechos de la mujer, en aquellos asuntos en los que ha sido cuestionada la legislación estatal que regula el derecho al aborto.

I.3. Ponderación entre los derechos de la mujer y la soberanía estatal: un paradigma procedimental

En este apartado, presentaré la distinción entre obligaciones negativas procedimentales y positivas procedimentales, ambos tipos de obligaciones son deducibles de los derechos reconocidos en el Convenio. Seguidamente, utilizaré dichas categorías para describir la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal, en relación con los derechos reproductivos. Finalmente, presentaré una exposición detallada de las sentencias en las que se produce el giro procedimental, en el tratamiento del derecho al aborto. Este giro procedimental supone un cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal, sobre el derecho al aborto, que se inicia con la sentencia del caso *Tysiak c. Polonia* (2007) y será confirmado en *A, B y C c. Irlanda* (2010). En ambos asuntos, este giro procedimental se refiere al derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio, doctrina procedimental consolidada en *R. R. c. Polonia* (2011) y en *P. y S. c. Polonia* (2012). Sin embargo, en estos dos últimos asuntos, el punto de vista procedimental, que adopta el Tribunal, se refiere tanto al derecho a la vida

⁵² Puede consultarse ESTRADA 2018: 19, donde observa que podría existir cierta contradicción entre la idea de que el varón no tiene por qué ser oído ni ostentar poder alguno de decisión en relación con el aborto al mismo tiempo que se le exige corresponsabilidad durante el desarrollo del embarazo, el nacimiento y la crianza del niño.

privada del artículo 8 como al derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio. La aplicación del paradigma procedimental al derecho a no sufrir trato degradante e inhumano introducirá, como veremos, una ambigüedad en la distinción entre obligaciones negativas y positivas, también en la distinción entre obligaciones sustantivas y procedimentales. Se trata de una ambigüedad que podría servir para justificar un nuevo cambio de paradigma, desde el que establecer un estándar mínimo en la protección del derecho sustantivo al aborto, aunque de momento solo es una posibilidad teórica que anuncio y será desarrollada en apartados posteriores. Seguidamente, desarrollo la explicación y justificación de las tesis mencionadas.

La presentación de los siguientes argumentos tiene forma deductiva, pues parte desde la teoría general hasta llegar a los pronunciamientos concretos, contenidos en las sentencias que analizamos. Sin embargo, esta forma en la presentación no debe llevarnos a engaño, pues desde el punto de vista de la justificación se trata de una construcción inductiva, de tipo fenomenológico, donde el fenómeno, lo dado, son las sentencias y las preguntas jurídicas concretas en ellas planteadas, así como los argumentos materiales que sirven como respuesta a las mismas. Solo desde las preguntas y argumentos contenidos en las sentencias del TEDH tiene sentido la distinción entre obligaciones negativas y positivas, sustantivas y procedimentales, garantías primarias y secundarias. Dichas distinciones teóricas son necesarias, si queremos entender los casos concretos y adoptar una visión teórica de conjunto, que nos permita proponer un nuevo cambio de paradigma, que haga posible avanzar en la construcción de un estándar mínimo europeo para un derecho sustantivo al aborto. Para esta exposición teórica, me basaré en Gerards (2019), entre otros.

I.3.1. Obligaciones negativas procedimentales y positivas procedimentales

El TEDH distingue, en su jurisprudencia, entre obligaciones negativas y positivas. La doctrina de las obligaciones positivas se inicia con la sentencia de 13 de junio de 1979 en el asunto *Marckx c. Bélgica*, nº 6833/74, sentencia de 13 de junio de 1979 del TEDH, en la que el Tribunal establece que el artículo 8 no se contenta con impedir que el Estado interfiera en el derecho a la vida privada, con exigirle una obligación negativa, sino que también exige al Estado el cumplimiento de obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo del derecho a la vida familiar (§ 31). La legislación belga incumplía dicha obligación positiva, al establecer un régimen jurídico diferente para los hijos de madres solteras y los hijos de madres casadas. El Tribunal controla el cumplimiento de dichas obligaciones positivas, mediante un método llamado del «justo equilibrio» con el que pondera el interés general de la comunidad con el respeto a los derechos humanos, método que deja un amplio margen de apreciación a los Estados. Esta doctrina será inmediatamente confirmada en la sentencia de 9 de octubre de 1979 del caso *Airey c. Irlanda*, nº 6289/73, en la que aparece con claridad tanto el principio de efectividad de los derechos como el de interpretación evolutiva del Convenio. El Tribunal establece que el fin del Convenio consiste en proteger los derechos para que no se conviertan en meramente teóricos o ilusorios, pues exige que sean garantizados, lo que afecta tanto a las obligaciones sustantivas como a las procedimentales, se trata del principio de efectividad de los derechos que aparecerá recurrentemente en la jurisprudencia del Tribunal, como uno de los principios básicos del sistema. En este caso, el Tribunal deduce, del artículo 6 del Convenio, un derecho de la demandante, que carece de recursos económicos suficientes, a la asistencia jurídica gratuita, a fin de permitir una tutela judicial efectiva y la igualdad de armas ante la ley. Se trata de hacer los derechos efectivos, a lo que añade el Tribunal que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales. Esta interpretación evolutiva contribuye a que la

protección de los derechos sea una realidad (§§ 25, 26 y 32). La doctrina de las obligaciones positivas cuyo fin es alcanzar la efectividad de los derechos mediante una interpretación evolutiva ya no será abandonada por el Tribunal⁵³.

Por tanto, los Estados deben abstenerse de vulnerar los derechos y libertades, son obligaciones negativas de los Estados, pero también deben adoptar medidas que permitan, a los individuos bajo su jurisdicción, ejercer sus derechos plenamente, es decir, los Estados tienen obligaciones positivas⁵⁴.

Las obligaciones negativas prohíben al Estado la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio, las disposiciones del Convenio están pensadas para imponer obligaciones negativas tradicionales⁵⁵.

No obstante, puede darse una injerencia estatal en un derecho sin que suponga una violación del mismo, en aquellos casos en que la medida causante de la injerencia aparezca como justificada conforme a lo previsto en el apartado segundo de los artículos 8 al 11 del Convenio, ambos inclusive. Cuando se trate de los derechos contenidos en estos artículos el TEDH deberá realizar un juicio de proporcionalidad. Previamente debe determinar si la injerencia afecta a un derecho contenido en el Convenio, no solo desde un punto de vista teórico, sino también concreto, pues si existe la posibilidad para el individuo de ejercer el derecho y eludir la interferencia estatal, entonces no cabe hablar de violación del derecho. Si la injerencia estatal es efectiva, entonces procede aplicar el Convenio y practicar el juicio de proporcionalidad que se desarrolla en diferentes fases consecutivas. Una primera fase exige la existencia de una previsión legal de la medida en el derecho estatal, medida que supone una injerencia en el

⁵³ Puede consultarse LÉCUYER 2017: 22-23, donde a partir de las sentencias más significativas correspondientes a cada categoría jurídica, o derecho incluido en el Convenio, presenta una definición breve, pero esclarecedora. En estas páginas presenta la categoría de obligación positiva, así como el criterio que sigue el TEDH para una interpretación evolutiva del Convenio.

⁵⁴ Véase COSTA 2017: 79-80, donde presenta la distinción entre obligaciones negativas y positivas.

⁵⁵ Puede consultarse GERARDS 2019: 110, donde define las obligaciones positivas contraponiéndolas a las negativas, a partir del análisis del juicio de proporcionalidad que realiza el TEDH cuando deduce una obligación positiva.

derecho contenido en el Convenio. Superada esta fase, en la segunda debe comprobarse la concurrencia de un fin legítimo perseguido por la medida estatal, siempre que se trate de un fin legítimo subsumible bajo alguno de los fines incluidos en el apartado segundo de los artículos 8 al 11 del Convenio. Si existe dicho fin legítimo, debe darse paso a la tercera fase, en la que será examinada la necesidad de la medida, que exigirá que no pueda alcanzarse dicho fin legítimo por otros medios, menos lesivos para el derecho alegado. Finalmente, si la medida es necesaria, debe ponderarse si existe un justo equilibrio, o proporción, entre la limitación del derecho producida y el fin legítimo perseguido. El TEDH debe comprobar que concurren dichos elementos consecutivamente, solo cuando falte alguno de los mismos concluirá que se ha producido una violación del derecho. En caso contrario, es decir, si son superadas todas las fases mencionadas, se entenderá que la vulneración del derecho no ha sido acreditada, que no ha sido violado el derecho, pues la injerencia aparece como justificada. En ocasiones ocurre que este juicio de proporcionalidad no adopta la forma de un juicio plenario que recorre todas las etapas mencionadas mediante un examen de las circunstancias concretas del caso hasta finalizar en una sentencia definitiva sobre el fondo del asunto, sino que se reduce a un examen sumario y abstracto en el que el juicio de ponderación es previo a la admisión de la demanda y presenta una forma esquemática, pues no entra a conocer de todos los detalles relevantes del caso concreto, en estos supuestos se procede a la inadmisión de la demanda por aparecer como manifiestamente mal fundada, siempre que el examen sumario de proporcionalidad arroje con claridad que es correcta la ponderación realizada por el Estado, entre los derechos o intereses en juego, pues aparece como evidente que entra dentro del margen de apreciación concedido al Estado, en aplicación del principio de subsidiariedad. Mientras que, si persisten dudas sobre el resultado del juicio de ponderación realizado de manera sumaria, entonces la demanda debe ser admitida y el Tribunal entrará a conocer del fondo del asunto, lo que implica practicar un test

de proporcionalidad en un juicio plenario que recorrerá todas las fases mencionadas, al menos idealmente⁵⁶.

En relación con otros derechos contenidos en el Convenio, cuya naturaleza es absoluta, distintos de los comprendidos en los artículos 8 al 11 del Convenio, es decir, cuando la injerencia estatal afecta a derechos que son absolutos, absolutos en el sentido de que el artículo que los recoge no contempla un apartado segundo que establezca los supuestos en los que se permite la injerencia. Lo anterior ocurre, por ejemplo, con el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio. En dichos supuestos, el TEDH debe examinar si la injerencia alcanza el umbral mínimo de intensidad exigido, en cuyo caso debe apreciar directamente que se ha producido la violación del derecho⁵⁷.

Para otros derechos contenidos en el Convenio, distintos de los comprendidos en los artículos 8 al 11 o de los llamados derechos absolutos, estos últimos por no incluir el artículo que los recoge cláusulas de justificación de la limitación del derecho, tenemos que ni se establece un test de proporcionalidad ni un examen del umbral de afectación mínimo exigido. En dichos casos lo más difícil será determinar si el supuesto de hecho queda subsumido bajo el derecho incluido en el Convenio, es el caso del derecho a la vida, en el que lo más complicado será determinar en qué supuestos se aplica, pero cuya injerencia, una vez determinada la aplicabilidad del derecho al

⁵⁶ Para apreciar la violación de una obligación negativa el Tribunal sigue el siguiente razonamiento que atraviesa tres fases. En primer lugar, examina si la queja corresponde a un derecho del Convenio. En segundo lugar, si ha existido interferencia en el ejercicio del derecho. Finalmente practica el test de proporcionalidad, al menos cuando se trata de los derechos contenidos en los artículos 8 al 11 del Convenio, véase GERARDS 2019: 110. Sobre el juicio de proporcionalidad que utilizan los tribunales constitucionales y el Tribunal de Estrasburgo puede consultarse la monografía de BRAGE 2004: 215ss.

⁵⁷ El derecho a la vida no es absoluto, en la medida en que contiene una serie de excepciones específicas contenidas en el apartado segundo del artículo 2, aunque funcione en la práctica como un derecho absoluto, siempre que no concurren las circunstancias contenidas en el apartado segundo.

supuesto de hecho planteado, fuera de los límites expresos contenidos en el apartado segundo del artículo 2, lleva a estimar la violación del derecho⁵⁸.

El TEDH impone a los Estados no solo obligaciones negativas, sino también positivas, lo que ha aumentado considerablemente las obligaciones de los Estados deducidas del Convenio. Las obligaciones positivas pueden ser sustantivas o procedimentales, aunque esta distinción puede aparecer como difusa en la práctica, como veremos.

Las obligaciones negativas se basan literalmente en el texto del artículo del Convenio que recoge el derecho. La violación del derecho por parte del Estado puede ser deducida tanto desde un juicio de proporcionalidad como desde la comprobación de que se ha alcanzado el umbral de gravedad exigido o de que se trata de un derecho protegido directamente por el Convenio, según el tipo de derecho de que se trate, como ya ha sido comentado⁵⁹.

Por su parte, las obligaciones positivas no se deducen literalmente del texto del Convenio. La diferencia entre las obligaciones negativas y positivas puede resumirse de la siguiente manera. Las negativas están directamente en el texto del Convenio, en su literalidad, mientras que las positivas solo estarían implícitas en el mismo, serían deducibles mediante la interpretación del Convenio por el TEDH. Generalmente, las negativas establecen una abstención del Estado frente a un derecho individual, mientras que las positivas exigen una actuación del Estado. El incumplimiento por el Estado de una obligación negativa, cuando se trata de un derecho absoluto, por ejemplo, el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, no puede justificarse en ningún caso, afirmación que no puede ser mantenida de manera tan clara en el caso de incumplimiento por el Estado de una obligación positiva, porque está definida en términos menos absolutos, cabría presentar en tales supuestos una justificación

⁵⁸ Recordemos la falta de consenso en la definición del inicio de la vida humana que justifica, a juicio del Tribunal, reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados, a la hora de establecer un marco de protección del *nasciturus*. Es decir, el Tribunal renuncia a una definición autónoma de dicho concepto y se remite a la que pueda establecer cada Estado.

⁵⁹ Véase BURGORGUE-LARSEN 2015: 55-57, sobre la teoría de las obligaciones positivas.

de la injerencia mediante un juicio sobre la proporcionalidad de la medida estatal⁶⁰.

Las obligaciones positivas de los Estados pueden deducirse y justificarse a partir de los principios asumidos por el Tribunal en su jurisprudencia, como pueden ser el principio de efectividad, que ya hemos comentado. También desde el principio que exige una interpretación evolutiva del Convenio. Las disposiciones del Convenio no establecen con claridad los criterios aplicables en el examen de las obligaciones positivas. Dichos criterios han sido construidos jurisprudencialmente y pueden reducirse a tres. Un primer criterio, normalmente utilizado cuando se trata de los derechos incluidos en los artículos 8 al 11 del Convenio, consiste en practicar un test en el que se pondera el derecho individual que ha sufrido una injerencia y el interés general alegado por el Estado. Un segundo criterio, utilizado cuando se trata de los artículos 2 y 3 del Convenio, consiste en practicar un test de razonabilidad que consistirá en comprobar si el Estado ha identificado con suficiente cuidado y ponderado adecuadamente el conflicto de intereses y si ha seguido un procedimiento justo y público. Por último, se utilizan como criterios una serie de principios utilizados por el Tribunal, como el principio de efectividad de los derechos o el de interpretación evolutiva del Convenio⁶¹.

En relación con las obligaciones positivas, podemos distinguir entre garantías primarias y secundarias, tanto unas como otras son exigidas a los Estados por el Tribunal. Las garantías primarias de los derechos exigen que sean introducidas la prohibición de la lesión del derecho, así como la obligación de tutela y satisfacción del mismo, la prohibición de lesión es una obligación negativa, la obligación de tutela y satisfacción es una obligación positiva. Las garantías secundarias predisponen la garantía jurisdiccional y administrativa.

⁶⁰ Puede consultarse GERARDS 2019: 132, donde examina la diferencia entre las obligaciones negativas y las positivas.

⁶¹ GERARDS 2019: 110-113.

Las obligaciones positivas procedimentales son eminentemente garantías secundarias⁶².

Las obligaciones negativas incluyen garantías primarias y secundarias de los derechos, lo mismo ocurre con las obligaciones positivas. El texto del Convenio recoge las garantías primarias bajo la forma de obligaciones negativas explícitas y de obligaciones positivas implícitas; mientras que las obligaciones secundarias, sean negativas o positivas, son construidas por el Tribunal, cuando aplica en su jurisprudencia principios como el de efectividad de los derechos o el de interpretación evolutiva del Convenio.

La doctrina de las obligaciones positivas, que fue creada, como ya he señalado, a partir de los asuntos *Marckx c. Bélgica* (1979) y *Airey c. Irlanda* (1979), es completada con la sentencia de 8 de julio de 2004 del caso *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*, nº 48787/99, de la Gran Sala del TEDH, que vincula la noción de obligación positiva con el artículo 1 del Convenio (§§ 31-34), desde el que deduce una obligación positiva jurisdiccional de carácter general a fin de garantizar los derechos⁶³.

Las obligaciones positivas exigen que los Estados garanticen los derechos, en aplicación del principio de efectividad. Para ello deben establecer un marco jurídico sustantivo, que incluya normas procesales y procedimentales, además de unos servicios públicos y una actuación de las autoridades, coherentes todos ellos con la protección de los derechos reconocidos en el Convenio⁶⁴. Es cierto que el test que practica el Tribunal se estructura de manera diferente en las obligaciones negativas y en las positivas, pues en estas últimas no sigue un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Cuando se encuentra

⁶² Para la distinción entre garantías primarias y secundarias véase FERRAJOLI 2014: 58-59, 113-115 y 176-183.

⁶³ Véase CASADEVALL 2012: 150-151, donde presenta la teoría de las obligaciones positivas a partir de los asuntos más significativos resueltos por el TEDH.

⁶⁴ Puede consultarse HARRIS 2018: 24-27 y 510-514, donde analiza la teoría de los efectos horizontales, tanto en relación con las obligaciones negativas como con las positivas; asimismo, examina las obligaciones procedimentales deducibles del artículo 8 del Convenio, así como las obligaciones negativas y positivas deducibles de dicho artículo.

ante una obligación positiva, el Tribunal debe establecer, en primer lugar, si una interpretación razonable del Convenio exige una actuación positiva, en cuyo caso y *prima facie* puede ser exigida al Estado. A continuación, el Tribunal examinará si el Estado ha hecho todo lo que estaba en su mano por cumplir con su obligación. El problema que se plantea ante el TEDH es hasta dónde alcanza la obligación positiva del Estado. También puede plantearse el problema en términos de si el Estado falló en la aplicación de las medidas. De esta manera, el test que practica el Tribunal, cuando se trata de obligaciones positivas, sirve tanto para definir dichas obligaciones como para comprobar si se han cumplido en un caso concreto. Pero no siempre utiliza esta forma de argumentación, pues en ocasiones el Tribunal recurre al principio de efectividad de los derechos o al criterio de interpretación evolutiva, como buenas razones para deducir una obligación positiva a partir del Convenio.

Hemos señalado que las obligaciones positivas se dividen en sustantivas y procedimentales. Las sustantivas reconocen derechos conexos con los derechos garantizados, lo que permite extender el contenido literal del Convenio; en ocasiones, han planteado cierto reconocimiento de los derechos económicos y sociales, aunque muy limitado. Las obligaciones positivas son especialmente útiles a la hora de plantear la garantía de los derechos sociales, que requieren de una actuación del Estado en lugar de una abstención. Un ejemplo de obligación positiva de este tipo lo encontramos en el asunto *Airey c. Irlanda* (1979), cuando el Tribunal concluye que el Estado debe prestar asistencia legal a los demandantes sin recursos (§ 33). Sin embargo, el Tribunal también ha establecido en su jurisprudencia que de los derechos del Convenio no se puede reconocer con carácter general obligaciones positivas de carácter socioeconómico⁶⁵.

En cambio, las obligaciones positivas procedimentales exigen la garantía de los derechos mediante el establecimiento por los Estados de un sistema legal, de unos servicios y una práctica estatal que hagan efectivos los derechos

⁶⁵ Para un estudio completo de la solución que el TEDH ha dado al problema de los derechos sociales, véase GARCÍA MANRIQUE 2018.

reconocidos por el propio Estado. Las obligaciones positivas sustantivas se definen por contraposición a las procedimentales, pero más allá de dicha contraposición incluyen un conjunto muy heterogéneo de obligaciones según las circunstancias de cada caso⁶⁶.

Las obligaciones positivas procedimentales permiten proteger no solo el estándar mínimo establecido por el Tribunal en su jurisprudencia, sino también cualquier estándar superior asumido por un Estado, pues son obligaciones que exigen coherencia deóntica y completud deóntica, que el Tribunal deduce del principio de efectividad⁶⁷. Por ejemplo, en el caso *A, B y C c. Irlanda* (2002) el Tribunal reconoce un amplio margen de apreciación estatal, para regular el aborto; pero una vez regulado, exige que el marco legal sea coherente con los derechos reconocidos y que tenga en cuenta los diversos intereses concurrentes, de acuerdo con los derechos incluidos en el Convenio, en particular deben establecerse los procedimientos que permitan a una mujer embarazada conocer si cumple los requisitos exigidos para acceder al aborto legal (§ 249). El Tribunal garantiza el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por un Estado, lo que exige la creación de un marco legal estatal con garantías procedimentales adecuadas⁶⁸.

La doctrina de las obligaciones positivas procedimentales dispone que los Estados no pueden establecer derechos, es decir, garantías primarias, sin establecer las garantías secundarias correspondientes, que se concretan en obligaciones positivas procedimentales, pues incumplirían el principio de efectividad y el de interpretación evolutiva, ambos necesarios para una interpretación progresista del Convenio. Esta obligación procedimental estatal alcanza tanto a las medidas que deben adoptarse *ex ante*, que son garantías de los derechos, como *ex post*, que sirven para investigar y exigir

⁶⁶ Véase GERARDS 2019: 114-128.

⁶⁷ Sobre la distinción entre garantías primarias y secundarias, incluido el postulado lógico de completud deóntica como garantía de los derechos, puede consultarse FERRAJOLI 2014: 259.

⁶⁸ Véase GERARDS 2019: 129-130.

responsabilidades, en caso de incumplimiento por parte del Estado o sus agentes.

Hasta aquí una descripción general de la teoría de las obligaciones positivas construida por el Tribunal en su jurisprudencia, que nos servirá para iniciar el estudio de las sentencias en las que ha sido planteado el problema del derecho al aborto.

I.3.2. Los derechos reproductivos y las obligaciones positivas procedimentales

¿Qué obligaciones negativas y positivas exige el TEDH a los Estados en relación con los derechos reproductivos?

Distinguiré entre los derechos reproductivos del padre potencial, los intereses del *nasciturus* y los derechos reproductivos de la mujer. Veremos si el Tribunal ha definido un estándar mínimo europeo o ha renunciado a cumplir con su función en esta materia.

Ya hemos visto, en la jurisprudencia de los órganos del Convenio, que padres potenciales se han quejado de las leyes sobre el aborto, legislación que no les concede el derecho a participar en la decisión de abortar, una jurisprudencia en la que tanto el Tribunal como la antigua Comisión han concluido que la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo corresponde en exclusiva a la mujer, ante lo que los padres potenciales han alegado que se habría producido una injerencia injustificada en su derecho a ser padre, comprendido en el derecho a la vida privada⁶⁹. Es decir, dichos padres

⁶⁹ Se trata de las sentencias que ya fueron comentadas en el apartado de este capítulo dedicado al paradigma procesal, dictadas en los asuntos: *X c. Austria*, nº 7045/75; *X c. Reino Unido*, nº 8416/78; *H. c. Noruega*, nº 17004/90 y *Giampero Boso c. Italia*, nº 50490/99.

potenciales han alegado el incumplimiento por los Estados de sus obligaciones negativas contenidas en el artículo 8 del Convenio. Como ya sabemos, el Tribunal ha decidido en tales casos, siguiendo un paradigma procesal y tras un juicio de proporcionalidad sumario, en el que pondera los derechos del padre potencial y de la mujer embarazada, con un resultado favorable a la mujer, inadmitir dichas demandas por estar manifiestamente mal fundadas. La jurisprudencia del Tribunal ha sido consistente cuando ha protegido los derechos de la mujer embarazada frente a los derechos del padre potencial, pues ha resuelto, en caso de conflicto entre el derecho del padre, a decidir sobre su paternidad, así como sobre su vida privada, y el derecho de la mujer, a decidir sobre su maternidad, así como sobre su vida privada, que el hombre no tiene derecho a decidir sobre el aborto porque la mujer es la principalmente afectada por el embarazo y su interrupción.

Hablamos en este contexto de paradigma procesal porque el Tribunal no dicta una sentencia sobre el fondo del asunto, sino una decisión de inadmisión de la demanda. Por tanto, la injerencia en el derecho a la vida privada del padre potencial, que la regulación del aborto implica, cuando le niega cualquier tipo de participación en la decisión de abortar, aparece *ex ante* como justificada por la protección del derecho a la vida privada de la mujer embarazada, a la que el TEDH atribuye mayor importancia que a la protección del derecho a la vida privada del padre potencial.

Por su parte, madres que han perdido a su hijo, a causa de una negligencia médica, supuestos de aborto involuntario, se han quejado de aquellos Estados cuya legislación no exige responsabilidad penal a los responsables de dicha negligencia médica, pues entienden que incumplen con una de sus obligaciones positivas deducibles del Convenio. El Tribunal ha reconocido, en estos casos, la existencia de una obligación positiva del Estado, que exige proteger al *nasciturus*, pero cuya naturaleza no debe ser necesariamente penal, pues basta establecer una responsabilidad civil o administrativa. En el asunto *Vo. c. Francia* (2004), el TEDH reconoció una obligación positiva, pues no se pronunció sobre el derecho a la vida del *nasciturus*, pero sí razonó, siguiendo un paradigma procedimental que, si un

Estado reconoce que el *nasciturus* debe ser protegido, entonces tiene la obligación positiva de garantizar dicha protección, para que sea efectiva (§ 88). El giro procedimental se explica desde el principio de subsidiariedad, pues se entiende que los Estados están mejor situados para proteger los derechos, lo que lleva a reconocerles un amplio margen de apreciación en el establecimiento de los medios para su garantía. De esta manera se reconoce la existencia de una obligación positiva de los Estados, que les exige garantizar los intereses del *nasciturus* frente a posibles negligencias médicas, con un nivel mínimo de protección que se satisface mediante un sistema de responsabilidad civil o administrativa, como estándar mínimo, aunque no se impide que el Estado pueda establecer un sistema más exigente, con consecuencias penales, un nivel de protección superior al mínimo establecido por el Tribunal. En la sentencia de 2004 del asunto *Vo. c. Francia*, se nos dice que la pregunta sobre el inicio de la vida debe ser respondida por los Estados, dentro del margen de apreciación que les es reconocido en esta materia, pues no existe un consenso europeo sobre la naturaleza y el estatus del embrión o del feto (§ 80). Recuerda que el Convenio de Oviedo no define el término persona y el informe explicativo indica que, ante la falta de unanimidad, los Estados han optado por dejar al derecho interno su precisión. Por tanto, en este asunto, en el que se juzga una interrupción del embarazo, consecuencia de una negligencia médica, debemos preguntarnos si la protección jurídica ofrecida por Francia, ante la pérdida del feto, satisface las exigencias procedimentales del artículo 2. El Tribunal examina si las vías de recurso de las que disponía la madre eran suficientes para la protección del *nasciturus* (§§ 80-88) y concluye que un sistema judicial eficaz no exige necesariamente una vía penal, pues basta la civil o administrativa, por lo que no se habría producido violación del Convenio (§ 90)⁷⁰.

⁷⁰ Véase ERDMAN 2016: 171-172.

I.3.2.1. Un paradigma procedimental para el derecho al aborto

Encontramos en la jurisprudencia del TEDH mujeres en edad de procrear, o embarazadas, que se han quejado ante el Tribunal de las regulaciones estatales restrictivas del aborto cuando han entendido que suponen una injerencia injustificada en su derecho a la vida privada. El Tribunal ha declarado admisibles la mayor parte de dichas demandas, reconociendo a las demandantes tanto la condición de víctimas como legitimación activa para demandar, pero no ha estimado la violación de la obligación negativa, por cuanto en el juicio de proporcionalidad ha reconocido a los Estados un amplio margen de apreciación en la materia, pues aunque existe un consenso europeo sobre el aborto en términos liberales, no es menos cierto que no existe un consenso sobre el comienzo de la vida humana ni sobre el grado de protección que debe ser reconocido al *nasciturus*, por lo que el margen de apreciación reconocido a los Estados es muy amplio en la regulación del aborto.

Para el estudio de la doctrina del margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio me he basado, principalmente, en la obra de Javier García Roca, catedrático de derecho constitucional en la Universidad Complutense, publicada en el año 2010⁷¹.

La doctrina del margen de apreciación se basa en tres elementos: la legitimación democrática, la ausencia de un consenso entre los Estados y la naturaleza de la materia, ya se refiera a la seguridad nacional, la economía o la moral. Estos tres elementos son utilizados como argumentos que justifican la concesión de un amplio margen de apreciación estatal, cuando hablamos del derecho al aborto. Sin embargo, la legitimación democrática, la idea de que la

⁷¹ Véase GARCÍA ROCA 2010, se trata de una monografía sobre la doctrina del margen de apreciación nacional en la que se examina la dialéctica entre el respeto a la soberanía estatal, que el principio de subsidiariedad exige, y la necesidad de construir un orden público europeo, para la garantía de los derechos contenidos en el Convenio.

opinión de la mayoría legítima sin más un derecho, refleja una concepción muy pobre de democracia, pues los derechos humanos no dependen de lo que decidan las contingentes mayorías parlamentarias. La ausencia de un consenso tampoco determina sin más que deba concederse un amplio margen de apreciación a los Estados, pues precisamente la función del Tribunal es establecer un estándar mínimo exigible en aquellas materias sobre las que no existe consenso⁷². El recurso al consenso solo debería servir para excluir el margen de apreciación, cuando concurre dicho consenso, pero en ausencia del mismo no debería reconocerse, sin más, un amplio margen de apreciación estatal. Recordemos que un tratado de derechos humanos no es un tratado basado en el principio de reciprocidad, pues obliga a los Estados a reconocer un nivel mínimo en la garantía de los derechos de los individuos bajo su jurisdicción, por lo que no debería desempeñar un papel relevante la práctica estatal. En cuanto a la naturaleza moral de la materia, como criterio para reconocer un amplio margen de apreciación, parece un camino peligroso en una tradición liberal como la europea, en la que la libertad religiosa y moral debería estar garantizada y ser fomentada⁷³.

El TEDH argumenta que preservar los sentimientos morales de un pueblo es uno de los fines legítimos, incluido en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio, que permite justificar una injerencia en el derecho a la vida privada y que el grado de protección reconocido al *nasciturus* está comprendido dentro de esos sentimientos morales de un pueblo. El Tribunal realiza, en tales casos, un

⁷²Véase ANSUÁTEGUI 2013: 306-349, donde nos presenta la tensión entre la decisión democrática mayoritaria y el respeto por los derechos fundamentales, «la voluntad de la mayoría frente a la razón de los derechos», no tanto como una contradicción, sino más bien como una «tensión irresoluble» que debe ser administrada con prudencia, desde una concepción de la dimensión material del Estado de Derecho y de nuestras constituciones que entiende los derechos fundamentales como ese mínimo moral que debería ser compartido por todos.

⁷³ Véase COSENTINO 2015: 574-580, donde critica la doctrina del margen de apreciación, pues un tratado de derechos humanos no es un acuerdo basado en la reciprocidad, sino un pacto por el que los Estados se obligan a respetar un estándar mínimo en la protección de los derechos humanos. Puede consultarse FERRAJOLI 2014: 79ss, donde defiende una concepción sobre los derechos fundamentales como fragmentos de la soberanía popular, desde un punto de vista liberal. Asimismo, en FERRAJOLI 2019.

test de proporcionalidad del que puede resultar que la injerencia en el derecho a la vida privada aparezca como justificada, por ser proporcionada al fin que consiste en la defensa de las convicciones morales sobre el inicio de la vida humana y su protección. Por todo ello, el Tribunal niega que las regulaciones estatales restrictivas del aborto, cuestionadas por las demandantes mujeres, excedan del margen de apreciación reconocido a los Estados, por lo que no se habría violado la obligación negativa, que prohíbe la injerencia injustificada en el derecho a la vida privada de la mujer. Con base en la argumentación comentada, no encontramos en la jurisprudencia del Tribunal ninguna sentencia que declare la violación de una obligación negativa en relación con el derecho al aborto, es decir, no ha sido establecido un estándar mínimo objetivo que proteja el derecho a la vida privada de las mujeres frente a la prohibición del aborto. Por tanto, el Tribunal se ha negado a reconocer un derecho al aborto sustantivo. Solo ha estimado la violación del artículo 8 en su aspecto procedimental, como obligación positiva del Estado, que debe establecer un conjunto de procedimientos efectivos y accesibles que garanticen el derecho al aborto, en caso de que haya sido reconocido en el derecho estatal⁷⁴.

El TEDH ha reconocido, siguiendo los argumentos comentados, el incumplimiento de obligaciones positivas por parte de aquellos Estados que no han desarrollado un marco legislativo y ejecutivo, que garantice el derecho al aborto recogido en su derecho interno o que lo han hecho de manera deficiente. La garantía procedimental debe cumplir los cuatro requisitos siguientes: 1) que el derecho nacional establezca un órgano que de manera independiente examine el supuesto y fundamente su decisión, 2) que la mujer interesada sea oída, 3) que la decisión sea tomada en un plazo breve que permita el ejercicio efectivo del derecho y 4) que la decisión pondere los distintos intereses en juego. Pero no corresponde al TEDH especificar la manera más apropiada de cumplir con la obligación positiva procedimental, en virtud del principio de subsidiariedad,

⁷⁴ Véase MORGAN 2013: 967-972, donde señala que el TEDH ha afirmado en su sentencia del asunto *A, B y C c. Irlanda* (2010) que el artículo 8 no incluye el derecho al aborto, pero sí una obligación procedimental dirigida al Estado.

pues en el cumplimiento de las obligaciones positivas también se reconoce un amplio margen de apreciación al Estado⁷⁵.

El TEDH ha concluido que, si un Estado reconoce el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en determinados supuestos, debe garantizar, a la mujer que cumple los requisitos establecidos, el ejercicio efectivo del derecho. Se trata de una obligación positiva procedimental que exige coherencia en la regulación estatal de esta materia. Es lo que se conoce como el giro procedimental en la jurisprudencia sobre el derecho al aborto. Se basa en reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados en la regulación del aborto, pues el Tribunal no ha querido hasta el momento establecer un estándar mínimo en la protección de los derechos reproductivos de la mujer; pero en exigir al Estado que, si establece un nivel de protección determinado, debe garantizar dicha protección, mediante la creación de un marco jurídico completo que permita el acceso de la mujer al aborto legal y seguro. De lo contrario, el Estado incurrirá en un incumplimiento de sus obligaciones positivas procedimentales, pues a la vez que establece derechos los incumple en la práctica. En tales casos el Estado vulnera su obligación de garantizar un derecho que ha reconocido, en contra del principio de efectividad.

En la doctrina se habla del giro procedimental, o del paradigma procedimental, en términos positivos en unos casos o críticos en otros, pero la mayoría de la doctrina acepta que el Tribunal ha renunciado a reconocer un derecho al aborto sustantivo, pues no establece obligaciones sustantivas estatales para esta materia, ya que se contenta, de momento, con garantizar que los Estados, que reconocen el derecho al aborto, lo garanticen de manera efectiva.

Entre los críticos del paradigma procedimental, se ha dicho que la jurisprudencia procedimental del Tribunal es una protección de la mujer muy limitada, pues no ha sabido ver que la prohibición del aborto es una discriminación de la mujer. Asimismo, se ha argumentado que desde una

⁷⁵ Véase PUPPINCK 2013-II: 218-222, donde analiza cómo se concreta la obligación procedimental que el TEDH exige en sus sentencias sobre el aborto.

doctrina procedimental no es posible proteger de manera adecuada el derecho al aborto; por ejemplo, el derecho procesal puede servir tanto para hacer los derechos sustantivos más efectivos como para entorpecer su ejercicio, lo mismo valdría para la actuación de la administración⁷⁶.

Desde dicho paradigma procedimental, el Tribunal ha apreciado la violación del derecho a la vida privada, en los supuestos en que un Estado establece el derecho al aborto, para determinadas indicaciones, sin crear al mismo tiempo el marco que permita a la mujer conocer si reúne los requisitos legales para hacer efectivo su derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. Se trata claramente del incumplimiento de una obligación positiva procedimental. El giro procedimental se inicia con el asunto *Tysiác c. Polonia*, nº 5410/03, sentencia de 20 de marzo de 2007 de la Sección 4ª del TEDH, en cuya sentencia se produce el giro procedimental, que será seguido por la jurisprudencia posterior del Tribunal. La sentencia dictada en este asunto fue importante para los derechos de las mujeres porque la doctrina que contiene sirve, al menos, para garantizar certidumbre y seguridad en el acceso al aborto terapéutico, en los Estados en los que se contemple dicha indicación⁷⁷.

Pero el Tribunal ha ido más allá en sus pronunciamientos, posteriores al comentado, porque ha estimado la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, del artículo 3 del Convenio, por parte de aquellos Estados que reconocen el derecho al aborto legal, en determinados supuestos o indicaciones, para impedir a continuación su ejercicio en la práctica, mediante todo tipo de obstáculos que someten a la mujer a una situación de sufrimiento físico, psíquico y moral, agravado por su situación de vulnerabilidad en tales circunstancias. En principio, podemos decir que se trata de una obligación positiva procedimental, pues nuevamente consiste en que un Estado incumple su obligación de coherencia entre los derechos teóricos que reconoce y su

⁷⁶ Puede consultarse FENWICK 2014: 218-219, donde concluye que la jurisprudencia del TEDH sobre el aborto es básicamente de naturaleza procedimental, tras analizar las distintas sentencias sobre la materia.

⁷⁷ Véase PRIAULX 2008: 361-377, donde comenta el punto de vista procedimental adoptado por el TEDH en la sentencia *Tysiác c. Polonia* (2007).

garantía efectiva. Sin embargo, la línea que separa las obligaciones sustantivas de las procedimentales no está tan clara en estos casos. El problema que se nos plantea y que nos hace dudar de la utilidad de la distinción entre obligaciones sustantivas y procedimentales, en aquellos casos en los que se alega la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, consiste en que el maltrato que sufre la mujer parece que no cambia, ni de naturaleza ni de intensidad, en función de si se incumple una obligación procedimental o, por el contrario, se incumple una obligación sustantiva. Es decir, la distinción entre una obligación positiva sustantiva y una obligación positiva procedimental se torna borrosa, en relación con el derecho contenido en el artículo 3 del Convenio, la misma dificultad se nos presenta con la distinción entre una obligación negativa y una positiva. La claridad de la distinción desaparece, en estos casos, porque el sufrimiento infligido a una mujer, cuando se le reconoce el derecho a abortar para obstaculizarlo seguidamente en la práctica, no parece muy diferente del que padece cuando se le niega el derecho sustantivo a abortar desde el inicio. Poco importa, de cara al sufrimiento de la mujer, derivado del trato degradante e inhumano que se le inflige, que tenga su causa en el incumplimiento de una obligación procedimental o sustantiva. Incluso parece que el maltrato sería más degradante e inhumano, aumentaría su intensidad, si cabe, en el segundo supuesto. En cualquier caso, no parece que sea menor, cuando se incumple una obligación negativa, es decir, cuando se prohíbe el derecho al aborto en el derecho estatal. Por tanto, si aceptamos, como hace el TEDH, que el sufrimiento de la mujer, a la que se le dificulta el ejercicio del derecho al aborto legalmente reconocido, alcanza el umbral mínimo exigido para ser considerado trato degradante e inhumano, tenemos que la violación del artículo 3 del Convenio se dará tanto si estamos hablando de un Estado que permite el aborto para luego obstaculizarlo en la práctica, incumpliendo una obligación positiva procedimental, como si hablamos de un Estado que prohíbe el aborto en su legislación sustantiva, en cuyo caso estaríamos hablando del incumplimiento de una obligación sustantiva negativa. El umbral de sufrimiento alcanzado por la mujer no parece que varíe en un caso u otro, pues no depende de si la ley prohíbe el derecho al aborto desde un principio o solo en la práctica tras reconocerlo en teoría. El propio TEDH ha reconocido que, en determinados

supuestos, la línea que separa las obligaciones negativas y positivas, así como las sustantivas frente a las procedimentales, es muy tenue (§ 40 de la sentencia del asunto *Keegan c. Irlanda*, nº 16969/90, sentencia 26 de mayo de 1994 del TEDH). En algunos casos las obligaciones negativas y positivas coinciden completamente, por lo que la distinción se convierte en una definición que no aclara ningún problema jurídico (§§ 110 y 111, *Demir y Baykara c. Turquía*, nº 34503/97, sentencia de 12 de noviembre de 2008 de la Gran Sala del TEDH, asunto en el que preguntar si el rechazo de Turquía a reconocer un sindicato de funcionarios viola una obligación negativa del artículo 11 del Convenio o más bien supone un incumplimiento de la obligación positiva que exige reconocer este tipo de sindicatos, no parece que aclare el objeto del debate, por lo que se muestra como jurídicamente irrelevante)⁷⁸.

I.3.2.2. La propuesta de un paradigma sustantivo desde el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano

Una parte de la doctrina ha propuesto la «estrategia del artículo 3», que debería ser utilizada por los letrados ante el TEDH para extender los derechos reproductivos de las mujeres, en el ámbito del Consejo de Europa; pero también más allá, en el derecho internacional en general. Dicha estrategia nos recuerda que en el asunto *R.R. c. Polonia* (2011) se reconoce, por primera vez, la violación del artículo 3 del Convenio, en relación con los derechos reproductivos de la mujer, cuando hasta ese momento dichos derechos habían sido considerados solamente bajo la perspectiva del artículo 8 del Convenio.

⁷⁸ Puede consultarse GERARDS 2019: 132-135, sobre la distinción entre obligaciones negativas y positivas, expuesta a partir de los pronunciamientos del TEDH.

Para apreciar que se ha alcanzado el umbral mínimo de sufrimiento, requerido para aplicar el artículo 3, el Tribunal valora la duración del maltrato, sus efectos físicos y mentales, así como el sexo, la edad o la salud de la víctima. Asimismo, para estimar que se ha producido trato degradante e inhumano tiene en cuenta el nivel de humillación sufrido. La violación del artículo 3 fue alegada en otros asuntos relativos a derechos reproductivos, pero sin éxito. Recordemos, en relación con la alegación del artículo 8, que el derecho a la vida privada contiene obligaciones negativas y positivas. Ya en *Brüggemann c. Alemania* (1976), la antigua Comisión extendió la definición de vida privada del artículo 8 hasta incluir la libertad reproductiva (§§ 59-62). En *Tysiac c. Polonia* (2007), estableció que los derechos reproductivos caen bajo el artículo 8 del Convenio. Una de las alegaciones en *Tysiac* se refería a la ausencia de un marco legal comprensivo de la garantía de los derechos de la mujer, mediante un procedimiento adecuado, es decir, se refería al incumplimiento de una obligación positiva que corresponde al Estado. El Tribunal concluyó que Polonia no había cumplido con su obligación positiva, pues no había garantizado el derecho a la vida privada, planteado en el asunto *Tysiac*. El Tribunal subrayó que cuando un Estado reconoce el derecho al aborto, debe desarrollar el marco legislativo y administrativo para hacerlo efectivo, se trata de una obligación positiva del Estado (§§ 110-112). En el asunto *A, B y C c. Irlanda* (2010), se alegó el artículo 3 y el 8, y muchos juristas pensaron que en este asunto finalmente se reconocería jurisprudencialmente un derecho al aborto, comprendido en el derecho a la vida privada, análogamente a lo sucedido en EE. UU., en el asunto *Roe v. Wade*, ante su Tribunal Supremo, pero dichas esperanzas no se cumplieron. El TEDH dijo explícitamente que el artículo 8 no puede interpretarse como conteniendo un derecho sustantivo al aborto (§§ 247-249). El resultado en *A, B y C c. Irlanda* (2010) fue interpretado críticamente, tanto por la doctrina favorable al derecho al aborto como por la contraria. En los asuntos *Tysiac c. Polonia* y *A, B y C c. Irlanda*, el artículo 3 fue también alegado, pero el Tribunal desestimó su violación en ambos asuntos. En *R. R. c. Polonia* (2011), el TEDH estimó la violación del artículo 3, pues el maltrato recibido por la demandante fue reconocido como degradante (§§ 161-168); sin embargo, no estableció la necesidad de garantizar un derecho sustantivo al aborto, de modo expreso. En

el asunto *P. y S. c. Polonia* (2012), fue nuevamente alegada la violación del artículo 3 y el Tribunal de nuevo la estimó, pero sin reconocer, de modo expreso, un derecho al aborto, como derecho sustantivo. Es cierto que en este caso fue planteado un supuesto límite, pues se trataba de una menor de edad, de 14 años, víctima de violación y acosada por la opinión pública, que vio obstaculizado su derecho por los servicios públicos sanitarios y administrativos; sin embargo, muestra que el Tribunal está planteándose ampliar el ámbito de los derechos reproductivos de la mujer en el sentido de ampliarlo más allá de las obligaciones procedimentales, es decir, se abre una puerta para la superación del paradigma procedimental seguido hasta la fecha, en relación con el derecho al aborto⁷⁹.

Los argumentos anteriores constituyen buenas razones para que el Tribunal estime la violación del artículo 3, en aquellos supuestos en que sea cuestionada una legislación estatal que prohíba el aborto en las indicaciones de riesgo para la vida o salud de la madre, enfermedad grave e incurable del feto o grave malformación del mismo, así como de agresión sexual, incesto o de vulnerabilidad socioeconómica. Es decir, cuando sea cuestionada una regulación sustantiva y restrictiva del derecho al aborto, que no reconozca las indicaciones clásicas mencionadas. Son argumentos que defienden la necesidad de que el Tribunal reconozca un estándar mínimo, en la regulación del derecho al aborto, que incluya, al menos, estas indicaciones. Pero dicha exigencia teórica no se ha cumplido en la práctica, al menos no todavía.

En los párrafos anteriores hemos visto que, de los asuntos conocidos por el Tribunal, en los que se ha reclamado el reconocimiento de unos u otros derechos reproductivos, no ha sido deducida ninguna obligación negativa exigible a los Estados, porque no ha sido reconocido ningún derecho reproductivo sustantivo, ya que el Tribunal se ha negado a establecer un estándar mínimo obligatorio para los Estados, que incluya un derecho sustantivo al aborto.

⁷⁹ Véase IRELAND 2013: 654ss, donde analiza la novedad que supuso, en la jurisprudencia del TEDH sobre el aborto, la estimación de la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, del artículo 3 del Convenio.

Sin embargo, sí ha aparecido una obligación positiva, al menos, porque ha sido reconocido un derecho adjetivo o procedimental en esta materia, derivado del principio de efectividad que exige a los Estados garantizar el derecho al aborto que haya sido reconocido en su derecho interno. Por tanto, los Estados no pueden establecer un derecho sustantivo al aborto y a continuación desentenderse de su garantía, o peor aún trabajar en contra del derecho reconocido.

Pero el Tribunal ha ido más allá, al estimar que aquellas mujeres a las que se reconoce el derecho a abortar para impedirselo, o dificultárselo en la práctica, han sufrido trato degradante e inhumano. Y hemos presentado un argumento que sostiene que dicho maltrato es equivalente al sufrido por las mujeres cuyos Estados niegan sin más el derecho al aborto, es decir, niegan el derecho sustantivo. Por tanto, existen buenas razones para defender la existencia de una obligación negativa sustantiva exigible a los Estados, la de no infligir trato degradante e inhumano a la mujer, de la que cabe deducir un derecho sustantivo al aborto que debería incluir, al menos, las indicaciones clásicas. De no reconocer dicho derecho sustantivo al aborto, los Estados vulnerarían el derecho de la mujer a no sufrir trato degradante e inhumano. De esta manera se abre una puerta para el reconocimiento, en la jurisprudencia del Tribunal, de un estándar mínimo exigible a los Estados, que incluya un derecho sustantivo al aborto; al menos, para aquellas indicaciones cuyo desconocimiento supone un trato degradante e inhumano para la mujer, que se corresponden con las indicaciones clásicas que encontramos en la regulación del derecho al aborto: la terapéutica, la eugenésica, la ética y la socioeconómica.

En los apartados siguientes tenemos que justificar los argumentos desarrollados hasta aquí, a partir de lo dicho por el TEDH en su jurisprudencia.

I.3.3. Cambio de paradigma procedimental explicado paso a paso desde los asuntos *Tysiac c. Polonia, A, B y C c. Irlanda, R. R. c. Polonia y P. y S. c. Polonia*

Veamos cómo se produce paso a paso el giro procedimental en la jurisprudencia del TEDH, al que hemos hecho referencia repetidamente. Describiré la argumentación que sigue nuestro Tribunal en los asuntos *Tysiac c. Polonia* (2007), *A., B. y C. c. Irlanda* (2010), *R. R. c. Polonia* (2011), y *P. y S. c. Polonia* (2012). El paradigma procedimental seguido por el TEDH debe ser expuesto con detalle porque es un elemento esencial en el argumento que estamos construyendo, con el que se pretende justificar la necesidad de un punto de vista sustantivo, que debería ser asumido por el TEDH, si quiere ser coherente.

I.3.3.1. Cambio de paradigma: el asunto *Tysiac c. Polonia*

El giro procedimental en el tratamiento del derecho al aborto se produce en el asunto *Tysiac c. Polonia*, nº 5410/03, sentencia de 20 de marzo de 2007 de la Sección 4ª del TEDH.

La demandante en este procedimiento, que sufría una fuerte miopía, se quedó embarazada. Inquieta ante las consecuencias que el embarazo pudiera tener sobre su salud, consultó a distintos médicos. La ley polaca autoriza el aborto a condición de que exista riesgo para la vida o la salud de la madre, acreditado por dos médicos especialistas, distintos de aquél que practique el

aborto. Una doctora generalista acreditó el riesgo para la salud oftalmológica de la paciente, pero el ginecólogo se negó a practicar el aborto, manifestó que el médico generalista no es un especialista, como exige la ley polaca. Algunos meses después del parto, la visión de la demandante se deterioró; seguidamente, la demandante presentó una acción penal contra el ginecólogo que se había negado a interrumpir el embarazo. Una comisión de tres oftalmólogos certificó que no existe relación de causalidad entre el parto y el deterioro de la visión de la demandante. El tribunal de distrito polaco decidió, mediante una resolución irrecurrible, el archivo del asunto, pues estimó que había quedado acreditada la ausencia de relación entre el embarazo y el deterioro de la visión de la mujer.

La admisión de la demanda, en contra de las alegaciones del Gobierno polaco que afirmaba que la demandante no había agotado las vías de recurso interno, es defendida por el TEDH con el argumento de que la cuestión de la admisibilidad en este caso no puede ser separada de la resolución sobre el fondo del asunto.

En cuanto a la violación del artículo 3, el Tribunal entiende que no se ha producido dicha violación, pues se trata de un asunto subsumible bajo el derecho a la vida privada del artículo 8 y no del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio (§ 66).

La demandante también alega violación del artículo 8, tanto en su vertiente sustantiva como procedimental. En el plano sustantivo porque no ha podido beneficiarse del aborto terapéutico legal, y en el procedimental porque las obligaciones positivas del Estado no han sido cumplidas, al no prever el derecho polaco un cuadro legal completo que proteja su derecho a abortar. El Gobierno polaco alega que, en este caso, no se cumplían los requisitos previstos para el aborto legal. La demandante pretende que el aspecto sustantivo del derecho a la vida privada del artículo 8 ha sido vulnerado, pues no existe una previsión legal que niegue el derecho al aborto cuando está en riesgo la salud de la madre; al contrario, el riesgo para la salud de la madre es una indicación reconocida en derecho polaco para el reconocimiento del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. En cuanto al aspecto procedimental, la

demandante considera que el Estado tenía la obligación de establecer un cuadro completo para la garantía del derecho al aborto, en los casos en que exista discrepancia entre distintos médicos o entre éstos y la mujer embarazada, cuadro que no fue establecido, pues no existía un mecanismo institucional y procesal efectivo que permitiera resolver dichos conflictos en la práctica. La demandante alega que en Polonia ocurre todo lo contrario, es decir, que el sistema legal polaco, en su conjunto, disuade a los médicos a la hora de facilitar el aborto legal. Añade que cuando existe discrepancia, entre la opinión de los médicos y la de la mujer embarazada, no existe un procedimiento que permita resolver la controversia. Por tanto, existe un déficit estructural en la regulación del aborto que impide a las mujeres el ejercicio de su derecho a un aborto seguro, en los casos permitidos por la ley, con vulneración del artículo 8 del Convenio.

El TEDH observa que el derecho interno aplicable, la ley polaca de 1993, prohíbe el aborto, excepto cuando el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la madre, lo que debe ser certificado por dos médicos distintos al que practique el aborto. Por tanto, el Tribunal entiende que no debe plantearse el problema de si el Convenio garantiza el derecho al aborto. El artículo 8 es aplicable al asunto, pues ninguna de las partes se opone, pero añade que la interrupción del embarazo tiene que ver con el derecho a la vida privada de la mujer, que va indisolublemente unida al desarrollo del feto. Por otra parte, la legislación estatal sobre el aborto debe ponderar la vida privada y el interés público, sin olvidar que el Estado tiene la obligación positiva de asegurar a las futuras madres el derecho a su integridad física.

Asimismo, nos recuerda que el artículo 8 protege al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, por lo que toda injerencia debe estar justificada. Es decir, debe estar prevista en una ley, ser necesaria en una sociedad democrática y quedar justificada por alguno de los fines legítimos previstos en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio. La noción de necesidad implica una injerencia fundada en una necesidad social imperiosa y especialmente proporcionada al fin legítimo perseguido por el Estado (*Olsson c. Suecia*, demanda nº 10465/83, sentencia de 24 de marzo de 1988, § 67).

Pero el artículo 8, continúa el TEDH en su argumentación, también puede crear obligaciones positivas, inherentes a un respeto efectivo de la vida privada. Y dichas obligaciones positivas del Estado deben tener en cuenta la preeminencia del derecho, como uno de los principios fundamentales del Estado democrático. Esta preeminencia del derecho implica que el derecho interno debe ofrecer una cierta protección contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en los derechos reconocidos por el Convenio, puesto que el Convenio pretende garantizar derechos que no son meramente teóricos e ilusorios, en cumplimiento del principio de efectividad. En este asunto el procedimiento previsto por el Estado debería permitir a la mujer embarazada ser oída en caso de oposición o queja, frente a la decisión médica, así como crear un órgano competente para decidir la controversia surgida entre la opinión de los médicos y la contraria de la mujer, mediante una resolución motivada. El Tribunal entiende, ante la ausencia de procedimientos como los descritos, que el Estado polaco puede haber incumplido sus obligaciones positivas, deducibles del artículo 8 del Convenio (§§ 84-110).

El Tribunal señala que el procedimiento para obtener un aborto legal es relativamente simple, pues basta un certificado de dos médicos, distintos al que practicará el aborto, que acredite el riesgo para la vida o la salud de la madre, pero en caso de desacuerdo entre los médicos, o con la mujer, no se ha establecido un procedimiento capaz de resolver la controversia. Sin embargo, establecer dicho procedimiento también forma parte de la obligación positiva del Estado, que incluye la obligación de desarrollar una legislación capaz de garantizar el derecho reconocido. Añade que el recurso de naturaleza civil, previsto por el derecho polaco en estos casos, no es suficiente para garantizar el derecho al aborto, pues se trata de un recurso cuya naturaleza es simplemente indemnizatoria (§§ 112-125).

Vistas todas las circunstancias del caso, el TEDH concluye que el Estado polaco ha incumplido su obligación positiva de proteger el derecho a la vida privada de la demandante, en el contexto de un desacuerdo entre la misma y los médicos que debían autorizar el aborto. Por tanto, ha existido violación del artículo 8 del Convenio, en su aspecto de obligación positiva procedimental.

De esta manera, vemos cómo el problema del derecho al aborto, al menos en casos de este tipo, en los que los Estados establecen derechos que luego no garantizan en la práctica, admite una lectura procedimental que acaba reconociendo la violación del derecho a la vida privada del artículo 8, en su aspecto de obligación positiva procedimental.

Por tanto, el Tribunal garantiza que el reconocimiento estatal del derecho al aborto exige al Estado establecer el marco legislativo que permita resolver las controversias que puedan surgir en el cumplimiento de los requisitos para abortar, así como un sistema de recursos que permita a la mujer alegar la vulneración de sus derechos.

Esta sentencia contiene una opinión disidente, del juez Borrego, que incluye la crítica siguiente, que no comparto. El juez Borrego nos recuerda que, hace tan solo ocho meses, la misma sección del TEDH dictó una decisión relativa al asunto *D. c. Irlanda*, nº 26499/02, decisión sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 27 de junio de 2006 de la Sección 4ª del TEDH, tan diferente de la que se discute ahora que le parece incomprensible un cambio tan repentino. En el asunto *D. c. Irlanda* la vida de la madre estaba realmente en peligro. En la argumentación del Tribunal, en aquel asunto, se puso en la balanza el derecho a la vida de la madre y los valores y costumbres propios de un país. Por el contrario, en el presente caso, *Tysiác c. Polonia*, el argumento se basa en la necesidad de exigir al Estado que cumpla con su obligación positiva, a fin de proteger el derecho a la vida privada de la madre, como un derecho real y efectivo en contra de la injerencia arbitraria de los poderes públicos (§ 4 de la opinión disidente del juez Borrego). Continúa el juez Borrego afirmando que esta sentencia emite el mensaje de que el Tribunal es favorable al aborto libre, dentro de un plazo de gestación razonable, es decir, el Tribunal se estaría atribuyendo una función que no le pertenece, pues no es un legislador, ya que entiende que lo afirmado por el Tribunal es que el Estado polaco debería haber protegido a la demandante, en contra del derecho estatal aplicable y de la opinión de los médicos, simplemente por el temor de la demandante a sufrir un daño en su salud y que solo por ese motivo ya ha existido violación del artículo 8 del Convenio. Continúa diciendo que está en contra de la decisión del Tribunal y de

sus argumentos, pues el Tribunal habría concluido en su sentencia que un ser humano ha nacido tras una violación del Convenio, es decir, que existe un niño polaco de seis años de edad cuyo derecho a nacer es contrario al Convenio, lo que mostraría lo absurdo de la argumentación seguida por el Tribunal (§§ 14 y 15).

Comparto la opinión crítica del juez Borrego, cuando afirma que el Tribunal ha dado un giro en su jurisprudencia con esta sentencia y que el caso *D. c. Irlanda* (2006), según la nueva doctrina jurisprudencial, debería haber sido admitido a fin de dictar una sentencia sobre el fondo, que al menos habría servido para apreciar el incumplimiento de una obligación positiva procedimental, en relación con el artículo 8 del Convenio. Sin embargo, estoy en desacuerdo con el resto de su argumentación. En primer lugar, el Tribunal no se ha atribuido la función de legislador, pues se limita a exigir que el Estado garantice los derechos que reconoce en su derecho nacional. En segundo lugar, el Tribunal, en el asunto *Tysiack c. Polonia*, no se propone establecer si la demandante cumplía o no los requisitos para abortar, pues es algo que debe determinar la jurisdicción estatal, en aplicación del principio de subsidiariedad, aunque sí concluye que la demandante no tuvo oportunidad de resolver la controversia que se produjo entre un médico que reconoció que cumplía las condiciones para abortar y el médico encargado de practicar el aborto, quien no consideró acreditado el riesgo para la salud de la demandante, por lo que el derecho al aborto de la demandante no pudo hacerse efectivo lo que supone una vulneración del artículo 8 del Convenio.

I.3.3.2. Paradigma procedimental consolidado: el asunto *A, B y C c. Irlanda*

La confirmación del cambio de paradigma, en el tratamiento del derecho al aborto, se produce en el asunto *A, B y C c. Irlanda*, nº 25579/05, sentencia de 16 de diciembre de 2010, de la Gran Sala del TEDH.

Los hechos pueden resumirse como sigue. Se trata de una demanda presentada contra Irlanda, por dos ciudadanas irlandesas, A y B, así como por una ciudadana lituana, C, que han recurrido ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio. Las dos primeras demandantes se quejan, al amparo del artículo 8, de la prohibición del aborto en Irlanda, tanto por motivos de salud como por causas sociales. Mientras que la tercera, con base en el mismo artículo, alega la ausencia de un desarrollo legislativo mínimo, del derecho al aborto, en caso de riesgo para la vida de la madre, supuesto que aparece recogido en el artículo 40.3.3. de la Constitución irlandesa.

La primera demandante, la Sra. A, pensaba que no reunía las condiciones para abortar en Irlanda, por lo que viajó a Inglaterra, para interrumpir su embarazo, pues entendía que seguir con su embarazo comprometía su salud, muy delicada, a causa de la depresión y el alcoholismo que sufría.

La segunda demandante, la Sra. B, también pensaba que no reunía las condiciones para abortar en Irlanda, por lo que viajó a Inglaterra, a fin de interrumpir su embarazo. Ante la imposibilidad de cuidar de su hijo, por problemas económicos y familiares, decidió abortar.

La tercera demandante, la Sra. C, entendió que no conseguiría obtener en Irlanda el permiso para abortar legalmente. Había sufrido un cáncer raro y seguido un tratamiento de quimioterapia, durante tres años. Su médico le indicó que no era posible pronosticar los efectos del embarazo en el desarrollo de su enfermedad y que la quimioterapia suponía un riesgo cierto para el feto, durante los tres primeros meses del embarazo. Alegó además que, a causa del efecto disuasivo de la regulación del aborto irlandesa, obtuvo una información médica insuficiente sobre los efectos del embarazo en su enfermedad y sobre los efectos de la quimioterapia en el feto. Por todo ello, decidió abortar en Inglaterra.

El TEDH examina el derecho irlandés y recuerda que en los años ochenta se produjo un debate en Irlanda sobre la posibilidad de que el Tribunal Supremo irlandés siguiera una jurisprudencia similar a la de EE. UU. a partir del caso *Roe c. Wade* (Tribunal Supremo de los EE. UU., 1973). En 1983 se celebró un referéndum sobre el aborto que permitió incluir el artículo 40.3.3. en la Constitución irlandesa, la octava enmienda, que reconoce el derecho a la vida

del *nasciturus* y que, teniendo debidamente en cuenta el derecho de la madre a la vida, se compromete a respetar dicho derecho del *nasciturus*, a protegerlo y defenderlo legislativamente, en la medida de lo posible.

En cuanto a la jurisprudencia irlandesa anterior al asunto *The Attorney General v. X and Others*, los tribunales irlandeses conocieron diversos asuntos relativos a la interpretación de la octava enmienda, que versaban sobre la difusión de informaciones sobre los servicios abortivos existentes en otros países o sobre la posibilidad de dirigirse a dichos servicios en el extranjero. En 1986, la *Society for the Protection of Unborn Children* consiguió una orden que prohibía a dos organizaciones, *Open Door Counselling* y *Dublin Well Woman Centre*, que informasen a las mujeres sobre la posibilidad de abortar en el extranjero. El Tribunal Supremo irlandés estimó que era ilegal difundir informaciones relativas a servicios abortivos en el extranjero. Ambas organizaciones presentaron una demanda, ante el TEDH, que estimó una violación del artículo 10 del Convenio, en su sentencia del asunto *Open Door y Dublín Well Women c. Irlanda*, nº 14234/88 y 14235/88, sentencia de 29 de octubre de 1992 del TEDH.

En la sentencia del Tribunal Supremo irlandés relativa al asunto *The Attorney General v. X and Others* (en adelante el asunto «X») se interpreta la octava enmienda en el siguiente sentido. Se trataba de una menor, la Sta. X, de catorce años de edad, embarazada a causa de una violación, que decidió abortar y cuyos padres pidieron a las autoridades si era posible analizar el tejido fetal a fin de obtener una prueba biológica que permitiera identificar al violador. Las autoridades irlandesas respondieron con una orden de prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo y de abandonar Irlanda, dirigida a la menor. Los padres de X y la propia X volvieron a Irlanda desde Inglaterra, donde se habían trasladado para que le fuera practicada a la menor una interrupción voluntaria del embarazo, pero plantearon un recurso frente a dicha orden. El 26 de febrero de 1992, el Tribunal Supremo decidió anular la orden, pues entendió que el riesgo de suicidio debía ser tenido en cuenta y que se debía conciliar el derecho a la vida de la madre con el derecho del feto a la vida, a lo que añadió que el derecho a la vida de la joven era un derecho a la vida realmente existente

mientras que el derecho a la vida del feto era contingente, por cuanto era tributario de su supervivencia en el útero de la mujer hasta su nacimiento.

El asunto «X» suscitó un debate social, respecto de la interpretación del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa, la octava enmienda, lo que llevó a un referéndum, en el que se planteó la posibilidad de aprobar una nueva enmienda que establecía que solo se permitiría el aborto en caso de riesgo real y serio para la vida de la madre, con exclusión de los supuestos de suicidio. Dicha enmienda fue rechazada por referéndum. En cambio, sí fueron aprobadas por referéndum la decimotercera y decimocuarta enmiendas, que establecen la libertad de viajar al extranjero a fin de interrumpir voluntariamente el embarazo, así como la libertad de recibir y emitir informaciones en suelo irlandés sobre los servicios abortivos prestados en países extranjeros, respectivamente. El artículo 40.3.3. de la Constitución irlandesa quedó redactado como sigue tras el referéndum: «El Estado reconoce el derecho a la vida del feto y, teniendo debidamente en cuenta el derecho igual de la madre a la vida, se compromete a respetar dicho derecho en sus leyes y, en la medida de lo posible, a protegerlo y defenderlo mediante sus leyes. El presente apartado no puede limitar la libertad de acudir al extranjero. El presente apartado no puede limitar la libertad de recibir y emitir, sobre el territorio irlandés, informaciones relativas a los servicios legalmente disponibles en otro Estado, bajo las condiciones previstas por la ley». Norma constitucional que debe ser interpretada conforme a la jurisprudencia establecida en el asunto «X», que permite considerar el riesgo real de suicidio como causa de aborto legal en Irlanda.

Por su parte, la ley irlandesa de 1995 que regulaba la información sanitaria sobre el aborto, declarada constitucional, establecía la prohibición, dirigida a los médicos, de promover el aborto, al mismo tiempo que les permitía informar a los pacientes sobre los efectos del embarazo, dejando a la mujer la elección de seguir o no con el mismo (§§ 39-43, 45, 55, 60 y 61).

El TEDH tiene en cuenta, aunque carezca de fuerza jurídica o valor vinculante, la resolución 1607 del año 2008, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, titulada «Acceso a un aborto seguro y legal en Europa», que fue aprobada por 102 votos contra 69, los representantes irlandeses votaron en

contra. Esta resolución recoge que la mayor parte de los Estados miembros autoriza el aborto para salvar la vida de la madre. En la mayoría de países se permite el aborto por razones diversas, especialmente para preservar la salud física y mental de la madre, por motivos socioeconómicos, por violación e incesto, pero también a simple solicitud de la madre dentro de ciertos plazos razonables. La Asamblea se muestra preocupada porque algunos países establecen condiciones que dificultan el acceso al aborto legal, aunque reconozcan el derecho. En algunos países, se reconoce el aborto como derecho, pero no se garantiza el acceso efectivo al mismo. La Asamblea considera que el aborto no debería estar prohibido, dentro de unos plazos de gestación razonables, pues prohibir el aborto no disminuye el número de abortos practicados, sino que solo consigue que se aborte en condiciones peligrosas para la mujer, además de constituir una fuente de desigualdad, pues las mujeres sin recursos difícilmente pueden abortar en el extranjero. Por todo ello, la Asamblea invita al Consejo de Europa a fomentar: 1) la despenalización del aborto en unos plazos de gestación razonables, 2) la garantía del ejercicio efectivo del derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo seguro y legal, 3) el respeto de la libertad de elección de la mujer y el establecimiento de las condiciones para una elección libre e informada, sin promoción del aborto, y 4) la remoción de los obstáculos que impiden, de hecho o de derecho, el acceso al aborto sin riesgo y especialmente la adopción de las medidas necesarias de tipo sanitario, médico y psicológico para dicho fin.

En cuanto a la queja de las demandantes, A y B alegan la violación de los artículos 3, 8, 13 y 14 del Convenio, por la prohibición del aborto en caso de riesgo para la salud de la mujer o por causas socioeconómicas, en derecho irlandés. La demandante C alega violación de los mismos artículos, pero porque no existe una ley que desarrolle el artículo 40.3.3. de la Constitución, lo que le ha privado de un medio efectivo de garantía de su derecho a un aborto legal y seguro.

El TEDH señala que debe examinar el régimen jurídico del aborto en Irlanda porque las demandantes han sufrido sus efectos, pero que este caso es muy distinto del asunto *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda* (1992), donde

se enjuiciaba una injerencia que consistía en una orden que prohibía a las demandantes emitir y recibir información sobre los servicios abortivos que se prestaban en el extranjero. Mientras que en este caso las demandantes han abortado en el extranjero, la primera por razones de salud y por causas socioeconómicas, la segunda por causas socioeconómicas y la tercera porque temía por su vida. La primera y segunda demandantes entienden que la única manera que tuvieron de abortar fue viajar al extranjero. La tercera recurrente plantea que no existía en Irlanda una reglamentación que le hubiera permitido acreditar el riesgo para su vida, lo que le habría permitido abortar legalmente en Irlanda (§§ 107, 108, 123-125 y 130).

Por su parte, el Gobierno irlandés sostiene que las demandantes disponían de recursos jurídicos efectivos en derecho irlandés y señala que es especialmente necesario en un sistema de *common law* permitir al Estado, a través de sus tribunales, resolver las lagunas y las dudas que puedan existir sobre las garantías de los derechos de sus ciudadanos, pues la Constitución irlandesa reconoce a los particulares el derecho a recurrir ante los tribunales, a fin de garantizar sus derechos.

La primera y segunda demandantes responden que la definición de los casos, en los que es posible abortar, según el artículo 40.3.3. de la Constitución irlandesa, interpretado conforme al asunto «X», no deja de ser general sin que exista una legislación de desarrollo. Alegan que el derecho irlandés no pondera adecuadamente los intereses del feto y los de la madre. La tercera demandante denuncia que no existe, en derecho irlandés, un procedimiento que permita a una mujer embarazada y a su médico determinar si cumple las condiciones establecidas legalmente para el aborto legal, por lo que considera que existen circunstancias especiales por las que no le puede ser exigido agotar los recursos internos, añade que debe ser la vía legislativa y no la judicial la que debe clarificar las disposiciones constitucionales.

El TEDH recuerda que el artículo 35.1 del Convenio establece el requisito del agotamiento de los recursos internos como requisito de admisibilidad de la demanda y que en derecho irlandés una acción declarativa ante la *High Court*, con la posibilidad de recurso ante el Tribunal Supremo irlandés, es la vía

establecida para la defensa de los derechos constitucionales. Por tanto, el Tribunal debe examinar si en derecho irlandés existía un recurso efectivo para las demandantes. Respecto de A y B, el Tribunal señala que un recurso interno, a fin de que les fuera reconocido el derecho a abortar por razones de salud o de bienestar, no tendría la menor posibilidad de éxito, dado que la sentencia del caso «X» establece que solo se permite el aborto en caso de un riesgo real y efectivo para la vida de la madre, que incluiría el riesgo real de suicidio, pero no en caso de riesgo para la salud de la madre, recuerda asimismo que en el asunto *D. c. Irlanda* (2006) la demanda fue planteada de manera muy diferente a como lo ha sido en este caso, pues allí se trataba de un riesgo para la vida de la madre, por lo que un recurso ante la jurisdicción estatal hubiera sido efectivo. Por tanto, el Tribunal entiende que A y B no tenían a su disposición un recurso que pudiera ser efectivo, por lo que no les es exigible agotar los recursos internos (§§ 131-137 y 142). Respecto de la tercera demandante considera que la cuestión de saber si le es exigible agotar los recursos internos es una cuestión inseparable de la decisión sobre el fondo del asunto, pues invoca el artículo 8 cuando alega que en Irlanda ningún texto legal ha desarrollado adecuadamente el derecho constitucional al aborto, en caso de riesgo para la vida de la madre. Por tanto, el Tribunal rechaza esta excepción de inadmisibilidad planteada por el Gobierno, en relación con las tres demandantes (§§ 154 y 156).

En cuanto a las cuestiones de fondo, el Tribunal entiende, frente a la alegación de la tercera demandante de la vulneración del derecho a la vida del artículo 2, por riesgo para su vida, que tanto la tercera demandante, como las dos primeras, no ha encontrado ningún impedimento jurídico a la hora de abortar en el extranjero y por ese motivo la legislación irlandesa en ningún momento ha puesto en peligro la vida de la tercera demandante ni de las dos primeras (§§ 154-163).

Asimismo, las tres demandantes alegan que la legislación irlandesa, tan restrictiva en materia de aborto, supone una violación del artículo 3, pero el Tribunal considera que su jurisprudencia exige, para entender vulnerado el artículo 3 del Convenio, que el trato degradante e inhumano debe tener un mínimo de gravedad y que, aunque dicho mínimo es relativo por esencia, pues

depende del conjunto de circunstancias de la causa, especialmente de la duración del maltrato y de los efectos físicos o mentales, así como del sexo, edad y estado de salud de la víctima, no parece que sea alcanzado en este supuesto, por ninguna de las demandantes (§ 164).

La primera y segunda demandantes alegan la violación del artículo 8 del Convenio, pues las restricciones al aborto en Irlanda les habría impedido abortar, por razones de salud y por causas socioeconómicas. La tercera demandante también alega dicho artículo 8, pues el legislador irlandés no ha adoptado ningún texto legislativo en desarrollo del artículo 40.3.3. de la Constitución irlandesa. Las tres demandantes defienden que el Gobierno no puede invocar la opinión pública del país para justificar una vulneración de los derechos humanos, debiendo tenerse en cuenta tanto el consenso europeo como el internacional, en materia de aborto. Añaden que el Estado dispone de un margen de apreciación a la hora de proteger la vida del feto, pero que no es absoluto por lo que la protección del feto, de carácter absoluto, que postula el Gobierno irlandés sería inaceptable. La preservación de la vida del feto solo debería constituir un fin aceptable si al mismo tiempo se reconoce el derecho a la salud y bienestar de la madre. Señalan que Irlanda forma parte junto con Malta, San Marino y Andorra de un grupo muy reducido de países europeos que aplican una legislación restrictiva en materia de derecho al aborto (§§ 167-175).

La tercera demandante se queja de la falta de un desarrollo legislativo del artículo 40.3.3. de la Constitución, que le impidió determinar si cumplía con el requisito para abortar en Irlanda, lo que puso en riesgo su vida y le obligó a viajar a Inglaterra para abortar. Alega que ninguno de sus médicos pudo aconsejarle, ante la falta de previsiones normativas y el temor de los sanitarios frente a las posibles consecuencias penales. Añade que los Estados miembros del Consejo de Europa que autorizan el aborto han de establecer procedimientos jurídicos que permitan a los médicos decidir de manera rápida y confidencial, pues así lo ha exigido el Tribunal en el asunto *Tysiak c. Polonia* (2007).

El Gobierno irlandés responde cuestionando que el artículo 8 del Convenio sea aplicable al aborto y, en general, que el Tribunal pueda decidir sobre el derecho material que regula el aborto. Añade que, para el caso de que

el artículo 8 fuera aplicable al aborto, el artículo 40.3.3. de la Constitución, interpretado conforme a la jurisprudencia irlandesa establecida en el asunto «X», es una disposición jurídica clara y previsible, que persigue como fin legítimo la protección de la moral y de los derechos y libertades ajenos, en los que se incluye la protección de la vida del *nasciturus*. Por tanto, el Gobierno considera que la restricción del aborto no es desproporcionada, en relación con los fines perseguidos (§§ 177-185). Recuerda además que, en los asuntos *Vo. c. Francia* (2004) y en *Evans c. Reino Unido* (2007), el Tribunal concluyó que no existe una definición científica o jurídica sobre el comienzo de la vida humana, que alcance un mínimo de consenso entre los Estados, de forma que el nivel en la protección del *nasciturus* depende del margen de apreciación nacional, por lo que las legislaciones de los Estados pueden diferir sobre dicho punto. En el asunto *Open Door y Dublín Well Women c. Irlanda* (1992) el Tribunal no entró a conocer sobre el régimen jurídico en materia de aborto (§ 187). En relación con la existencia de un consenso jurídico entre los Estados miembros en materia de aborto, el Gobierno alega que el alcance de los derechos humanos no puede depender de la voluntad popular ni del consenso; al contrario, deberían ser protegidos en contra de la voluntad popular y en contra de los consensos entre Estados. Además, el principio de subsidiariedad exige que sean los Estados los que establezcan la regulación jurídica en materia de aborto. El Gobierno responde a la tercera demandante que el embarazo puede ser interrumpido en caso de riesgo para la vida de la mujer, cuando concurra un riesgo real y serio, y que, en caso de desacuerdo con la opinión del médico, la mujer puede acudir a otro médico, así como iniciar un procedimiento sumario ante la *High Court*.

El Gobierno lituano también participa en este procedimiento, como interesado, pues la tercera demandante es nacional lituana. Su contribución más interesante consiste en subrayar que el Tribunal, hasta este asunto, no había tenido ocasión de pronunciarse sobre el grado mínimo de protección de la mujer embarazada que desea interrumpir su embarazo frente al derecho del feto, que debe ser también protegido. Aclarar dicho grado mínimo de protección tendría una gran importancia para todos los Estados parte del Convenio, insiste Lituania (§§ 187-193).

Tras las alegaciones presentadas por las partes, el Tribunal considera que la noción de «vida privada» del artículo 8 es amplia e incluye el derecho a decidir ser madre o no serlo. La jurisprudencia de la antigua Comisión concluyó que la legislación relativa al aborto caía bajo el derecho a la vida privada de la mujer embarazada. Pero señaló además que el artículo 8 no se podía interpretar como que el embarazo y su interrupción caen bajo el derecho a la vida privada de la madre exclusivamente, pues la vida privada de la mujer embarazada está estrechamente ligada al desarrollo del feto. Por tanto, el derecho de la mujer embarazada, a que sea respetada su vida privada, debe ser ponderado con otros derechos, en especial con los derechos del *nasciturus* (*Tysiac c. Polonia*, § 10 y *Vo. c. Francia*, §§ 76, 80 y 82).

El Tribunal entiende que las alegaciones de la primera y segunda demandantes deben ser examinadas separadamente de las alegaciones de la tercera, todas ellas relativas a la aplicación del artículo 8 en los supuestos de hecho planteados.

En relación con la primera y segunda demandantes, el TEDH argumenta que el derecho irlandés prohíbe el aborto por riesgo para la salud de la madre y también por causas socioeconómicas, la cuestión que se plantea es si la injerencia en el artículo 8 está justificada. Hay que determinar si la injerencia en la vida privada de las demandantes, a la vista del apartado segundo del artículo 8 aparece como justificada. Es decir, si se trata de una medida que estaba prevista por la ley y era necesaria en una sociedad democrática para alcanzar alguno de los fines legítimos, previstos en dicho apartado segundo. Cualquier injerencia, en un derecho humano, debe estar prevista en la ley interna y dicha ley debe ser accesible y tener una precisión suficiente para regular la conducta, de manera que se pueda prever razonablemente qué conducta está prohibida. Las disposiciones del derecho irlandés eran accesibles y previsibles, por lo que cumple el requisito de la previsión legal. El fin legítimo perseguido consiste en la protección de la moral, de la que el derecho a la vida del feto constituye un aspecto. En *Vo. c. Francia* (2004), el Tribunal estableció que no es deseable ni posible responder a la pregunta sobre si el *nasciturus* es una persona, en el sentido del artículo 2, y si tiene derecho a la vida. Además, por el principio de

subsidiariedad, los Estados están mejor situados para decidir si la moral exige una restricción de un derecho reconocido en el Convenio. Por tanto, el fin legítimo de protección de la moral es uno de los fines legítimos que permiten justificar la injerencia. Falta conocer si la injerencia responde a una necesidad social imperiosa y si es proporcionada al fin legítimo perseguido, para lo que habrá que ponderar los distintos intereses en juego, ponderación en la que el Estado disfruta de cierto margen de apreciación (§§ 187, 212-229). Hay que ponderar el derecho de las recurrentes a su vida privada del artículo 8 con los valores morales del pueblo irlandés, relativos a la necesidad de proteger al *nasciturus*. El TEDH reconoce un amplio margen de apreciación al Estado, en cuanto a la ponderación entre el interés general, que se concreta en la protección de la vida del feto, y el derecho a la vida privada de la madre. El Tribunal tiene en cuenta la existencia de un amplio consenso europeo que reconoce el derecho al aborto en términos liberales. Sin embargo, el Tribunal entiende que dicho consenso no limita el margen de apreciación del Estado, puesto que como ya estableció en *Vo. c. Francia* (2004), dado que no existe un consenso europeo sobre la definición científica o jurídica del comienzo de la vida humana, materia en la que debe reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados, tenemos que es necesario reconocer un amplio margen de apreciación en la ponderación entre los derechos de la mujer y los intereses del *nasciturus*. Sin embargo, el margen de apreciación no es ilimitado, pues el Tribunal debe controlar si la medida litigiosa atiende a una ponderación proporcionada de los intereses concurrentes (*Open Door y Dublín Well Women c. Irlanda*, § 68 de la sentencia de 1992).

El TEDH debe determinar si la prohibición del aborto en derecho irlandés, cuando concurre una indicación terapéutica o socioeconómica, es compatible con el artículo 8 del Convenio, bajo el criterio de mantener un justo equilibrio, ponderación, entre los intereses en juego. Pues bien, el derecho irlandés prohíbe abortar, en caso de riesgo para la salud de la madre y por causas socioeconómicas, pero autoriza en tales casos a que la mujer viaje al extranjero para abortar. La decimotercera y decimocuarta enmiendas, a la Constitución irlandesa, permiten a las mujeres adultas viajar al extranjero para abortar, así como obtener información en Irlanda sobre los servicios abortivos que se prestan

en el extranjero. Además, se ha legislado para que estos derechos sean garantizados. La primera y segunda recurrentes recibieron información sobre la posibilidad de abortar en el extranjero y abortaron en Inglaterra. El Tribunal entiende que, dada la posibilidad de abortar en el extranjero, que no es obstaculizada por Irlanda, la prohibición del aborto en derecho irlandés, con base en las ideas morales profundas del pueblo irlandés, sobre la naturaleza de la vida y su protección, no sobrepasa el margen de apreciación que en la materia debe ser reconocido al Estado. Por tanto, la prohibición del aborto, en estos supuestos, es el resultado de un justo equilibrio, una razonable ponderación, entre el derecho de las primera y segunda demandantes a su vida privada del artículo 8 y el derecho del *nasciturus* a nacer, reconocido en derecho irlandés. De tal manera que no ha existido violación del artículo 8 del Convenio (§§ 230-242).

En relación con lo alegado por la tercera demandante, cuando se queja de que Irlanda no ha desarrollado legislativamente el artículo 40.3.3. de la Constitución, por lo que no existe un procedimiento que permita determinar si una mujer tiene derecho al aborto cuando está en riesgo su vida, el TEDH nos recuerda que la garantía por los Estados del derecho a la integridad física y moral tiene un aspecto negativo, pero también un aspecto positivo, que tiene que ver con la necesidad de establecer un proceso efectivo y accesible que proteja la vida privada, en la que se incluye la integridad física y moral. En especial, es exigible un marco de reglamentación judicial y ejecutivo que permita proteger los derechos de los individuos. El Tribunal entiende que la queja de la tercera demandante se refiere a la obligación positiva, que corresponde a Irlanda en relación con el artículo 8, es decir, la obligación positiva que consiste en establecer un procedimiento efectivo y accesible que permita a la demandante saber si tiene derecho a la interrupción voluntaria del embarazo por riesgo para su vida, aspecto positivo que está protegido por el artículo 8, pues el derecho a la vida privada incluye dicha obligación positiva procedimental.

El Tribunal afirma que tanto en las obligaciones negativas como en las obligaciones positivas del Estado se trata de ponderar, con un justo equilibrio, el interés general frente a los intereses del individuo afectado, conforme al apartado

segundo del artículo 8 del Convenio. Como ocurre con las obligaciones negativas, en las obligaciones positivas tenemos que el Estado goza de cierto margen de apreciación. Pero si el Estado goza de un amplio margen de apreciación para definir las circunstancias en las que autoriza el aborto, una vez regulada la cuestión, el marco jurídico establecido debe presentar cierta coherencia y valorar los distintos intereses legítimos en juego, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio (§§ 245-247).

El único motivo de aborto permitido por el artículo 40.3.3. de la Constitución irlandesa es el de riesgo para la vida de la madre, que incluye, según la doctrina jurisprudencial irlandesa establecida en el asunto «X», el riesgo de suicidio. Pero el derecho irlandés no ha desarrollado legislativamente ni jurisprudencialmente, no ha definido, los criterios que permitirían determinar cuándo se cumple con la indicación que permite el aborto, la existencia de un riesgo para la vida de la madre incluido el riesgo de suicidio. Tampoco existen directivas profesionales, que permitan a los médicos establecer bajo qué condiciones concurren las circunstancias del aborto legal, por dicho motivo los artículos 58 y 59 de la ley irlandesa que castigan como un ilícito penal el aborto, incluso en caso de riesgo para la vida de la madre, pueden influir en los médicos que difícilmente se atreverán a apreciar el riesgo para la vida de la madre, cuando pueden ser condenados a penas de cárcel, según dichos preceptos, aunque se trate de preceptos que deberían entenderse derogados, en virtud del artículo 40.3.3. de la Constitución. Además, no existe ningún procedimiento que permita resolver las discrepancias entre médicos o entre éstos y la embarazada. El TEDH entiende que un procedimiento constitucional no puede ser el adecuado para determinar si una mujer tiene derecho al aborto. Por este motivo, ha de ser desestimada la excepción planteada por el Gobierno, cuando afirma que no se han agotado los recursos internos. La incertidumbre creada por la falta de desarrollo legislativo del artículo 40.3.3. de la Constitución, ausencia de procedimientos eficaces y accesibles, ha dado lugar a una contradicción entre el derecho teórico al aborto, reconocido a las mujeres en Irlanda, en caso de riesgo serio para su vida, y la realidad de la puesta en práctica de dicho derecho. Bajo estos argumentos, el Tribunal rechaza la excepción basada en que no han sido agotados los recursos internos y resuelve que Irlanda ha incumplido su

obligación positiva procedimental, impuesta por el artículo 8 del Convenio que exige asegurar un respeto efectivo de la vida privada de la tercera demandante (§§ 253-267).

Una crítica a la solución dada por el Tribunal, a la primera y segunda demandantes, la encontramos en la opinión separada, en parte disidente, a esta sentencia que firman en común seis jueces, número que ya nos indica lo controvertido del asunto en el seno del Tribunal y la posibilidad de que la jurisprudencia cambie en el futuro. En esta opinión, parcialmente disidente, los jueces Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni y Poalelungi explican que en este asunto no se trataba de resolver el problema del comienzo de la vida, pues el Tribunal carece de elementos para resolver dicha pregunta. Se trataba de ponderar de una parte el derecho a la vida del feto y de otra el derecho a la autonomía de la mujer embarazada. Y la respuesta a esta ponderación resulta clara entre los Estados europeos, que comparten un fuerte consenso a favor del derecho a la vida de la mujer embarazada, a su salud y a su bienestar social, que prima sobre el derecho a la vida del feto, indistintamente de la respuesta que se dé a la pregunta sobre el inicio de la vida humana, en términos filosóficos, jurídicos o religiosos (§ 27 de la opinión separada).

Continúan los jueces disidentes diciendo que la jurisprudencia del Tribunal recoge que cuando existe un consenso sobre un derecho fundamental debe servir para restringir considerablemente el margen de apreciación de los Estados. Ello se basa en la función armonizadora que tiene la jurisprudencia del Tribunal, que permite una protección mínima de los derechos humanos igual en todos los Estados miembros. Dicha armonización encuentra un límite cuando la protección de un derecho es diferente de un Estado a otro, es decir, cuando no existe un consenso europeo, lo que puede llevar a reconocer un amplio margen de apreciación. Al contrario de lo que hace normalmente en su jurisprudencia, en este caso el Tribunal mantiene que existe un amplio consenso europeo, pero al mismo tiempo reconoce un amplio margen de apreciación porque, este es el argumento, las demandantes A y B tienen la posibilidad de viajar al extranjero, donde se les practicará el aborto que desean, viaje sobre el que pueden recibir información en Irlanda. Este argumento le basta al Tribunal para justificar la

prohibición del aborto en Irlanda, en casos de riesgo para la salud de la madre o en caso de una indicación socioeconómica, sobre la base de, cabría decir con el pretexto de, proteger las ideas morales profundas del pueblo irlandés.

Estos seis jueces están en contra de la conclusión del Tribunal y de los argumentos que le sirven de fundamento. En primer lugar, critican el argumento que sostiene que el derecho irlandés es conforme con el artículo 8 del Convenio, porque permite a las mujeres abortar en el extranjero, así como ser informadas sobre dicha posibilidad. En segundo lugar, el que mantiene que los valores profundos del pueblo irlandés, valores morales relativos a la naturaleza de la vida humana, sirvan para contrarrestar el amplio consenso europeo sobre el aborto, en caso de riesgo para la salud o la vida de la mujer, y permita conceder a Irlanda un amplio margen de apreciación en la materia. El primer argumento es incorrecto, porque las demandantes alegan la imposibilidad de abortar en Irlanda, lo que les obliga a viajar al extranjero, de tal manera que la respuesta del Tribunal deja sin responder la verdadera cuestión, si Irlanda ha violado los derechos de A y B, por no permitirles abortar en su territorio (§§ 5-8). En cuanto al segundo argumento, que afirma que las profundas creencias morales del pueblo irlandés obligan a reconocer un amplio margen de apreciación en contra del consenso europeo es un cambio de rumbo en la jurisprudencia del Tribunal muy peligroso, pues hasta la fecha no había tomado en consideración las creencias morales a la hora de determinar el margen de apreciación de los Estados. Por tanto, entienden que sí ha existido vulneración del derecho a la vida privada del artículo 8 respecto de la primera y segunda demandante, en contra de lo estimado por el Tribunal (§ 11).

I.3.3.3. Una posible superación del paradigma procedimental: los asuntos *R. R. c. Polonia y S. c. Polonia*

Hasta ahora hemos visto que el paradigma procedimental ha sido confirmado como una doctrina que permite estimar la violación del derecho a la vida privada del artículo 8, en su aspecto positivo procedimental. En los asuntos que comentaremos seguidamente se mantiene dicha doctrina, pero con una novedad, la aplicación de dicho paradigma al derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio. De esta manera, con base en la doctrina de las obligaciones positivas, desde un punto de vista procedimental, el Tribunal estimará la vulneración tanto del artículo 8 como del artículo 3 del Convenio.

En el caso de la violación del derecho a la vida privada del artículo 8, está claro que se refiere a la obligación positiva que exige a los Estados un mínimo de coherencia entre los derechos reconocidos y el marco legal, jurisdiccional y ejecutivo que los desarrolla y permite hacerlos efectivos. Dicha doctrina procedimental es mantenida por el TEDH en los nuevos asuntos, en relación con el derecho a la vida privada. Sin embargo, en relación con el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, cuya vulneración también ha sido estimada por el Tribunal desde un paradigma procedimental, se ha introducido una ambigüedad en la doctrina procedimental del Tribunal que permite defender la existencia de obligaciones sustantivas para los Estados, no solo procedimentales, sino también sustantivas, como veremos seguidamente. En efecto, la vulneración del artículo 3 puede verse como resultado del incumplimiento de la obligación positiva procedimental contenida en el mismo, es lo que afirma el TEDH, pero también podría verse como resultado del incumplimiento de una obligación negativa que tendría naturaleza sustantiva. La razón estriba en que alcanzar el umbral de sufrimiento mínimo exigido para que sea apreciada la existencia de trato degradante e inhumano, infligido a la mujer a la que se le impide abortar en determinados supuestos, no parece depender de si se prohíbe el aborto sin más,

como derecho sustantivo, o de si se reconoce el derecho al aborto para hacerlo infectivo poco después, es decir, si se incumple una obligación positiva procedimental. El sufrimiento de la mujer parece ser el mismo en un caso y en otro, en determinados supuestos que se corresponden con las indicaciones clásicas contempladas en la regulación del aborto, al menos no parece menor cuando se prohíbe el derecho al aborto como derecho sustantivo.

La ambigüedad señalada permitiría transitar desde un punto de vista procedimental hasta otro sustantivo, en la doctrina del TEDH, pues se ha producido una extensión del paradigma procedimental que pasa de ser aplicado al artículo 8 en exclusiva a incluir también el artículo 3. Este cambio puede parecer un juego de palabras, pero no lo es, ya que puede albergar consecuencias jurídicas importantes en un futuro desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal y de su doctrina sobre el derecho al aborto. En efecto, con base en la vulneración del artículo 3, en la vulneración de la obligación procedimental deducible del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, que el Tribunal ha estimado en las sentencias que comentaremos, es posible argumentar a favor de la vulneración, en dichos supuestos, de la obligación sustantiva incluida en el artículo 3, dada la ambigüedad entre las obligaciones procedimentales y sustantivas deducibles del artículo 3, en relación con el derecho al aborto. De esta manera, dispondríamos de un buen argumento para defender el reconocimiento de obligaciones sustantivas, además de procedimentales, deducibles desde el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, en relación con el derecho al aborto; al menos, cuando concurren las indicaciones terapéutica, eugenésica, ética o socioeconómica. Dicho reconocimiento permitiría defender la necesidad de un orden público europeo para el derecho al aborto, un mínimo común obligatorio para los Estados miembros del Consejo de Europa, desde los razonamientos jurídicos incluidos en la jurisprudencia del TEDH.

El argumento comentado se basa no solo en la ambigüedad existente entre obligaciones sustantivas y procedimentales, pues también descansa en una segunda ambigüedad, la que se da entre obligaciones positivas y negativas, cuando hablamos del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, en

relación con el derecho al aborto; al menos, en aquellos supuestos en los que concurre alguna de las indicaciones clásicas contempladas en la regulación del aborto. Esta segunda ambigüedad se produce porque la diferencia entre obligaciones positivas y negativas es clara y bien delimitada, cuando hablamos de los derechos contenidos en los artículos 8 al 11 del Convenio, ambos incluidos, pues en ellos encontramos un apartado segundo que señala los requisitos que permiten justificar una injerencia en el derecho, una posible vulneración de la obligación negativa, de manera que es claro cuándo estamos hablando de una obligación negativa, que si es incumplida da lugar a una injerencia que puede ser justificada si supera el test de proporcionalidad, o de una obligación positiva procedimental, que puede ser incumplida por haber reconocido un derecho sin hacerlo efectivo en la práctica, en cuyo caso no es procedente el test de proporcionalidad en sentido estricto, pues puede bastar con una argumentación basada en el principio de efectividad y en el criterio de interpretación evolutiva del Convenio. Sin embargo, el proceder anterior no es aplicable a la violación del artículo 3, estimada por el TEDH, desde un paradigma procedimental, porque el derecho contenido en dicho artículo es un derecho absoluto, a diferencia de los derechos reconocidos en los artículos 8 al 11 del Convenio, un derecho absoluto para el que no se establecen excepciones que permitan justificar la injerencia en el mismo, mediante un juicio de proporcionalidad. Se trata de un derecho que se entenderá vulnerado por todas aquellas injerencias que superen el umbral de gravedad mínimo establecido jurisprudencialmente por el Tribunal, el umbral de sufrimiento mínimo exigido para apreciar trato degradante e inhumano. Pero en el caso del aborto no parece que superar dicho umbral mínimo dependa de que la injerencia se refiera a un derecho procedimental o sustantivo, a un derecho positivo o negativo, pues no parece que el sufrimiento de la mujer sea menor cuando se le prohíbe abortar que cuando se le permite en teoría, para impedirlo en la práctica. La diferencia entre obligaciones procedimentales y sustantivas no parece relevante, tampoco parece que el sufrimiento de la mujer dependa de que el derecho al aborto sea entendido como una limitación al poder del Estado o como una obligación de desarrollo legislativo de los derechos, la diferencia entre obligaciones negativas y positivas tampoco parece relevante, cuando hablamos del derecho al aborto

en relación con el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano. Es decir, si el TEDH reconoce que la mujer a la que no se le permite abortar, en los supuestos en los que concurre alguna de las indicaciones mencionadas, ha alcanzado el umbral mínimo de sufrimiento exigido para estimar la vulneración de la obligación positiva procedimental incluida en el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, entonces también debe reconocer que ha alcanzado el umbral mínimo exigible que permite estimar la vulneración de la obligación sustantiva, tanto si se entiende dicha obligación como negativa o como positiva; al menos, en relación con aquellos supuestos en los que concurre la indicación terapéutica, eugenésica, socioeconómico y ética.

Las razones anteriores permiten defender el reconocimiento de un estándar mínimo europeo para el derecho al aborto, no meramente procedimental, sino sustantivo, obligatorio para los Estados. Por tanto, el reconocimiento de un derecho humano al aborto; al menos, cuando concurre alguna de las indicaciones que han sido mencionadas.

Pero veamos cómo esta lectura, de la jurisprudencia del Tribunal, puede ser justificada, mediante la siguiente exposición de los argumentos contenidos en las sentencias del TEDH en las que ha sido estimada la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, en relación con el derecho al aborto.

I.3.3.4. La aplicación del paradigma procedimental al derecho a no sufrir trato degradante e inhumano

La construcción de una doctrina que aplica el paradigma procedimental no solo al derecho a la vida privada, sino también al derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, se inicia con el asunto *R. R. c. Polonia*, nº 27617/04,

sentencia 26 de mayo de 2011 de la Sección 4ª del TEDH. En el supuesto de hecho planteado en dicha demanda encontramos que la Sra. R. R. necesitaba un diagnóstico médico preciso sobre el estado de salud de su feto, que habría permitido determinar si reunía las condiciones para abortar, según el derecho polaco. Las ecografías realizadas, en la semana decimocuarta y decimoctava de embarazo, revelaron que el feto sufría una anomalía genética no identificada, por lo que era precisa la práctica de una amniocentesis y un examen genético, para determinar la naturaleza y gravedad de la malformación fetal. La demandante no pudo obtener dicho examen diagnóstico hasta la semana vigésimo tercera del embarazo y tuvo que esperar todavía dos semanas más, para ser informada finalmente de que su feto sufría el síndrome de Turner. Pero en dicho momento ya no era posible la práctica del aborto, según el derecho polaco, pues el feto era viable. La demandante recurrió ante la jurisdicción polaca y obtuvo del Tribunal de apelaciones de Cracovia una sentencia que reconocía que la demandante no había obtenido un diagnóstico dentro de un plazo razonable y estimó su solicitud, condenando al Estado polaco al pago de una indemnización económica.

La demandante alega ante el Tribunal la vulneración del artículo 3 y del artículo 8 del Convenio.

En relación con la violación del artículo 3, el Gobierno polaco responde que el maltrato recibido por la demandante no alcanza el umbral de gravedad mínimo requerido por la doctrina jurisprudencial del Tribunal, para que sea aplicable el artículo 3 del Convenio. Por su parte, la demandante argumenta que los médicos retrasaron su diagnóstico deliberadamente y que fue tratada con desprecio y desdeñosamente, lo que le ha producido sufrimiento y angustia ante la posibilidad de una malformación en el feto y del transcurso de los plazos en los que le estaría permitido abortar, temores que se cumplieron.

El Tribunal recuerda que su jurisprudencia establece que un trato degradante debe alcanzar un mínimo de gravedad, para que sea aplicable el artículo 3, y que estimar que concurre dicho mínimo de gravedad es una cuestión relativa, en esencia, pues depende del conjunto de circunstancias del caso, de la duración del maltrato y de sus efectos físicos y psíquicos, a veces, también

del sexo, de la edad y del estado de salud de la víctima. En este caso, el Tribunal hace notar que la demandante era muy vulnerable, pues estaba muy preocupada, ante la posibilidad de que el feto sufriera una anomalía grave y ante la ausencia de una prueba diagnóstica, en el plazo pertinente que le permitiera tomar una decisión sobre la necesidad de abortar. Todo ello la situó en una situación de angustia extrema. Los profesionales no han tenido en cuenta esta situación y no han sabido responder a la misma. Cuando, finalmente, la demandante obtuvo los resultados médicos era ya demasiado tarde para interrumpir el embarazo. El TEDH recoge la opinión del Tribunal Supremo polaco quien afirma que la demandante fue humillada. El TEDH entiende que el sufrimiento de la demandante alcanza el grado mínimo de gravedad requerido para que el artículo 3 sea aplicable. Por tanto, ha existido violación del artículo 3 del Convenio (§§ 144-148 y 159-161).

En relación con la posible vulneración del artículo 8, el Gobierno polaco alega que el aborto y el embarazo no son cuestiones que afecten exclusivamente al derecho a la vida privada de la demandante, porque el derecho a la vida privada de la mujer embarazada está estrechamente asociado al feto, cuyos intereses deben quedar jurídicamente protegidos. Añade que, aunque el examen de la demandante sufriera un retraso, que ha impedido a la demandante abortar, falta verificar si esta posibilidad existió realmente, pues no existe un consenso en Polonia sobre si el síndrome de Turner es una anomalía suficientemente grave, es decir, sobre si dicha enfermedad cumple con los requisitos exigidos por la ley polaca de 1993 para justificar el aborto legal.

La demandante defiende que los poderes públicos no han garantizado su derecho al acceso a los exámenes prenatales pertinentes, que le habrían permitido abortar legalmente. Asimismo, alega la ausencia de una reglamentación sobre la objeción de conciencia de los médicos, que asegure a los pacientes sus derechos, añade que la objeción de conciencia no debería aceptarse en materia de diagnóstico. La demandante recuerda la doctrina médica sobre consentimiento informado, según la cual los pacientes deberían ser informados de todos los riesgos y ventajas de una terapia, así como de los

tratamientos alternativos que existen, a fin de poder adoptar una decisión libre e informada (§§ 163-173).

El TEDH recuerda que el derecho a la vida privada incluye el derecho a decidir si se quiere ser madre o no serlo (*Evans c. Reino Unido*, § 71 de la sentencia de 2007), así como el derecho a la integridad física y psíquica (*Tysiak c. Polonia*, § 107 de la sentencia de 2007). Añade que su jurisprudencia y la de la antigua Comisión recoge que la decisión de interrumpir el embarazo pertenece a la esfera de la vida privada, pero también que cuando una mujer está embarazada, su vida privada está estrechamente relacionada con el feto; se trata de los asuntos *Brüggemann y Scheuten c. Alemania* (1978), *Boso c. Italia* (2002), *Vo. c. Francia* (2004), *Tysiak c. Polonia* (2007), y *A, B y C c. Irlanda* (2010), de los que se sigue que siempre hay que tener en cuenta, en la resolución de los mismos, el resultado de la ponderación entre los derechos y libertades de la madre frente a los intereses del feto, pues el artículo 8 es aplicable en dichos supuestos (§§ 180 y 181).

El TEDH añade que el artículo 8 incluye una obligación negativa, que permite proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, pues toda injerencia debe estar justificada, en los términos exigidos en su párrafo segundo. Pero que el artículo 8 también incluye obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada. Dichas obligaciones positivas incluyen la creación de un marco reglamentario y un sistema judicial y ejecutivo que proteja los derechos de los individuos en materia de aborto (§§ 183 y 185). Nos recuerda su jurisprudencia, en la que la determinación del inicio de la vida humana cae bajo el margen de apreciación de los Estados, pues no existe ningún consenso europeo sobre el inicio de la vida humana, sobre la definición científica o jurídica del inicio de la vida (*Vo. c. Francia*, § 82). Por el contrario, sí existe un amplio consenso europeo, pero en el sentido de permitir el aborto en condiciones cada vez más permisivas (*A, B y C c. Irlanda*, §§ 235 y 237). Y dado que debemos reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados, en cuanto a la determinación del inicio de la vida, y que los derechos de la madre van ligados al interés del feto, resulta obligado reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados, a la hora de ponderar el derecho a la vida privada de

la mujer frente a los intereses del feto (*A, B y C c. Irlanda*, § 214). De tal manera que el Estado goza de un amplio margen de apreciación, para decidir los casos en los que permite el aborto, pero una vez establecido el régimen del aborto, el marco jurídico debe ser coherente y tener en cuenta los diferentes intereses jurídicos concurrentes (*A, B y C c. Irlanda*, § 249).

El TEDH argumenta que, en el presente caso, se trata del derecho a ser informado del propio estado de salud y del derecho a continuar o no con el embarazo, a lo que añade que el Convenio garantiza derechos reales y efectivos, en aplicación del principio de efectividad (*Airey c. Irlanda*, § 24 de la sentencia). En este caso, se trata no tanto del derecho a abortar como del derecho a acceder a un diagnóstico, que habría permitido determinar si se cumplen las condiciones que permiten el aborto legal, a lo que se añade que conocer el estado de salud del feto, durante el embarazo, constituye un elemento de la salud de la madre (*Brüggemann c. Alemania*, § 59 de la resolución de 1978).

El TEDH concluye que no ha sido demostrado en este proceso que en derecho polaco existiesen mecanismos jurídicos efectivos, que hubieran permitido a la demandante acceder a un diagnóstico médico, necesario para emitir un consentimiento informado sobre una posible interrupción voluntaria del embarazo. Por tanto, existe una discrepancia chocante entre el derecho al aborto teóricamente reconocido y su aplicación concreta. Es decir, las autoridades polacas han incumplido su obligación positiva procedimental de garantizar el derecho a la vida privada de la demandante, por lo que ha existido violación del artículo 8 del Convenio (§§ 186-197 y 209-214).

Con la descripción de los argumentos y conclusiones del Tribunal en el asunto *R.R. c. Polonia*, hemos visto que el paradigma procedimental es aplicado nuevamente en el examen de la posible vulneración del derecho a la vida privada del artículo 8, pero que no se queda en dicho artículo, pues el paradigma procedimental es aplicado también, por primera vez, al derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio.

I.3.3.5. La necesidad del tránsito desde un paradigma procedimental a otro sustantivo

La extensión del paradigma procedimental, desde el derecho a la vida privada hasta el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, se ve confirmada en el asunto *P. y S. c. Polonia*, nº 57375/08, sentencia de 30 de octubre de 2012 de la Sección 4ª del TEDH. Se trata de un supuesto de hecho en el que las demandantes son hija y madre, la hija es menor y ha sufrido una violación, de la que resulta embarazada. La menor embarazada decide abortar, con el acuerdo de su madre. La autoridad pública competente libra un certificado que acredita que el embarazo es el resultado de un delito de violación. Este título, en el derecho polaco, sirve para acreditar que concurre una de las causas que permiten el aborto legal. Sin embargo, la menor embarazada encontró infinidad de impedimentos a la hora de conseguir que le fuera practicado el aborto. En el hospital de Lublin, le fue negado su derecho a abortar, por lo que las demandantes abandonaron el hospital. El caso fue publicado en la prensa local y nacional. Las demandantes acudieron a un doctor de Varsovia, por recomendación de una fundación, en cuyo hospital las dificultades se repitieron. La madre de la menor embarazada fue acusada de que la voluntad de su hija había sido manipulada por ella, lo que sirvió de justificación a las autoridades para que la hija fuera aislada y separada de la madre e ingresada en un centro de menores. Finalmente hubo de intervenir personalmente el ministro de salud quien facilitó al fin el aborto de la menor, en un hospital de Gedansk, lo que permitió que se practicara la interrupción voluntaria del embarazo.

Las demandantes alegan violación del artículo 8 y del artículo 3 del Convenio.

Entre sus consideraciones, el TEDH incluye que el objeto principal del artículo 8 es proteger a los individuos frente a las injerencias de los poderes públicos. Una injerencia en el derecho establecido en el primer párrafo del artículo 8 debe estar justificada, en los términos establecidos en el segundo párrafo del mismo, se trata de una obligación negativa. El Tribunal añade que

existen obligaciones positivas, inherentes al respeto efectivo del derecho a la vida privada, entre las que se incluye la de establecer una regulación, que incluso garantice el derecho en las relaciones entre individuos, «efectos horizontales», y por supuesto en las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas. El TEDH concluye que el Estado tiene la obligación positiva de crear un marco procedimental que haga posible a la mujer embarazada el ejercicio efectivo del derecho al aborto legal (*Tysiac c. Polonia*, §§ 116 a 124; *R. R. c. Polonia*, § 200). Por tanto, debe examinar cómo dicho marco legal fue aplicado en el presente caso. En este sentido, ha quedado acreditado que la demandante obtuvo un certificado que acreditaba que el embarazo fue el resultado de un delito de violación, pero encontró en los hospitales públicos considerables dificultades a la hora de acceder al aborto. La demandante recibió información contradictoria y exigencias injustificadas. Después de numerosas dificultades, tuvo que intervenir personalmente el ministro de salud, para que finalmente pudiera ser practicado el aborto, pero en un hospital muy alejado del domicilio de la demandante y en circunstancias de semiclandestinidad, para evitar a la prensa y grupos activistas contrarios al aborto que continuasen las presiones directas sobre la menor. El TEDH concluye que, en este caso, las autoridades fracasaron, en cuanto a su obligación positiva de garantizar el respeto efectivo del derecho a la vida privada de la menor embarazada.

Las demandantes también alegan la violación del artículo 8, pero desde otro punto de vista, por un incumplimiento de la obligación negativa que prohíbe al Estado difundir datos personales. El TEDH recuerda que la protección de los datos personales, la información personal, no solo la protección de la información médica, es de fundamental importancia para el disfrute del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8, añade que la confidencialidad de los datos de salud es un principio vital en el sistema del Convenio. El Tribunal ha tenido en cuenta el argumento del Gobierno polaco, cuando respondió que la información publicada no contenía el nombre de las demandantes ni otros detalles que pudieran permitir su identificación. Sin embargo, el Tribunal observa que, tras la publicación de la información, terceros entraron en contacto con la demandante quien recibió de ellos mensajes de texto para convencerla de que no abortase, es decir, fue presionada y acosada. Asimismo, los doctores del hospital de

Varsovia informaron a las demandantes que habían recibido infinidad de presiones contrarias a la práctica del aborto. El Tribunal estima que hubo una interferencia en el derecho a la vida privada, pues es cierto que los Estados disfrutaban de cierto margen de apreciación, pero dicho margen no alcanza a eliminar la obligación del personal sanitario de salvaguardar el secreto médico. En el presente caso, no existía una finalidad legítima capaz de justificar la injerencia en el derecho a la vida privada. Por tanto, ha sido vulnerado el artículo 8 del Convenio, en un aspecto negativo como es la prohibición de difundir datos personales, incluida la información sanitaria del paciente (§§ 94, 95, 99, 101, 102, 112, 113 y 128-135).

En cuanto a la violación del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio, el Tribunal recuerda su doctrina jurisprudencial, que exige alcanzar un umbral mínimo en el grado de sufrimiento de la víctima, para que sea aplicable el artículo 3 del Convenio, doctrina jurisprudencial en la que el maltrato ha sido calificado como inhumano cuando se ha aplicado premeditadamente, durante horas, y ha producido daños físicos o mentales; y como degradante, cuando ha producido en la víctima sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarla. En el presente caso, tiene gran importancia la edad de la víctima, de tan solo 14 años, así como su situación de vulnerabilidad. El Tribunal se ha visto especialmente impresionado por el hecho de que las autoridades hubieran iniciado una investigación penal contra la demandante menor. Por tanto, el maltrato sufrido por la demandante sobrepasa el umbral mínimo de gravedad, habiéndose producido la violación del derecho a no sufrir trato degradante o inhumano (§§ 157-168).

Con esta conclusión del Tribunal, la extensión del paradigma procedimental hasta incluir el artículo 3 queda confirmada, puesto que disponemos de una segunda sentencia en la que el Tribunal estima la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, con fundamento en un argumento basado en el incumplimiento estatal de una obligación procedimental que deduce del artículo 3 del Convenio. Dicho argumento nos servirá, como ya ha sido comentado y mostraremos más adelante, para plantear la necesidad de que el Tribunal reconozca un derecho al aborto sustantivo, pues

en caso de no hacerlo, al menos, cuando concurra una indicación terapéutica, eugenésica, ética o socioeconómica, el Tribunal incurriría en una incoherencia, ya que estaría permitiendo el sufrimiento de la mujer, a la que se le niega el derecho al aborto. Estaría permitiendo su sufrimiento, en un grado no inferior al que ha servido al Tribunal para apreciar la vulneración del artículo 3, cuando han sido incumplidas obligaciones procedimentales. Este argumento es válido, al menos, en relación con el derecho al aborto, cuando concurra alguna de las indicaciones que han sido mencionadas.

I.4. Ponderación entre los derechos de la mujer y del nasciturus: hacia un derecho al aborto deducible del Convenio

I.4.1. La necesidad de un punto de vista sustantivo

Desde el paradigma procedimental, el TEDH ha llegado finalmente a reconocer la violación del artículo 3 del Convenio. Es decir, el Estado que reconoce el derecho al aborto, sin garantizarlo mediante el establecimiento de un marco adecuado, trata de manera degradante e inhumana a la mujer a la que reconoce el derecho al aborto para obstaculizar su ejercicio en la práctica. Sin embargo, no parece que el sufrimiento de la mujer, cuando se dificulta o impide en la práctica el ejercicio del derecho al aborto legalmente reconocido, por ausencia de garantías procedimentales, sea muy diferente del sufrimiento

infligido a una mujer por la prohibición del derecho al aborto, es decir, por la prohibición de un derecho sustantivo⁸⁰.

El argumento anterior permite formular las siguientes preguntas: ¿la prohibición del aborto supone un trato degradante e inhumano para la mujer en los supuestos de riesgo para la vida o salud de la madre, grave anomalía del feto incompatible con la vida o enfermedad muy grave e incurable del feto, violación o incesto, así como por causas socioeconómicas? ¿La prohibición del aborto a solicitud de la mujer durante un plazo razonable de la gestación, sin necesidad de alegar indicación alguna, supone igualmente un trato degradante e inhumano para la mujer?

Si con la prohibición de un derecho sustantivo al aborto, en las indicaciones propuestas, es decir, riesgo para la vida o salud de la madre, grave anomalía del feto incompatible con la vida o enfermedad muy grave e incurable del feto, violación o incesto, así como por causas socioeconómicas, no se produce trato degradante o inhumano de la mujer, entonces tampoco debería producirse en los casos en que se reconoce el derecho al aborto cuando concurren dichas indicaciones para obstaculizarlo en la práctica, es decir, cuando se incumplen las obligaciones positivas procedimentales que exigen coherencia entre la legislación y la práctica estatal, entre el derecho sustantivo y las obligaciones procedimentales exigidas para su garantía, en cumplimiento del principio de efectividad en la garantía de los derechos. Pero tenemos que el Tribunal sí ha reconocido la violación del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano en el asunto *R. R. c. Polonia* (2011), y en *P. y S. c. Polonia* (2012), en los que considera acreditado el incumplimiento de la obligación positiva procedimental, incluida en el artículo 3 del Convenio, y estima por ello la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano. Por tanto, la prohibición del derecho al aborto, como derecho sustantivo, debería ser considerada una violación del derecho de la mujer a no sufrir trato degradante e inhumano. Sin embargo, esta conclusión no ha llegado todavía a la

⁸⁰ Véase MALOVIC 2015: 8, sobre el asunto *R. R. c. Polonia* (2011) en el que se declaró por primera vez la vulneración del artículo 3 del Convenio, en relación con el derecho al aborto, pero sin que el TEDH reconociera un derecho sustantivo al aborto.

jurisprudencia del Tribunal, aunque se sigue de manera necesaria del argumento esbozado, lo que implica el reconocimiento de un derecho al aborto sustantivo; al menos, mediante un sistema de indicaciones.

Sin embargo, para justificar que la mujer sufre un trato degradante e inhumano, cuando se prohíbe el derecho sustantivo al aborto en los supuestos en los que concurren las indicaciones mencionadas, no nos basta con un argumento basado en el principio de efectividad, que sí permitió al Tribunal justificar la existencia de trato degradante o inhumano, cuando un Estado reconoce el derecho al aborto para impedirlo u obstaculizarlo en la práctica, incumpliendo el principio de efectividad que exige coherencia y garantías, es decir, sí sirvió para justificar el incumplimiento de una obligación procedimental. Pero no nos basta, dicho paradigma procedimental, cuando se trata de justificar el incumplimiento de una obligación sustantiva, porque en dicho caso necesitaremos argumentos materiales, que nos hablen de la ponderación entre los derechos de la mujer embarazada frente a los intereses del *nasciturus*, que también son dignos de protección. Estas razones sustantivas debemos buscarlas en las sentencias y decisiones del Tribunal y la antigua Comisión, a fin de comprobar si podrían servir como buenos motivos que permitan establecer un estándar mínimo europeo que reconozca el derecho al aborto como un derecho humano, un derecho sustantivo; al menos, cuando concorra alguna de las indicaciones mencionadas: la terapéutica, la eugenésica, la ética o la socioeconómica.

Dicho estándar mínimo europeo, a modo de orden público bioético, es posible porque las autoridades nacionales están obligadas a seguir la jurisprudencia del Tribunal, dado el efecto de *res interpretata* de las sentencias del TEDH⁸¹.

⁸¹ El efecto de cosa interpretada se refiere a los efectos interpretativos de las sentencias del TEDH en el derecho de los Estados. El Tribunal es el intérprete del Convenio y dicha interpretación vincula a las jurisdicciones nacionales, tanto a la justicia constitucional como a la ordinaria, y al resto de operadores jurídicos. Al respecto, véase ALIJA y BONET 2018: 339-343, donde los autores explican que los efectos de las sentencias del TEDH pueden dividirse en efectos para las partes y efectos derivados del acervo jurisprudencial. Añaden que para las partes las sentencias carecen de fuerza ejecutiva

El Convenio establece un catálogo de mínimos y la garantía que el Tribunal ofrece también es de mínimos, porque los Estados pueden ampliar tanto el catálogo de derechos como sus garantías. Se trata de respetar la diversidad y la autonomía de los Estados, pero siempre desde el respeto a un estándar mínimo europeo, que el Tribunal establece mediante su jurisprudencia. El principio que se utiliza para alcanzar esta armonización, sin limitar la soberanía de los Estados, es el de subsidiariedad que sirve como justificación de la doctrina del margen de apreciación⁸².

Seguimos con nuestro argumento, sobre la necesidad de reconocer un derecho al aborto sustantivo, mediante un sistema de indicaciones. En principio, parece que la prohibición del derecho sustantivo al aborto, en los supuestos correspondientes a las indicaciones referidas, serviría como una buena descripción general, una suerte de definición, de lo que consideramos trato degradante e inhumano de la mujer embarazada⁸³. Pero con dicha descripción no nos basta, jurídicamente necesitamos descubrir en la jurisprudencia del TEDH razones suficientes, aunque solo sea en forma esquemática o implícita, razones que permitan justificar un reconocimiento mínimo de un derecho sustantivo al aborto.

directa, pues no constituyen un título capaz de anular una sentencia, una disposición normativa o un acto administrativo, aunque numerosos Estados, entre ellos España, contemplan la existencia de una sentencia del TEDH condenatoria como motivo para admitir un recurso extraordinario de revisión; mientras que en relación con los efectos derivados de un acervo jurisprudencial, se trataría de los efectos de *res interpretata*, es decir, la obligación de la justicia constitucional y ordinaria estatales de interpretar y aplicar los derechos fundamentales conforme a la doctrina del TEDH. Asimismo, puede consultarse QUERALT 2008: 76-88, donde comenta ampliamente el efecto de *res interpretata* predicable de las sentencias del TEDH.

⁸² Sobre el estándar mínimo de garantía que el Tribunal contribuye a crear, véase QUERALT 2008: 97-121 y QUERALT 2003: 240-250, donde se hace referencia al carácter declarativo y obligatorio, pero no ejecutivo de las sentencias del Tribunal, dado su carácter de órgano internacional, pero no supranacional.

⁸³ La doctrina ha señalado el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano como uno de los derechos de la mujer vulnerados por la prohibición del aborto. Véase COSENTINO 2015: 583-584, donde incluye entre los derechos que pueden resultar violados cuando se deniega el aborto: el derecho a la autonomía reproductiva y a la autodeterminación, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano y el derecho a un nivel de vida adecuado.

I.4.1.1. El debate sobre el aborto en la Academia de Medicina de Francia en 1850: un ejemplo histórico de los términos en los que se plantea el debate sobre un derecho sustantivo al aborto

Nuestro punto de vista es jurídico, por lo que en el argumento que estamos construyendo solo aceptamos razones basadas en disposiciones normativas aplicables, así como en la jurisprudencia del TEDH.

Sin embargo, no podemos olvidar que nuestro derecho positivo se sustenta sobre una realidad social e histórica que también debe ser tenida en cuenta y que podemos ejemplificar mediante los episodios vividos en la Academia de Medicina de Francia, en las sesiones celebradas en relación con el caso de Julie Gros. Para su exposición sigo a Le Naour (2003), quien lo expone en su libro sobre la historia del aborto. Este asunto se plantea en 1850 cuando Julie Gros, que tenía treinta y cinco años, quedó embarazada y fue diagnosticada de una enfermedad que exigía la práctica de una cesárea, que en aquella época implicaba la muerte prácticamente segura de la madre por el peligro de infecciones, pues aún no se había descubierto la penicilina. Ante este dilema, salvar a la madre mediante un aborto o salvar al niño mediante una cesárea, el doctor Lenoir no dudó de su obligación, como médico, de salvar a la madre mediante la práctica de un aborto, aunque el artículo 317 del Código Penal francés establecía la ilegalidad del aborto, en cualquier circunstancia, y aunque la práctica médica oficial recomendaba abstenerse de emitir un juicio sobre este tipo de asuntos, es decir, recomendaba que no se practicara el aborto. Pero ante este dilema había que decidir, y abstenerse de decidir también suponía una decisión, que implicaba dejar morir a la madre en beneficio del *nasciturus*. El doctor Lenoir no dudó y practicó el aborto, además presentó un informe ante la Academia de Medicina de Francia, con el que pretendía generar un debate sobre la cuestión del aborto terapéutico, sacarla a la luz, para dejarla resuelta; al menos, en relación con la práctica médica.

La sesión del 10 de febrero de 1852, ante la Academia de Medicina de Francia, se inicia mediante la defensa del informe del doctor Lenoir, a cargo de su colega, el doctor Cazeaux, defensor y practicante del aborto terapéutico. El debate se plantea en un comienzo como una pugna entre los principios religiosos y morales, eternos e inmutables, defendidos por el doctor Letnneur, por una parte, y la racionalidad científica defendida por el doctor Gély, por la otra, es decir, una suerte de enfrentamiento entre ciencia y religión. Frente a la anterior deriva, que lleva a una situación irresoluble, el ponente, el doctor Cazeaux, defiende la licitud del aborto terapéutico, mediante el recurso a un argumento de tipo jurídico, afirma que practicar un aborto terapéutico con el fin de salvar la vida de la mujer no puede ser considerado como un aborto ilegal, dado el fin loable perseguido. Para la defensa de esta tesis construye un argumento basado en la idea de que el médico, en estos casos, actúa en nombre de la mujer y en su legítima defensa, pues la vida de la mujer ha sido puesta en peligro por el feto, que es calificado como agresor. Esta teoría, basada en el derecho a la legítima defensa, permite al doctor Cazeaux afirmar que corresponde a la mujer elegir sobre la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo, pero añade que el médico debe acudir en defensa de la mujer agredida por el feto, pues lo contrario sería una omisión del deber de socorro hacia nuestros semejantes.

En la sesión del 2 de marzo de 1852 el debate toma un derrotero inesperado, cuando un médico que ha practicado abortos terapéuticos y que ha defendido públicamente dicha práctica, el doctor Dubois, arremete contra la defensa del aborto terapéutico, planteada ante la Academia, bajo el pretexto de que la decisión sobre el aborto es estrictamente moral y debe ser decidida en el fuero interno de nuestra conciencia moral. Por tanto, que solo el médico en cada caso concreto y de acuerdo con su conciencia puede decidir sobre la práctica de un aborto terapéutico, por lo que la Academia no debe pronunciarse sobre este asunto estrictamente moral y personal. Ante este revés inesperado, el ponente, el doctor Cazeaux, señala la contradicción entre la práctica del aborto terapéutico, seguida por el doctor Dubois, y su petición a la Academia para que guarde silencio sobre la cuestión.

La sesión del 16 de marzo de 1852 es la más apasionada, pues interviene un enemigo declarado del aborto terapéutico, el doctor Bégin, quien argumenta en contra del aborto terapéutico tanto con razones que apelan a los principios propios del arte de la medicina como con razones que hablan de las consecuencias de abrir las puertas a dicha práctica, una aparición temprana del argumento conocido como «de la pendiente resbaladiza». En efecto, habla a la Academia de la ética médica que impide matar y que impide decidir quién debe vivir y quién debe morir. Asimismo, señala las posibles consecuencias de romper con dicho principio, a saber, la instauración de una desconfianza general de los pacientes hacia la profesión médica. Además, afirma que permitir el aborto terapéutico sería solo el primer paso hacia una mayor permisividad hacia los abortos criminales, cuyas condenas serían progresivamente atenuadas. La propuesta del doctor Bégin es que la Academia no se pronuncie ni a favor ni en contra del aborto terapéutico, pues se trata de una decisión que cada médico debe tomar desde su conciencia moral y en atención al caso concreto. La respuesta del ponente, el doctor Cazeaux, subraya que si la Academia no se pronuncia, está de hecho decidiendo en contra de la práctica de los abortos terapéuticos, pues muy pocos médicos se atreverían a practicar abortos terapéuticos, si no cuentan con el respaldo oficial de la profesión médica, expresado a través de la Academia de Medicina.

Tras un total de seis sesiones, en las que se discuten los aspectos a los que hemos hecho referencia, y tras una votación celebrada el 30 de marzo de 1852, los miembros de la Academia de Medicina aceptan, por mayoría de votos, la práctica del aborto terapéutico como corolario al reconocimiento de la superioridad de la vida de la mujer sobre la del feto⁸⁴.

La descripción de este episodio puede servir como ejemplo de la discusión sobre el aborto terapéutico, que se produjo entre la profesión médica, ya en el siglo XIX, y en la que aparecen los elementos básicos del debate, todavía reconocibles en nuestros días.

⁸⁴ Véase LE NAOUR 2003: 23-25ss.

I.4.1.2. Un derecho humano al aborto deducible desde el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano

Recordemos que el TEDH ha estimado la violación del artículo 3, en los asuntos *R.R. c. Polonia* (2011) y *P. y S. c. Polonia* (2012), cuyas sentencias estiman la violación en relación con el incumplimiento de una obligación positiva procedimental. Esta conclusión del TEDH se muestra como incompleta, pues el sufrimiento de la mujer a la que se le prohíbe abortar, a la que se le niega el derecho sustantivo al aborto, y que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, cuando concurren las indicaciones terapéutica, eugenésica, ética o socioeconómica, no es menor que el sufrimiento de la mujer a la que se reconoce el derecho sustantivo al aborto para luego negárselo en la práctica, supuesto este último que fue el contemplado por el Tribunal, a la hora de estimar la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, por incumplimiento de una obligación procedimental. El argumento que dice que no existe violación del artículo 3, en relación con el derecho sustantivo al aborto, porque la mujer siempre puede viajar al extranjero para abortar, que ha sido afirmado por el Tribunal en la sentencia que dictó en el asunto *A, B y C c. Irlanda* (2010), no parece aceptable⁸⁵.

El derecho a no sufrir trato degradante e inhumano es un derecho absoluto en el sistema del Convenio, pues no puede ser objeto de limitaciones ni siquiera por razones de orden público, tampoco en los supuestos contemplados en el artículo 15 del Convenio, por lo que el ejercicio de este derecho no puede ser suspendido en estado de guerra ni de peligro público que amenace la

⁸⁵ Véase BRID 2019: 488-489, donde analiza las sentencias *R R c. Polonia* (2011) y *P. y S. c. Polonia* (2012) y concluye que la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, que estima el TEDH, no depende del incumplimiento de una obligación positiva por el Estado, sino del umbral de sufrimiento alcanzado por la mujer que se encuentra en una situación vulnerable y a la que se le impide o dificulta abortar.

supervivencia de la nación. El contexto histórico del nacimiento del artículo 3 permite entenderlo como una respuesta frente a los crímenes del nazismo, pero muy pronto la Comisión inició un proceso de interpretación del derecho que ha permitido adaptarlo a las condiciones actuales. La jurisprudencia ha utilizado el criterio del umbral de gravedad mínimo, requerido para apreciar la concurrencia del trato degradante e inhumano, así como el criterio de apreciación relativa, que le ha permitido modular el criterio anterior dependiendo de las circunstancias concretas del caso y de la víctima. El derecho recogido en el artículo 3 posee una fuerza expansiva que permite aplicarlo a materias que no están explícitamente comprendidas en el Convenio⁸⁶.

Recordemos lo dicho por el Tribunal sobre la resolución del conflicto entre los derechos del padre potencial y los de la mujer en edad de procrear que fue resuelto a favor de los derechos de la mujer mediante un punto de vista que fue calificado de paradigma procesal. Por su parte, el conflicto entre los derechos de la mujer y la soberanía estatal, en la regulación del aborto, fue resuelto por el Tribunal mediante un paradigma procedimental, que hemos comentado ampliamente, que reconoce a la mujer derechos procedimentales, es decir, que si un Estado reconoce un derecho sustantivo al aborto, entonces debe garantizarlo en la práctica con lo que se consigue satisfacer la exigencia de soberanía de los Estados en aplicación de principio de subsidiariedad y cierta protección de la mujer, en aplicación del principio de efectividad, aunque insuficiente y siempre dependiente de la apreciación estatal, pues el Estado puede prohibir el derecho sustantivo al aborto, en el ejercicio de un margen de apreciación estatal, muy amplio en esta materia. A pesar del avance que el paradigma procedimental ha supuesto, observamos que en su interior ha permanecido oculto y sin resolver un conflicto entre los derechos de la mujer y los intereses del *nasciturus*. Un conflicto que el Tribunal ha permitido que siguiera oculto, pues se ha negado a resolver con carácter general la ponderación entre los derechos de la mujer y los intereses del feto, bajo el argumento de que son

⁸⁶ Sobre la naturaleza del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, del artículo 3 del Convenio, como derecho absoluto, véase PETTITI 1999: 155-175.

los Estados los que deben resolver el conflicto, en aplicación del principio de subsidiariedad, que les confiere un amplio margen de apreciación en la materia, según la interpretación seguida por el Tribunal, desde un punto de vista procedimental que se resiste a afrontar el problema sustantivo de fondo.

El paradigma procedimental debe ser superado, no en el sentido de negar lo alcanzado por el mismo, que debe ser conservado, sino en el sentido de ir más allá, pues la garantía de los derechos no puede quedarse en un mero reconocimiento de las garantías secundarias, en el caso de que las primarias existan, sino que debe exigir también garantías primarias, deben ser garantizados no solo los derechos procesales y procedimentales, sino también los derechos sustantivos.

El problema sustantivo no resuelto vuelve a salir a la luz cuando, desde dicho paradigma procedimental, el TEDH reconoce la violación del artículo 3 del Convenio, pues inmediatamente se impone una nueva pregunta que reza: ¿si la mujer a la que no se le garantiza un derecho al aborto legalmente reconocido sufre trato degradante e inhumano, entonces qué ocurrirá con la mujer a la que ni siquiera se le reconoce el derecho a abortar, diremos que no sufre trato degradante e inhumano? ¿Cómo sería posible? Afirmar que a la mujer a la que se le prohíbe abortar, porque no se le reconoce un derecho sustantivo al aborto, no sufre trato degradante e inhumano mientras que la mujer a la que se le reconoce dicho derecho sustantivo, pero a la que se le dificulta o impide en la práctica, sí que lo sufre, sería tanto como afirmar que el enfermo al que se le niega el derecho a la asistencia sanitaria es mejor tratado que el enfermo al que sí se le reconoce el derecho para a continuación dificultar o impedir la prestación del servicio sanitario en la práctica, por inexistencia de un marco que garantice el derecho sustantivo. Vemos que es un argumento absurdo, al menos desde un punto de vista material y práctico.

Esta paradoja, que encontramos en el estudio de las sentencias del TEDH, nos pone sobre la pista dejada por una cuestión mal resuelta y que resurge desde el interior del paradigma procedimental, se trata del conflicto entre los derechos de la mujer y los intereses del *nasciturus* que exige aclarar si el artículo 2 del Convenio, el derecho a la vida, protege en alguna medida al

nasciturus y cómo lo hace. Dicho conflicto, junto a las preguntas asociadas al mismo, no ha sido resuelto por el Tribunal, pues explícitamente ha dicho o bien que no era el objeto del proceso o bien que carecía de elementos suficientes para responder la pregunta. Pero cuando una pregunta reaparece a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal, sin que obtenga una respuesta explícita, lo que está ocurriendo, en realidad, es que el TEDH se está negando a cumplir con una de sus funciones, la de establecer un nivel de garantía mínimo obligatorio para todos los Estados miembros del Consejo de Europa, porque el Tribunal, en relación con el derecho al aborto, solo ha cumplido en parte con su obligación, ha establecido, es cierto, garantías procesales y procedimentales, pero faltan las sustantivas, necesarias para la construcción de un orden público⁸⁷.

En realidad, desde un punto de vista pragmático, las garantías procedimentales parecerían suficientes, en el momento actual, en el que, con la excepción de algún pequeño país, encontramos que todos los Estados grandes y medianos miembros del Consejo reconocen el derecho al aborto como derecho

⁸⁷ La doctrina contraria al aborto comparte la necesidad de ponderar los derechos de la mujer y los intereses del feto, pero otorga un mayor peso a la garantía de los derechos del feto. Véase PUPPINCK 2015: 167-168, donde mantiene que el Tribunal siempre ha excluido que el *nasciturus* carezca por completo de protección. En *Vo. c. Francia* (2004) la Gran Sala declaró que no es deseable ni posible, en el actual estado de cosas, responder en abstracto a la cuestión de si el feto es una persona, según el artículo 2 del Convenio, aunque parece que todos los Estados aceptan que el embrión pertenece a la raza humana, por lo que requiere protección en nombre de la dignidad humana. Por tanto, la idea de que los Estados son libres para regular el aborto como les plazca no es acertada, pues deben equilibrar los intereses y derechos involucrados. Véase PUPPINCK 2013-I: 145-146, donde señala que el Tribunal pondera diferentes derechos, cuando debe decidir un asunto, pero que ponderar es difícil, cuando se trata de derechos que están al mismo nivel, como ocurre con el derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del feto, por la razón anterior, cuando un asunto llega al Tribunal, éste normalmente plantea el derecho a la vida o a la salud de la mujer, pero raramente su derecho a la autonomía. Además, el Tribunal nunca ha admitido que el derecho a la autonomía de la mujer permita justificar el derecho al aborto; al contrario, habría afirmado explícitamente que el artículo 8 no contiene ningún derecho al aborto. También puede consultarse FREEMAN 1994: 655-657, donde afirma que el derecho de los Estados reconoce y protege la vida del *nasciturus*, como un interés legal independiente, y que la Comisión no niega que el artículo 2 pueda proteger la vida del *nasciturus*, simplemente afirma que si dicha protección existe no puede hacer caso omiso del derecho a la vida y a la salud de la madre. Finalmente, véase OLAGUIBE 2018: 119, quien defiende que el embrión humano debe ser protegido y alega el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, afirma que la legislación nacional debería ser restrictiva del derecho al aborto.

sustantivo, mediante una regulación liberal, que incorpora un sistema de plazos o de indicaciones, o que combina ambos. Es decir, no parece que el reconocimiento del derecho sustantivo al aborto sea un problema en Europa, pues el derecho está ampliamente reconocido en las legislaciones estatales⁸⁸. Por tanto, el TEDH podría decirnos que su estrategia de prudencia frente a los Estados, que reclaman respeto a su soberanía estatal en la materia, serviría para justificar el reconocimiento de un amplio margen de apreciación estatal al mismo tiempo que les obliga a cumplir con sus obligaciones procedimentales, que exigen a los Estados coherencia en sus legislaciones, así como efectividad de los derechos reconocidos, estrategia que habría sido todo un éxito⁸⁹. Podría añadir que su jurisprudencia es un buen ejemplo de cómo trabajar junto a los Estados y no en su contra, que ha conseguido una mayor y paulatina extensión del reconocimiento estatal del derecho sustantivo al aborto, así como de su efectividad mediante el paradigma procedimental. Ante dicha justificación, que

⁸⁸ Los datos sanitarios de los distintos Estados, no solo de Europa, sino de todo el mundo, en relación con los derechos reproductivos pueden consultarse en COOK 2005: 426-437), en los que aparece con claridad que la extensión del derecho al aborto en Europa, así como del acceso a los métodos anticonceptivos y la atención sanitaria, arrojan unos índices de mortalidad perinatal y en general de salud reproductiva envidiables para otras zonas del planeta. Puede consultarse la página <https://reproductiverights.org/worldabortionlaws> que incluye la información actualizada sobre la regulación del aborto en los diferentes países, puede verse que en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa se reconoce el derecho al aborto a solicitud de la mujer en un plazo de la gestación razonable y donde no es así mediante un sistema de indicaciones, en ocasiones se combinan ambos sistemas.

⁸⁹ Sobre el margen de apreciación estatal, véase GARCÍA ROCA 2010, donde analiza la dialéctica que se produce en la jurisprudencia del TEDH, entre el principio de subsidiariedad y el de integración, asimismo define el margen de apreciación como una noción autónoma, creada pretorianamente, dotada de autonomía conceptual, pues no puede reducirse a la simple idea de discrecionalidad. Cuando el Tribunal aplica la doctrina del margen de apreciación nacional no enjuicia plenamente el asunto y respeta la decisión estatal. Sin embargo, el margen de apreciación debería ser disciplinado y regulado, en su aplicación, mediante el establecimiento de un contenido mínimo y de unas garantías de los derechos, es decir, de un orden público europeo exigible a los Estados. Las dificultades en el establecimiento de este mínimo exigible han obstaculizado la existencia de pronunciamientos relevantes en materia bioética, véase: GARCÍA ROCA 2010: 98-155. Es cierto que el Consejo de Europa es una organización de cooperación política y no de integración por lo que no se le transfieren competencias, pero el TEDH mediante su sistema de protección de los derechos del Convenio ha ido más allá de una simple cooperación y trabaja en la construcción de un orden público europeo, aunque todavía incompleto, GARCÍA ROCA 2010: 251.

nos habla de avanzar prudentemente, sin sobresaltos y sin provocar el rechazo de los Estados, podemos conceder que, efectivamente, ha dado sus frutos, pues los Estados con regulaciones muy restrictivas del aborto finalmente han liberalizado su legislación, en alguna medida, y la influencia de la jurisprudencia del TEDH, en dicha liberalización, no parece desdeñable. Recordemos que la protección de los derechos del Convenio incluye una primera fase nacional, que requiere del agotamiento de los recursos internos, conforme a lo exigido por el artículo 35, en aplicación del principio de subsidiariedad, pues el sistema solo puede funcionar desde la cooperación de los Estados en la garantía de los derechos⁹⁰.

Sin embargo, podemos responder al argumento realista esbozado que si el consenso sobre unos elementos mínimos en la regulación del aborto ha sido alcanzado por una práctica unanimidad de los Estados, entonces ¿qué problema representaría reconocer un derecho sustantivo al aborto que recoja al menos un sistema de indicaciones como estándar mínimo europeo obligatorio? ¿Qué daño podría hacer un poco de idealismo? En el contexto actual, de consenso entre los países miembros del Consejo, puede suceder que mantener la doctrina que reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados, en la regulación del aborto, equivalga a dejar la puerta abierta a un posible retroceso en el reconocimiento y la garantía del derecho al aborto, en un futuro. Para conjurar dicho peligro, necesitamos un nivel mínimo de protección del derecho al aborto que exija reconocer un derecho humano al aborto como derecho sustantivo. No basta con la garantía procedimental, aunque también es necesaria, pues sirve para la garantía de cualquier derecho, incluido el derecho al aborto⁹¹.

La situación que encontramos en la jurisprudencia del TEDH es sorprendente para nosotros, porque estamos acostumbrados, en el derecho

⁹⁰ Véase MARGUÉNAUD 2016: 6, sobre el papel que desempeña la protección estatal de los derechos convencionales basado en el principio de subsidiariedad, definido jurisprudencialmente, y en la necesidad de agotar los recursos permitidos en las instancias estatales, exigido por el artículo 35 del Convenio.

⁹¹ MALOVIC 2015: 10-15, donde se nos recuerda que el Tribunal no ha reconocido el aborto como derecho humano.

constitucional estatal de nuestras democracias, a que algunos derechos sustantivos sean reconocidos, pero incumplidos en la práctica, por falta de garantías procedimentales. Un ejemplo lo encontramos en los derechos sociales sustantivos que pueden ser reconocidos teóricamente, pero cuyo desarrollo procedimental es inexistente o insuficiente, por lo que son incumplidos en la práctica, convirtiéndose en derechos meramente teóricos e ilusorios. Mientras que en la jurisprudencia de nuestro Tribunal ocurre un fenómeno jurídico extravagante, pues se establecen garantías procedimentales para derechos cuyo reconocimiento, como derecho sustantivo, queda en el aire, ya que depende de la decisión estatal, que se mueve dentro de un amplio margen de apreciación. Garantías procedimentales para derechos humanos hipotéticos, una curiosa construcción jurídica del TEDH. Es decir, se parte del reconocimiento de un derecho procedimental, pero sin que se exija ni siquiera un nivel mínimo en el reconocimiento del derecho sustantivo. Y todo ello en virtud del principio de efectividad de los derechos. De nuevo sorprendente y paradójico, pues la efectividad plena de los derechos humanos contenidos en el Convenio exigiría también un reconocimiento, aunque sea mínimo, de un derecho al aborto sustantivo, al menos en alguna medida. De lo contrario, el principio de efectividad afirmado queda reducido a una simple exigencia de coherencia formal, cuando el Convenio exige cumplir con derechos sustantivos, derechos materiales⁹².

Ante lo anterior, se nos podría reprochar que el TEDH ni es ni puede ser un legislador, por lo que no podemos exigirle el reconocimiento de un derecho sustantivo al aborto en términos liberales. Lo anterior es cierto, pero no lo es menos que sí debemos exigirle que cumpla con sus funciones. En primer lugar, la función de desarrollar los derechos humanos, incluidos en el Convenio, que incluiría interpretar las disposiciones normativas del Convenio adaptándolas a los nuevos tiempos. En segundo lugar, la función de armonizar los derechos de

⁹² Sobre la definición formal de los derechos fundamentales y la distinción entre hipotético y categórico puede consultarse FERRAJOLI 2001: 19-56.

los Estados, mediante el establecimiento de un estándar mínimo de protección, un orden público europeo⁹³.

Por tanto, entre las funciones del Tribunal, cabría incluir el reconocimiento de un derecho al aborto, que coincida, al menos, con el consenso mínimo existente entre los Estados miembros. Ese mínimo exigible debería incluir una regulación del aborto mediante un sistema de indicaciones, pues los Estados están de acuerdo en que la ponderación de los derechos de la mujer frente al interés digno de protección del *nasciturus* arroja un resultado favorable para la mujer, al menos durante un plazo razonable de la gestación y con un límite en la viabilidad del feto.

Sin embargo, debemos trabajar junto al Tribunal, no contra él, como el propio Tribunal nos ha enseñado, para que termine reconociendo, más pronto que tarde, un derecho al aborto sustantivo. Para ello tendremos que rastrear, en su jurisprudencia, aquellos argumentos que nos hablen del conflicto entre los derechos de la madre y los intereses del *nasciturus*, pues solo desde el resultado de dicha ponderación podremos exigir un estándar mínimo del derecho al aborto, obligatorio para todos los Estados miembros. El Tribunal no ha resuelto expresamente dicha cuestión, por eso nos encontramos en este punto paradójico. Sin embargo, ha dicho implícitamente cómo entiende el conflicto y cómo debería ser resuelta la ponderación entre los derechos de la mujer y la protección del *nasciturus*⁹⁴.

Después de las sentencias de los asuntos *R. R. c. Polonia* (2011) y *P. y S. c. Polonia* (2012), cuando nos enfrentemos a supuestos análogos, no solo tendrá sentido preguntarnos por la violación del artículo 3 desde un punto de

⁹³ Véase QUERALT 2009: 252-255, donde expone las funciones del Tribunal; en primer lugar, la función de desarrollar los derechos humanos incluidos en el Convenio que incluiría tanto desarrollar las disposiciones normativas del Convenio como adaptar dichas disposiciones a los nuevos tiempos; en segundo lugar, la función de armonizar los derechos de los Estados, mediante el establecimiento de un estándar mínimo de protección, un orden público europeo.

⁹⁴ Véase HARRIS 2018: 221-223, donde comenta que el problema del aborto no ha obtenido todavía una respuesta satisfactoria del TEDH, a lo que añade que su solución solo puede venir de una ponderación entre el derecho a la vida privada, del artículo 8, y el derecho a la vida, del artículo 2 del Convenio.

vista procedimental, sino también sustantivo, pues el trato degradante o inhumano que ha sufrido la mujer se produce tanto en el caso de incumplimiento de las obligaciones procedimentales como en el caso de prohibición del derecho sustantivo al aborto⁹⁵. A lo anterior añadido que los supuestos descritos en las regulaciones estatales del derecho al aborto, mediante sistemas de indicaciones, constituyen buenas descripciones abstractas de aquellas circunstancias en las que una prohibición del derecho al aborto supone, para la mujer, un sufrimiento capaz de alcanzar el umbral mínimo requerido por el Tribunal para apreciar un trato degradante e inhumano⁹⁶.

El riesgo para la vida o salud de la mujer, la anomalía en el feto incompatible con la vida o la enfermedad muy grave e incurable del feto, la violación o el incesto, así como las causas socioeconómicas son buenas descripciones de supuestos en los que parece razonable afirmar que la prohibición del aborto puede provocar en la mujer embarazada un sufrimiento calificable como degradante e inhumano, que es siempre relativo, pues depende de la sensibilidad social en cada momento histórico y de las características de la mujer, pero que en nuestro tiempo y respecto de la situación de vulnerabilidad de la mujer, en tales circunstancias, aparece como perfectamente justificada.

Pero debemos llegar a la conclusión anterior desde lo dicho por el TEDH en su jurisprudencia. Debemos justificar que las indicaciones, a las que nos hemos referido, permiten, desde los argumentos incorporados en la jurisprudencia del Tribunal, exigir el reconocimiento de un derecho sustantivo al aborto.

⁹⁵ En la doctrina contraria al derecho al aborto, ha sido planteada la posibilidad de que el feto sufra trato inhumano cuando se permite el aborto. Véase PUPPINCK 2013-I: 154-155, donde comenta el asunto *H. c. Noruega* (1992) en el que la Comisión considera la posible violación del artículo 3 por trato degradante e inhumano infligido al feto, aunque declara que no ha sido probado que el feto lo haya sufrido, por lo que no puede estimarse la vulneración alegada; sin embargo, este argumento muestra, a juicio de Puppink, que si el sufrimiento hubiera sido probado, entonces habría sido estimada la violación del artículo 3 del Convenio, en relación con el feto.

⁹⁶ Véase FREEMAN 1994: 662, donde argumenta sobre la necesidad de permitir el aborto en aquellos casos en que esté en riesgo la vida o salud de la madre, o en los supuestos de violación o incesto.

I.4.2. El aborto como derecho humano

Presentaremos los distintos argumentos desde los que es posible deducir, con base en lo dicho por el TEDH en sus sentencias, un derecho humano al aborto, un estándar mínimo europeo para el derecho al aborto, es decir, el contenido de un derecho humano al aborto obligatorio para los Estados miembros del Consejo de Europa.

I.4.2.1. Las indicaciones terapéutica y socioeconómica

Un primer argumento parte de la indicación terapéutica, es decir, del riesgo para la vida o la salud de la madre. Para tales supuestos encontramos, en la jurisprudencia del Tribunal y la antigua Comisión, argumentos favorables al reconocimiento del derecho al aborto. Ya en el asunto *Brüggemann c. Alemania* (1978) el informe de la Comisión recoge que la interrupción de un embarazo no deseado no pertenece únicamente a la vida privada, pues la vida privada de la madre está íntimamente conectada con el desarrollo del feto (§ 59). Es decir, el derecho a la vida privada de la madre no es absoluto, pues está limitado por la protección que merece el feto, para la que se tendrá en cuenta el grado de desarrollo del feto, por lo que dicha limitación del derecho a la vida privada de la mujer será mayor o menor dependiendo de la fase de la gestación en la que el feto se encuentre⁹⁷. Pero de la limitación que la protección del desarrollo del feto supone, para el derecho a la vida privada de la mujer, la Comisión no deduce que la regulación alemana que permite el aborto, en los supuestos de riesgo para

⁹⁷ El momento de la viabilidad del feto implicaría una limitación del derecho al aborto en estos supuestos, pues sería posible practicar un aborto inducido.

la vida o la salud de la madre, sea contraria al Convenio. Lo anterior nos está diciendo que, en principio, la Comisión ve con buenos ojos la ponderación realizada por el legislador alemán, que otorga mayor peso a los derechos de la mujer frente a la protección del feto. Es decir, ni el derecho de la mujer es absoluto ni el interés del *nasciturus* lo es. Por tanto, lo que aparece como presupuesto, en este informe de la Comisión, es la existencia de un conflicto de intereses cuya resolución favorable para la mujer no es contraria al Convenio, es decir, reconocer el derecho al aborto en caso de riesgo para la vida o la salud de la madre es compatible con el Convenio, lo que no implica todavía que prohibir el aborto en tales casos sea contrario al mismo⁹⁸.

En el asunto *WP c. Reino Unido* (1980) aparece con mayor claridad lo que la antigua Comisión presupone, pero no dice explícitamente, cuando plantea que el derecho a la vida, del artículo 2, puede ser interpretado de tres maneras diferentes: como no aplicable al feto, como reconocido al feto con ciertas limitaciones y como un derecho absoluto aplicable al feto. A continuación, señala que la vida del feto está íntimamente ligada a la de la mujer embarazada y no puede ser considerada aisladamente de ella por lo que, aunque sostuviéramos que el artículo 2 protege la vida del feto, no sería una protección absoluta, pues, en caso de riesgo para la vida de la madre, dicha protección absoluta implicaría que damos más valor a la vida del feto que a la de la madre, lo que parece inadmisibles. La Comisión entiende que reconocer al feto un derecho a la vida en términos absolutos sería contrario al Convenio (§§ 17-20). Nuevamente, vemos que la Comisión concluye en su informe que el derecho a la salud y a la vida de la mujer constituyen un límite a un posible derecho a la vida del feto, al menos en las fases iniciales de la gestación. Por tanto, la indicación terapéutica permite justificar el derecho al aborto, por lo que un derecho al aborto en tales supuestos es compatible con el Convenio. La Comisión está reconociendo que el derecho a la vida del artículo 2 es aplicable en alguna medida al feto, no como un derecho

⁹⁸ Véase FREEMAN 1994: 647, donde nos recuerda que en el asunto *Brüggemann c. Alemania* (1978) encontramos argumentos de la antigua Comisión, aceptados por el Comité de Ministros, que permitirían incluir al *nasciturus* bajo el artículo 2 del Convenio.

absoluto a la vida, pero sí como una protección del feto que encuentra un límite en el derecho a la vida y la salud de la mujer (§ 23)⁹⁹.

En relación con la tercera opción, la de reconocer al feto el derecho a la vida con carácter absoluto, fue rechazada por la Comisión, pues la vida del feto está íntimamente ligada a la de la madre. La Comisión declaró en este asunto que el derecho a la vida del feto cede ante el derecho a la salud de la madre y que se permite el aborto en un estado inicial del embarazo. El derecho a la vida del feto está limitado por los derechos de la mujer, según lo argumentado por la Comisión, aunque no lo diga explícitamente, pero que esté limitado implica a su vez que la vida del feto es digna de protección en alguna medida. Por tanto, la interpretación del derecho a la vida del feto como un derecho limitado resulta compatible con el Convenio¹⁰⁰.

Por tanto, según la antigua Comisión, cuando existe riesgo para la salud de la madre no se puede reconocer un derecho absoluto a la vida del feto, aunque la Comisión se negó a dar una respuesta definitiva y general. De esta manera, el derecho a la vida del artículo 2, en la medida en que sea aplicable al feto, tiene excepciones, pues no es un derecho absoluto, ya que el conflicto entre la vida del feto y la salud de la madre se resuelve a favor de la madre¹⁰¹.

De ahí que permitir el derecho al aborto en caso de riesgo para la vida o la salud de la madre, antes de que el feto sea viable, aparece como el resultado de una ponderación acertada, a juicio de la antigua Comisión. Nuevamente encontramos que una regulación del derecho al aborto que recoja la indicación terapéutica es compatible con el Convenio, lo que no implica que su prohibición en tales supuestos sea contraria al mismo. Esta segunda implicación es la que andamos buscando, aunque solo sea de manera implícita e indirecta, es decir,

⁹⁹ Véase el comentario contenido en GUILLAUM 1999: 145-148.

¹⁰⁰ Véase SÁNCHEZ PATRÓN 2014: 444-445, donde concluye que la protección del feto está limitada por los derechos de la mujer, tras el análisis de la decisión de la Comisión en el asunto *WP c. Reino Unido* (1980).

¹⁰¹ Puede consultarse SANZ 2004: 162, donde subraya que en el asunto *WP c. Reino Unido* la Comisión manifestó que no se puede reconocer un derecho absoluto a la vida del feto cuando existe un riesgo para la salud de la madre.

como lo no dicho, pero que rige y gobierna lo que sí dice expresamente la jurisprudencia del TEDH y la antigua Comisión.

Un tratamiento análogo del problema encontramos en el asunto *Boso c. Italia* (2002), pero en este supuesto es el TEDH y no la antigua Comisión el que desarrolla los argumentos. El Tribunal afirma, en su decisión, que no debe pronunciarse sobre si el feto se beneficia o no de la protección del derecho a la vida, del artículo 2 del Convenio, es decir, comienza ocultando las razones implícitas de la argumentación que fundamenta su decisión, aunque resultará fácil sacarlas a la luz, pues continúa afirmando que, incluso en el caso de que el derecho a la vida fuese aplicable al feto, la ley italiana, cuestionada en este asunto, permite la práctica del aborto, en los supuestos de riesgo para la vida y la salud de la madre, por lo que mantiene un justo equilibrio entre la necesidad de asegurar la protección del feto y el interés de la mujer. De esta manera el TEDH, como ya hizo la antigua Comisión, reconoce que el derecho al aborto, en caso de riesgo para la vida o salud de la madre, es compatible con el Convenio (§ 1). De nuevo, encontramos una ponderación favorable a la mujer, que aparece como presupuesta en la argumentación del Tribunal y cuya compatibilidad con el Convenio es aceptada. El Tribunal subraya que no se trata de decidir si el derecho a la vida, del artículo 2, es aplicable al feto. Sin embargo, aplica dicho derecho a la vida, reconociendo que el feto debe ser protegido, no en términos absolutos, pero sí como limitado por el derecho a la vida y a la salud de la madre, un derecho a la vida y la salud de madre que es superior al derecho a la vida del feto¹⁰².

Que el feto debe ser protegido, sin que se le reconozca la titularidad del derecho a la vida, es establecido de manera clara por el TEDH, en el asunto *Vo. c. Francia* (2004)¹⁰³, aunque se resista a establecer dicha exigencia con carácter

¹⁰² Como se señala en *CASADEVALL* 2012: 198-201, al que he seguido en este párrafo.

¹⁰³ Véase *SAURA* 2015: 13-25, donde nos dice que en *Vo. c. Francia* (2004), de lo declarado por el Tribunal, puede concluirse que no se puede confundir la titularidad de un derecho con la protección de un bien jurídico. El derecho a la vida del feto no existe en el Convenio, pero eso no significa que no sea un bien jurídico digno de protección, pues existe un denominador común europeo que exige proteger al *nasciturus*, no por ser titular de derechos, sino por su potencialidad para devenir una persona. Por otra

general, pues afirma que no ha resuelto todavía el sentido del derecho a la vida del artículo 2, en relación con el feto (§§ 75-77).

En el asunto *Vo. c. Francia*, nº 53924/00, sentencia de la Gran Sala de 8 de julio de 2004, no nos encontramos ante un supuesto en el que se plantee el problema del aborto, pues lo planteado es una negligencia médica cuyo resultado es un aborto involuntario. El supuesto de hecho consiste en que la demandante, la señora Vo., acudió a un centro hospitalario para una revisión ginecológica, pero fue confundida con otra paciente, por la identidad en los nombres y la dificultad de la demandante a la hora de expresarse en francés. El doctor intentó retirarles un anticonceptivo uterino inexistente lo que le provocó la rotura de la bolsa de líquido amniótico que provocó un aborto terapéutico involuntario. La recurrente acudió a la jurisdicción francesa, ante la que acusó al médico de homicidio imprudente. Tras el periplo judicial ante instancias inferiores, la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación francés concluyó que la necesidad de una interpretación estricta de la ley penal se opone a que la imputación de homicidio imprudente pueda ser aplicada en relación con un feto (§ 28). El Gobierno francés se opone a la admisión de la demanda ante el TEDH, plantea la excepción de inadmisibilidad *ratione materiae*, pues sostiene que el derecho a la vida, del artículo 2, no es aplicable al *nasciturus*. La recurrente denuncia la ausencia de una protección suficiente del feto, pues no está prevista una sanción penal en el derecho francés, en estos supuestos, lo que supondría una violación del artículo 2 del Convenio. El TEDH entiende que la cuestión planteada consiste en saber si el derecho a la vida del artículo 2 es aplicable a una interrupción involuntaria del embarazo y en caso afirmativo si exige establecer una responsabilidad penal o basta con una responsabilidad

parte, existen dos límites al derecho al aborto, en primer lugar, el de la viabilidad del feto, en torno a la semana veinte o veintidós, en segundo lugar, el principio de no discriminación, que prohíbe el aborto selectivo de sexos o el aborto eugenésico. Asimismo, véase SÁNCHEZ 2014: 455-456, donde argumenta que en el asunto *Vo. c. Francia* la madre alegó el derecho a la vida del feto por lo que el Tribunal no pudo excusarse en que es un derecho limitado por los de la mujer. El Tribunal dice que existe un consenso europeo, a la hora de reconocer que el *nasciturus* pertenece a la raza humana, pues tiene la capacidad de convertirse en persona y que debe ser protegido en nombre de la dignidad humana.

administrativa. Por tanto, la excepción *ratione materiae*, es decir, por falta de competencia objetiva, no puede ser desligada de la resolución del fondo del asunto, por lo que la demanda es admitida por el TEDH. El Gobierno francés alega que, suponiendo incluso que el artículo fuera aplicable en este caso, dicho artículo no impondría, tratándose de una falta involuntaria, que la vida del feto deba ser protegida por el derecho penal, pues bastaría con una protección administrativa que sí contempla el derecho francés. El TEDH aprecia que la recurrente se queja ante la imposibilidad de obtener una condena penal del médico, cuya imprudencia profesional provocó el aborto indeseado. El Tribunal de Casación estimó, con base en el principio de que la interpretación de la ley penal debe ser estricta, que el feto no podía ser víctima de un homicidio imprudente (§§ 42-45 y 59).

La cuestión que se plantea ante el TEDH es la de saber si la ausencia de un recurso de naturaleza penal en derecho francés, para sancionar la muerte involuntaria de un feto, constituye un incumplimiento de la obligación del Estado de proteger por ley el derecho de toda persona a la vida, garantizado por el artículo 2.

El TEDH nos recuerda el estado de su jurisprudencia, también que, al contrario de lo que establece el artículo 4 del Convenio Americano relativo a los Derechos Humanos, que enuncia que el derecho a la vida debe ser protegido «en general desde el momento de la concepción», el artículo 2 del Convenio no define ni el concepto de «persona» ni el de «vida» y que en la jurisprudencia del TEDH no ha sido resuelto todavía el sentido del derecho a la vida del artículo 2, en relación con el feto. En el asunto *WP c. Reino Unido* (1980), la Comisión se planteó si el derecho a la vida: no se aplicaba al feto, se aplicaba con limitaciones o se reconocía con carácter absoluto; ante lo que respondió que no cabe reconocerlo con carácter absoluto, pues supondría, en caso de peligro para la vida o salud de la madre, considerar como más valiosa la vida del feto que la de la madre, algo inadmisibles, más cuando en 1950 casi todos los Estados contratantes autorizaban el aborto para salvar la vida de la madre y la tendencia en la legislación sobre el aborto era liberalizar la interrupción voluntaria del embarazo (§§ 75-77). Lo que resulta de la jurisprudencia de los órganos del

Convenio es que el *nasciturus* no es considerado como una persona, que se beneficia del derecho a la vida del artículo 2, y que su protección está limitada, implícitamente, por los derechos e intereses de la madre, pero sin excluir que en determinadas circunstancias puedan ser admitidas garantías en beneficio del *nasciturus*.

Ocurre que, en este caso, el TEDH se enfrenta a un supuesto diferente a los tratados hasta ahora, se trata de una mujer embarazada que quería ser madre y cuyo embarazo era perfectamente sano y viable, no estamos ante un supuesto de interrupción voluntaria del embarazo. La cuestión que se plantea el Tribunal es si el daño producido al feto debe ser penalmente sancionado a la vista del artículo 2 del Convenio. Se plantea ante el Tribunal la pregunta sobre el momento en que comienza la vida, en relación con el derecho a la vida del artículo 2. Pero el Tribunal responde que la pregunta sobre el inicio de la vida debe ser respondida por los Estados, dentro del margen de apreciación que les es reconocido en esta materia, sobre todo en esta medida para la que no existe un consenso europeo, ni científico ni jurídico, sobre el inicio de la vida humana. El Tribunal observa que no existe un consenso sobre la naturaleza y el estatus del embrión o el feto en el derecho europeo. El Convenio de Oviedo no define el término «persona» y el informe explicativo indica que ante la falta de unanimidad los Estados han optado por dejar al derecho interno la precisión pertinente a los efectos de la aplicación del Convenio de Oviedo. No olvidemos, sin embargo, que en virtud del artículo 29 del Convenio de Oviedo el Tribunal puede ser instado a emitir informes relativos a la interpretación de los derechos contenidos en él (§ 80 de la sentencia)¹⁰⁴.

No obstante, el Tribunal entiende que no es deseable ni posible, actualmente, responder en abstracto la pregunta sobre si el *nasciturus* es una persona, en el sentido del artículo 2. El aborto indeseado de la demandante no debe ser necesariamente examinado bajo la pregunta de si el derecho a la vida del feto es deducible del artículo 2, pues basta con responder a la pregunta sobre

¹⁰⁴ Sobre la imprecisión e incoherencia en el uso de los términos «ser humano» y «persona», en el Convenio de Oviedo, véase SCOTTO 2021: 25-47.

si la protección jurídica, ofrecida por Francia a la demandante, ante la pérdida del feto, satisface las obligaciones procedimentales, deducibles del artículo 2. Desde este punto de vista, la vida del feto está íntimamente ligada a la de la madre y su protección puede asegurarse a través de la protección de la madre, especialmente en este caso, en el que no existía ningún conflicto de intereses entre el feto y la madre, en el que la pérdida del feto es la consecuencia de una negligencia médica. Por tanto, el TEDH debe examinar si las vías de recurso existentes, de las que disponía la demandante para exigir la responsabilidad por la pérdida de su hijo uterino y para exigir una indemnización por la interrupción involuntaria de su embarazo, eran conformes con el sistema del Convenio. El TEDH recuerda que la primera frase del artículo 2 impone al Estado, no solo la obligación de abstenerse de provocar la muerte intencionalmente, sino también la de tomar aquellas medidas necesarias para la protección de la vida de las personas que dependan de su jurisdicción. Estos principios también se aplican en el ámbito de la salud pública. Las obligaciones positivas implican que el Estado debe implementar una regulación que imponga, a los hospitales públicos y privados, la adopción de medidas que aseguren la protección de la vida de los enfermos. Al mismo tiempo, implica la implementación de un sistema judicial eficaz e independiente, que permita determinar la causa de fallecimiento de un individuo o su lesión cuando se encuentra bajo la responsabilidad de los sanitarios, quienes deben responder de sus actos (§§ 88 y 89). Sin embargo, el Tribunal entiende que la obligación positiva del Estado, a la hora de implementar un sistema judicial eficaz, no exige necesariamente, cuando se trate de una lesión involuntaria de la integridad física o un atentado involuntario contra la vida, que el recurso sea de naturaleza penal, admitiéndose que sea civil o administrativo. Por tanto, en caso de negligencia médica, es suficiente una responsabilidad civil o administrativa o disciplinaria, pero no necesariamente penal. En el presente caso, un recurso administrativo presentado por la demandante podría haber acabado en una condena de la conducta imprudente y en una indemnización para la demandante. La queja de la demandante sobre la prescripción de la acción administrativa de responsabilidad no convence al TEDH, en este sentido el Tribunal recuerda que el derecho al acceso a los tribunales no es absoluto y pueden establecerse limitaciones, como la

prescripción de la acción, que entra dentro del margen de apreciación de los Estados, además el plazo de prescripción, de cuatro años, no le parece desproporcionado. El Tribunal concluye que, en este caso, la acción por responsabilidad era un recurso eficaz, a disposición de la demandante. Este recurso habría permitido a la demandante establecer el ilícito médico y la reparación del daño causado, mediante una indemnización, todo ello ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, incluso en el supuesto de que el artículo 2 fuera aplicable al caso el Tribunal concluye que no ha existido violación del artículo 2 del Convenio (§§ 90-95).

Siguiendo con la argumentación general, basada en la jurisprudencia del Tribunal y de la antigua Comisión, vemos que es defendible que el *nasciturus* no sea considerado como una persona que se beneficia del derecho a la vida del artículo 2, pues dicho derecho a la vida, si existe, está limitado por los derechos e intereses de la madre, pero sin excluir que en determinadas circunstancias puedan ser admitidas garantías en beneficio de los intereses del *nasciturus* (§ 80). Sin embargo, hemos visto, en el comentario a la sentencia del asunto *Vo. c. Francia* (2004), que se repite la negativa del Tribunal a dar una respuesta general al problema, pues ello implicaría establecer un estándar mínimo exigible, relativo a la protección del *nasciturus*, por lo que el Tribunal vuelve a incumplir su obligación, ahora en relación con la protección del *nasciturus*. Razón por la que el Tribunal afirma que no es deseable ni posible actualmente responder, en abstracto, la pregunta sobre si el *nasciturus* es una persona, en el sentido del artículo 2, aunque vuelve a repetir que la vida del feto está íntimamente ligada a la de la madre y que su protección puede asegurarse a través de la protección de la madre¹⁰⁵.

El juez Costa, en su voto particular a la sentencia *Vo. c. Francia* (2004), nos habla de las razones implícitas en los argumentos del Tribunal. En dicho voto particular expone que el problema filosófico y ético sobre si el feto es persona y cuándo empieza la vida no está resuelto, pero que eso no impide dar una

¹⁰⁵ Véase BURGORGUE-LARSEN 2015: 48-49, donde concluye que el TEDH ha adoptado una posición muy prudente sobre el problema del inicio de la vida humana, pues no ha querido tomar partido entre las distintas opciones.

solución jurídica a la cuestión y que, como ocurre en otras sentencias, el Tribunal, en infinidad de ocasiones, ha elaborado nociones autónomas cuando ha querido resolver una cuestión jurídica. Sin embargo, cree que el Tribunal, sin admitirlo expresamente, se ha puesto en la hipótesis de que el derecho a la vida del artículo 2 es aplicable al caso, lo muestra el hecho de haber aceptado como víctima a una demandante que invoca el derecho a la vida de un feto; si no admitiese un derecho a la vida del *nasciturus*, no admitiría la condición de víctima de la demandante y su legitimación activa para demandar. Ocurre, en realidad, que tanto la antigua Comisión como el Tribunal ya se habrían situado en la hipótesis de que el derecho a la vida del artículo 2 es aplicable al *nasciturus*. Ambas lo han hecho en diversas ocasiones, por ejemplo, en *Boso c. Italia* (2002), habla de mantener un justo equilibrio entre los derechos de la mujer y la necesidad de asegurar el interés del feto, un argumento análogo encontramos en *H. c. Noruega* (1992). Si realmente el derecho a la vida del artículo 2 fuera radicalmente inaplicable al *nasciturus*, carecería de sentido ponerse en la hipótesis de que, si fuera aplicable, habría que concluir, igualmente, que no existiría una violación del mismo, en el supuesto enjuiciado, pues esta forma de argumentar carecería de sentido. En realidad, tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Tribunal Constitucional español como el Consejo de Estado francés han entendido que el derecho a la vida, del artículo 2 del Convenio, es aplicable al feto y al embrión, pero no como un derecho absoluto, sino con límites. ¿Por qué el TEDH debe ser más tímido en sus afirmaciones que los tribunales constitucionales estatales cuando el propio TEDH reivindica para sí un papel de tribunal constitucional de los derechos humanos europeo?, se pregunta el juez Costa. Está claro que afirmar que el artículo 2 es aplicable al feto implica que no basta con dar una respuesta a un caso concreto, pues habrá que ofrecer una respuesta general o generalizable, pero eso no debería amedrentar al Tribunal, pues en *Boso c. Italia* (2002) ya concluyó que la legislación italiana no era contraria al derecho a la vida del artículo 2, pues mantenía un justo equilibrio entre la protección del feto y los derechos de la madre (§§ 9-12, del voto particular). Este voto particular del juez Costa incide certeramente en las razones implícitas que sustentan los argumentos y decisiones del Tribunal.

En el asunto *A, B y C c. Irlanda*, nº 25579/05, sentencia de 16 de diciembre de 2010 de la Gran Sala del TEDH, en el que se confirmó el giro procedimental en el tratamiento del derecho al aborto, como fue comentado, en su momento, cabría esperar que los argumentos sustantivos perdieran fuerza frente a la argumentación procedimental, pero en realidad encontramos, en dicha sentencia, ambos tipos de argumentos¹⁰⁶. El TEDH recuerda lo que ya recogió en el § 106 de la sentencia del asunto *Tysiack c. Polonia* (2007), es decir, que el derecho de la mujer embarazada a su vida privada debe ser ponderado con la protección de los intereses del feto. Debemos recordar que el derecho a la vida privada incluye, en la jurisprudencia del Tribunal, el derecho al bienestar de la mujer. También que el Tribunal reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados, cuando se trata de ponderar los derechos de la mujer embarazada y los intereses del feto. Pero añade que ese margen de apreciación tiene límites, impuestos por los derechos contenidos en el Convenio y que deben ser controlados por el Tribunal (§§ 212, 233 y 238). Sin embargo, el Tribunal mantiene que la prohibición del derecho al aborto, contenida en el derecho irlandés en los supuestos de riesgo para la salud de la madre y por causas socioeconómicas, es compatible con el Convenio, bajo el sorprendente y débil argumento que afirma no haberse producido vulneración de los derechos de la mujer porque ésta siempre tiene la opción de viajar al extranjero y de abortar allí,

¹⁰⁶ Véase REY 2011: 295-300, donde nos dice, en relación con el conflicto entre la madre y el feto, que estamos ante un desequilibrio bastante equilibrado, entre el derecho a la vida del feto, que no puede ser afirmado, pero sí cierto grado de protección del feto, y el derecho de la mujer a su vida privada y a la salud física y psíquica, incluida en el artículo 8 del Convenio. El problema de la primera y segunda demandante, en el asunto *A, B y C c. Irlanda*, no estriba en cuándo empieza la vida humana, sino en el problema de si se permite el aborto en caso de riesgo para la salud de la madre o de su bienestar, pero en relación con dicho conflicto sí existe consenso europeo favorable a los derechos de la mujer. Asimismo, véase SCOTT 2018: 434, quien afirma que el Tribunal, en su argumentación, parece presuponer que el artículo 2 tiene una prioridad lógica, pero no existe una prioridad lógica del problema del estatus legal del feto, es más, el Tribunal lo dice expresamente en *A, B y C c. Irlanda*, cuando afirma que los derechos del feto y la mujer están indisolublemente unidos. Existe un consenso europeo sobre la necesidad de reconocer el derecho al aborto, más allá de la protección de la vida de la madre. Y dada la interconexión de los derechos de la madre y los intereses del feto, dicho consenso significa que la mayoría de los Estados europeos han ponderado ambos derechos e intereses y han dado un mayor peso al bienestar y salud de la madre sobre el derecho a la vida del feto.

opción permitida por el derecho irlandés y sobre la que se puede informar a la mujer, según el derecho irlandés. La debilidad de dicho argumento salta a la vista, pues la corrección de la ponderación entre los derechos de la mujer y la protección debida al feto no puede depender de si es posible o no viajar al extranjero para abortar. Es absurdo, pues implica reconocer que la ponderación que se ha realizado en el extranjero a favor de los derechos de la mujer y que le permite abortar nos parece correcta mientras que la irlandesa, que prohíbe el aborto, nos parece incorrecta. Pero salvar una ponderación entre derechos que nos parece incorrecta mediante el subterfugio de decir que los afectados por la misma siempre pueden ejercer sus derechos con garantías en el extranjero parece una argumentación más necesitada de una hermenéutica psicoanalítica que lógica o jurídica. Parece que el subconsciente jurídico de nuestro Tribunal quiere decirnos, a través de señales escondidas, que la ponderación correcta es la que se ha llevado a cabo en el extranjero, es decir, la que reconoce el derecho al aborto, en caso de riesgo para la salud de la madre y por causas socioeconómicas. De lo contrario carecería de sentido pretender salvar la prohibición del aborto en Irlanda diciendo que las mujeres siempre pueden abortar en el extranjero.

Por tanto, en el asunto *A, B y C c. Irlanda* (2010) comprobamos nuevamente que la ponderación correcta, a juicio del Tribunal, es la que reconoce el derecho al aborto frente a la protección del feto. Es verdad que lo dice de manera implícita y en este caso además indirectamente. Pero solo desde el reconocimiento del derecho al aborto, como la solución correcta al conflicto planteado, puede entenderse racionalmente la argumentación del Tribunal. De esta manera disponemos de un buen argumento, desde lo afirmado en la jurisprudencia del TEDH para defender, no solo el derecho al aborto en caso de riesgo para la vida o salud de la madre, sino también por causas socioeconómicas. Pues ya hemos visto que el Tribunal solo admite la compatibilidad con el Convenio, de la prohibición del aborto irlandesa, si se permite viajar al extranjero para abortar, así como ser informado sobre dichos servicios abortivos extranjeros, de donde se sigue que la ponderación correcta y materialmente compatible con el Convenio es la que reconoce el derecho al

aborto, en las indicaciones referidas, incluida la socioeconómica, conclusión ésta que ya no es procedimental, sino sustantiva.

La indicación socioeconómica también fue planteada en el asunto *H c. Noruega*, nº 17004/90, decisión sobre la admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile, de 19 de mayo de 1992 de la Comisión, donde la Comisión dijo en su informe que la legislación noruega, que reconoce el derecho al aborto por causas socioeconómicas, no sobrepasa el margen de apreciación estatal concedido en la materia, es decir, que la ponderación realizada por el legislador noruego, en este caso, que reconoce mayor peso a los derechos de la mujer, es compatible con el Convenio. En este asunto, la mujer que convivía con el demandante se quedó embarazada y decidió abortar legalmente, conforme a la ley noruega. La mujer no alegó causas médicas, únicamente causas socioeconómicas. Un comité de médicos autorizó el aborto, que fue practicado a las catorce semanas de embarazo. El padre recurrió a los tribunales de Noruega, que no estimaron sus peticiones con las que pretendía impedir el aborto, pues alegaba que no se cumplía con los requisitos exigidos en legislación noruega.

Los tribunales noruegos argumentaron que hay que buscar el equilibrio entre la protección del feto, una protección adaptada a su grado de desarrollo, de una parte, y el derecho de la mujer embarazada a interrumpir su embarazo, de otra. Además, recuerdan la jurisprudencia de la Comisión en el asunto *WP c. Reino Unido* (1980), cuando concluyó que el artículo 8 del Convenio no protege los derechos del padre potencial, pues la Comisión argumentó que hay que tener sobre todo en cuenta los derechos de la mujer, pues ella es la afectada por el embarazo y son sus intereses los dignos de protección. El recurrente alega violación del derecho a la vida del artículo 2, pues no se ha protegido la vida del feto, también la violación del artículo 3, pues el feto habría sufrido trato inhumano y del artículo 8, todos del Convenio, pues no se ha respetado el derecho del padre potencial, en un aborto en el que la salud de la madre no estaba comprometida y que fue practicado en la semana catorce de embarazo. La antigua Comisión, en su decisión, recuerda que el Convenio no define ni el término «vida» ni la expresión «toda persona», por lo que no puede decidir si el

feto se beneficia del derecho a la vida, del artículo 2. La Comisión entiende que en materia de aborto los Estados deben disfrutar de cierto poder discrecional. En este caso subraya que el Estado noruego no ha sobrepasado el poder discrecional que se le debe reconocer. Por tanto, la demanda fundada en el artículo 2 está manifiestamente mal fundada. Lo mismo cabe decir respecto de la violación del artículo 3, en relación con la modalidad de aborto descrita. En relación con la vulneración del derecho a la vida privada del padre potencial, la Comisión establece que debe tenerse en cuenta, en primer lugar, los derechos de la mujer embarazada sobre los del padre potencial, pues es la principal afectada por el embarazo y su interrupción (§§ 1-4).

El recorrido argumentativo seguido hasta aquí, con base en la jurisprudencia de los órganos del Convenio, tanto de la antigua Comisión como del TEDH, nos ha mostrado que el reconocimiento del derecho al aborto, con base en la indicación de riesgo para la vida o la salud de la madre y por causas socioeconómicas, es compatible con el Convenio. Pero todavía nos falta comprobar si su prohibición, en tales supuestos, sería contraria al mismo. Esa es la prueba que andamos buscando¹⁰⁷. Pero antes de seguir con dicha búsqueda, debemos examinar las relaciones de implicación entre el Convenio y el resto de indicaciones que permitirían justificar el reconocimiento de un derecho humano al aborto, mediante un sistema de indicaciones.

I.4.2.2. La indicación eugenésica

¿Qué ha dicho el TEDH sobre el derecho al aborto en caso de anomalía del feto incompatible con la vida? Podemos buscar una respuesta en el caso *D. c. Irlanda*, nº 26499/02, decisión sobre admisibilidad de la demanda que la

¹⁰⁷ Ya ofrecimos un esquema abstracto de prueba en el apartado anterior, pero que requiere de una prueba más detallada, basada en los argumentos ofrecidos por el TEDH en su jurisprudencia.

declara inadmisibles de 27 de junio de 2006 de la Sección 4ª del TEDH, aunque se trate de una decisión de inadmisibilidad de la demanda, por no haber agotado los recursos internos, lo que *a priori* podría desanimarnos a la hora de buscar una argumentación sustantiva. Sin embargo, es posible reconstruir un argumento, a partir de dicha inadmisión, que mostrará cómo la anomalía del feto, incompatible con la vida, debería figurar entre las indicaciones compatibles con el Convenio. El argumento se limita a señalar que las razones alegadas por el Gobierno irlandés, a fin de que sea inadmitida la demanda, se basan en la idea de que la demandante debería haber iniciado un procedimiento ante la jurisdicción irlandesa, pues en tal caso habría obtenido, con previsible facilidad, una decisión favorable a su reclamación, ya que alegaba su derecho a abortar porque uno de los fetos falleció y el otro no era viable, supuesto en el que no se permitía abortar en Irlanda, según el artículo 40.3.3. de la Constitución¹⁰⁸. En dicho asunto se plantea un supuesto de aborto prohibido en Irlanda, se reclama el derecho al aborto a causa de una anomalía en el feto incompatible con la vida. El Gobierno irlandés alega que la demandante no ha agotado los recursos internos, requisito de admisibilidad, pues defiende que, en un sistema de *common law*, los tribunales tienen la función de interpretar las enmiendas constitucionales, por lo que podrían haber reconocido jurisprudencialmente el derecho al aborto, en este caso. Este argumento del Gobierno irlandés sugiere que el supuesto de anomalía en el feto, incompatible con la vida, debería ser aceptado como una indicación en la que debería ser permitido el aborto, aunque no aparezca explícitamente en las disposiciones constitucionales que establecen el derecho al aborto en Irlanda ni en la legislación ordinaria, lo que a su vez supone que la ponderación entre los derechos de la mujer y los intereses del feto es claramente favorable al reconocimiento del derecho al aborto¹⁰⁹. Es decir, el

¹⁰⁸ Recordemos que el artículo 40.3.3. de la Constitución irlandesa solo permitía el aborto en caso de riesgo para la vida de la madre, incluido el riesgo de suicidio, según la jurisprudencia iniciada con el caso «X».

¹⁰⁹ Véase BOTTINI 2007: 237-248, donde razona que el argumento procesal defendido por Irlanda, en el asunto *D. c. Irlanda* (2006), solo tiene sentido si se presupone que el derecho al aborto debe ser reconocido cuando el feto sufre una anomalía incompatible con la vida.

propio Gobierno irlandés está reconociendo que el derecho al aborto debería ser reconocido judicialmente, puesto que las disposiciones irlandesas no lo contemplan en este caso, pues recuerda que en un sistema de *common law* dicho modo de proceder no es extraño; al contrario, es función de los jueces completar las lagunas y resolver las antinomias, que puedan aparecer en el ordenamiento, por lo que la demandante debería haber iniciado un procedimiento judicial, en el que presumiblemente se le habría dado la razón. Pues bien, el TEDH asume dicha argumentación, del Gobierno irlandés, y en ella basa su decisión de inadmisibilidad, por no haber recurrido la demandante ante la jurisdicción irlandesa. Por tanto, está suponiendo que cabía esperar que la jurisdicción irlandesa hubiera reconocido el derecho al aborto, en este caso, por lo que no puede eximir a la demandante del requisito de agotar los recursos internos, al menos de haberlos iniciado, lo que supone es que dicho reconocimiento del derecho se habría producido previsiblemente y que es compatible con el Convenio, pues carecería de sentido dicha argumentación si partiésemos del supuesto de la incompatibilidad del derecho al aborto con el Convenio, en tales supuestos. Tanto el Gobierno irlandés como el TEDH se ponen en la hipótesis de la compatibilidad. De este modo hemos llegado a que, en caso de anomalía del feto incompatible con la vida, el TEDH afirma implícita e indirectamente que el reconocimiento del derecho al aborto es compatible con el Convenio. Nos falta un argumento que muestre la incompatibilidad con el Convenio de una prohibición del aborto, en este supuesto. Es el argumento que andamos buscando, el que muestre la incompatibilidad de la prohibición, pues nos permitirá deducir del Convenio un derecho al aborto cuando concurra la indicación examinada.

I.4.2.3. La indicación ética

Pero ¿qué nos dice el Tribunal sobre los supuestos de violación o incesto? No ha sido planteado ante el Tribunal ningún caso relativo al incesto, pero sí a la

violación. En el asunto *P. y S. c. Polonia*, nº 57375/08, sentencia de 30 de octubre de 2012 de la Sección 4ª del Tribunal, la demandante menor de edad sufrió una violación, por lo que decidió abortar. El TEDH estima la vulneración del artículo 8, pero en su aspecto de obligación positiva procedimental, por lo que no es posible obtener de dicha decisión un argumento sustantivo favorable al reconocimiento del derecho al aborto, en caso de violación. Sin embargo, el Tribunal también estima la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, del artículo 3 del Convenio, ciertamente desde un punto de vista procedimental, pero, como ya hemos defendido con anterioridad, la línea divisoria entre obligaciones sustantivas y procedimentales, en el caso del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, es borrosa, pues poco parece incidir en el grado de sufrimiento de la mujer, a la que se impide abortar, que la causa sea una prohibición sustantiva del derecho al aborto o una defectuosa implementación que impida en la práctica el ejercicio del derecho sustantivo al aborto, reconocido legislativamente. Es decir, poco incide, en el umbral de sufrimiento alcanzado por la mujer a la que no se le permite abortar, que se trate del incumplimiento de una obligación sustantiva o más bien de una obligación procedimental, como ya fue analizado en capítulos precedentes¹¹⁰.

La decisión del TEDH que estima la vulneración del artículo 3, unida al argumento anterior, nos muestra que en el supuesto de violación el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano de la mujer prima sobre la protección del feto, al menos en las fases iniciales de la gestación, pues obligar a una mujer a parir un hijo fruto de una violación sería una buena descripción de trato degradante e inhumano, que alcanza el umbral mínimo de sufrimiento exigido por el Tribunal.

De lo anterior se sigue que prohibir el aborto, en tal supuesto, es incompatible con el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, pues la frontera entre obligaciones sustantivas y procedimentales, contenidas en el artículo 3, carece de sentido en este contexto, pues de dicha distinción no cabe

¹¹⁰ Sobre la ambigüedad que, en ocasiones, se produce entre obligaciones positivas y negativas, que también se da entre obligaciones procedimentales y sustantivas, véase GERARDS 2019: 132ss.

deducir diferencia jurídica relevante alguna. Por tanto, hemos encontrado desde lo dicho por el Tribunal en su jurisprudencia un punto de apoyo desde el que construir un argumento general que permitirá afirmar no solo la compatibilidad con el Convenio de un derecho humano al aborto, sino también la incompatibilidad de su prohibición, a partir del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano. El argumento anterior es válido para un derecho humano al aborto regulado mediante un sistema de indicaciones que incluya las indicaciones: terapéutica, eugenésica, ética y socioeconómica. Pues la argumentación seguida en el supuesto de violación puede ser defendida en el resto de indicaciones, ya que todas pueden verse como buenas descripciones de supuestos en los que prohibir el aborto implicaría un trato degradante e inhumano para la mujer, pues describen situaciones en las que el nivel de sufrimiento de la mujer, en caso de que se le niegue abortar, alcanza el umbral mínimo requerido por el TEDH para estimar que se ha producido un trato degradante e inhumano.

Nos falta tratar una indicación, la que se produce en caso de enfermedad del feto muy grave e incurable, un supuesto que no ha sido planteado ante el Tribunal, pero sobre el que no parece exagerado sostener que obligar a una mujer a tener un hijo, con una grave enfermedad incurable, sería también un buen ejemplo de trato degradante e inhumano que afectaría a la mujer, alcanzando el umbral mínimo de sufrimiento requerido por el Tribunal, por lo que prohibir el aborto en tal circunstancia sería incompatible con la obligación sustantiva incluida en el artículo 3 del Convenio.

I.4.2.4. Un derecho al aborto sustantivo

Es cierto que el TEDH no ha reconocido explícitamente un derecho humano al aborto, al contrario, ha dicho expresamente que un derecho sustantivo al aborto no es deducible del artículo 8. Sin embargo, no lo es menos

que el desarrollo consecuente de los principios y argumentos vertidos por el TEDH, desde que ha reconocido la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, al menos en aquellos supuestos en los que concurre la indicación terapéutica, eugenésica, ética o socioeconómica, nos lleva, tal y como ha sido comentado en los apartados precedentes, a reconocer un derecho sustantivo al aborto como un derecho humano deducible del Convenio.

Por tanto, prohibir el derecho al aborto, en los supuestos recogidos en las indicaciones a las que nos hemos referido, es contradictorio con el Convenio. Pero lo anterior es lo mismo que afirmar un estándar mínimo obligatorio para el derecho sustantivo al aborto, es decir, reconocer un derecho humano al aborto, aunque solo sea con un contenido mínimo que se corresponde con la regulación del aborto mediante un sistema de indicaciones. De esta manera queda justificada la necesidad de un orden público europeo, que incluya un derecho humano al aborto que recoja las indicaciones clásicas mencionadas.

Y ¿qué ocurre con el derecho sustantivo al aborto a simple solicitud de la mujer durante las primeras semanas de gestación?

Desde un punto de vista teórico y abstracto, podríamos encontrar buenas razones para justificar el derecho al aborto, a solicitud de la mujer, desde el artículo 8 del Convenio. En efecto, el TEDH ha repetido, en numerosas ocasiones, que el derecho a decidir si se quiere ser madre y cuándo, el derecho a la autonomía reproductiva, puede ser deducido del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio¹¹¹. Y recordemos que, en dicha materia, se reconoce un amplio margen de apreciación estatal. Por tanto, parece razonable reconocer la compatibilidad con el Convenio de aquellas regulaciones del derecho al aborto que incluyen el derecho al aborto a solicitud de la mujer, durante las primeras

¹¹¹ Quienes se oponen al derecho al aborto nos recuerdan que el TEDH no ha reconocido un derecho al aborto desde la autonomía reproductiva de la mujer que estaría incluida en el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio. Véase PUPPINCK 2015: 170-171, donde recoge que el Tribunal no ha reconocido nunca que la autonomía de la mujer justifique el derecho al aborto. Muy al contrario, el Tribunal habría declarado explícitamente que del artículo 8 no se deriva derecho al aborto alguno.

semanas del embarazo, antes de la viabilidad del feto, sin necesidad de alegar indicación alguna.

Sin embargo, reconocer la compatibilidad de un derecho con el Convenio no implica que sea obligatorio para los Estados, que sea necesario su reconocimiento, pues puede ocurrir que la prohibición del aborto a simple solicitud de la mujer, durante un plazo de gestación razonable, sea también compatible con el Convenio. Y en el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal no parece posible deducir un derecho al aborto a solicitud de la mujer.

En primer lugar, el punto de vista procedimental, que sirve al TEDH para interpretar el derecho a la vida privada, no permite deducir un derecho sustantivo desde un artículo 8, que solo parece exigir coherencia y eficacia, respecto de los derechos reconocidos por los Estados.

En segundo lugar, la prohibición del trato degradante e inhumano, que ha servido a nuestro Tribunal para apreciar la violación del artículo 3, cuando la mujer a la que se ha impedido abortar ha alcanzado un determinado umbral de sufrimiento, no parece de mucha utilidad, en relación con la prohibición del aborto a una mujer en la que no concurre ninguna de las indicaciones clásicas referidas. Porque la prohibición del aborto, a simple solicitud de la mujer, no parece la descripción de un supuesto de hecho que por sí mismo permita apreciar que se ha alcanzado el umbral de sufrimiento mínimo requerido por el Tribunal; al menos, en el punto de desarrollo de la jurisprudencia del TEDH en el que nos encontramos.

Por tanto, el derecho al aborto a simple solicitud de la mujer, en un plazo razonable de la gestación, sería compatible con el Convenio, pero no es deducible ni exigible desde el mismo tal y como es interpretado en la actualidad el derecho al aborto por la jurisprudencia del Tribunal. Al menos, no soy capaz de intuir por dónde iría la prueba de tal deducción, más bien ocurre lo contrario, solo veo dificultades en su construcción.

Para concluir y resumiendo tenemos que el derecho al aborto sustantivo sería compatible con el Convenio, tanto mediante un sistema de indicaciones como de plazos. Pero solo sería deducible del Convenio, de su artículo 8 en

combinación con el artículo 3, un derecho al aborto regulado mediante un sistema de indicaciones. Esto último, no lo ha dicho explícitamente el Tribunal, más bien ha dicho lo contrario, que un derecho sustantivo al aborto no es deducible del artículo 8. Sin embargo, si afirmamos el derecho a la vida privada junto al derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, en una interpretación sistemática, tal y como han sido interpretados por el TEDH, y al mismo tiempo negamos un derecho sustantivo al aborto, en aquellos supuestos en los que concurre una indicación terapéutica, eugenésica, ética o socioeconómica, tenemos que llegamos inexorablemente a una contradicción o al menos a una paradoja de tipo lógico y práctico, como hemos mostrado en nuestro periplo argumentativo, desarrollado en los apartados precedentes¹¹². Es decir, mediante un argumento que afirma la premisa y niega la consecuencia que queremos mostrar llegamos a una contradicción, de tal manera que, por reducción al absurdo, he intentado mostrar que una regulación del derecho al aborto, mediante un sistema de indicaciones, no solo es compatible con el Convenio,

¹¹² La decisión del Tribunal Supremo de Reino Unido, de 7 de junio de 2018, en la que se pronuncia sobre la compatibilidad de la legislación sobre aborto, de Irlanda del Norte, con los artículos 8 y 3 del Convenio, constituye un buen ejemplo de argumentación sobre la posible contradicción que existe entre la prohibición del aborto en determinados supuestos y los artículos 3 y 8 del Convenio. Véase al respecto BRID 2019: 479-483, donde se comenta dicha decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido, que entiende que la legislación de Irlanda del Norte sobre el aborto es contraria al artículo 8, pero no al artículo 3. El autor piensa que prohibir el aborto en los supuestos de violación, incesto y anomalía en el feto incompatible con la vida es contrario al Convenio, pero que no existen argumentos jurídicos convincentes para extender el derecho al aborto a otros supuestos. Subraya que se produce la violación del artículo 3, no solo del 8, que incluye un derecho absoluto, en el que no desempeña papel alguno el margen de apreciación estatal. Por tanto, existen razones convincentes para establecer un estándar mínimo obligatorio que reconozca el derecho al aborto en las tres indicaciones referidas. Sobre la misma declaración del Tribunal Supremo de Reino Unido, véase FROST 2018: 186-188, quien comenta que el Tribunal Supremo entiende que la legislación de Irlanda del Norte sí viola el artículo 8 del Convenio, pero solo una minoría de los magistrados entiende que vulnera el artículo 3 del Convenio. Los magistrados que consideran que se viola el artículo 3 argumentan que obligar a una mujer a continuar con el embarazo, en los tres supuestos referidos, constituye un trato degradante e inhumano, mientras quienes sostienen que no se produce violación del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano lo hacen mediante un argumento muy débil, basado en la posibilidad de viajar a Gran Bretaña para abortar, argumento cuya inconsistencia ya ha sido comentada.

sino también deducible del mismo. Por tanto, los Estados que no permitieran el aborto en tales supuestos, estarían incumpliendo el Convenio.

Por el contrario, un derecho al aborto mediante un sistema de plazos, sería compatible con el Convenio, pero no es posible deducir dicho derecho a partir del Convenio y de la jurisprudencia del Tribunal. En realidad, no hemos ofrecido un argumento, mínimamente riguroso, que justifique esta segunda afirmación, pero su necesidad puede justificarse con las siguientes razones. En primer lugar, no parece posible deducir un derecho sustantivo desde una interpretación procedimental que solo tenga en cuenta el derecho a la vida privada, pues se requiere algo más, al menos deberíamos tener en cuenta el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano. Pero, en segundo lugar, es absurdo pretender la violación del derecho a no sufrir trato degradante o inhumano, desde un sistema de plazos, en el que el sufrimiento de la mujer no parece desempeñar un papel suficientemente relevante, en todo caso podríamos hablar de su libertad, de su autonomía reproductiva, pero no de un sufrimiento con entidad suficiente, que alcance el umbral de sufrimiento mínimo exigido por el Tribunal, al menos es así en el estado actual de la jurisprudencia del TEDH.

Pero entonces si queremos garantizar el derecho al aborto mediante un sistema que combine las indicaciones y los plazos ¿qué deberíamos hacer? El diagnóstico, que se sigue de lo dicho, es que desde la jurisprudencia del TEDH es posible un desarrollo jurisprudencial que reconozca en próximas sentencias un derecho al aborto mediante un sistema de indicaciones, pero muy difícil el de un sistema de plazos, pues debería producirse un giro copernicano, desde el paradigma procedimental a otro sustantivo, en la interpretación del derecho a la vida privada, que incluya la autonomía reproductiva como un derecho sustantivo. Un cambio del paradigma procedimental hacia otro sustantivo, en la interpretación del derecho a la vida privada, permitiría justificar un derecho al aborto, a partir de la libertad de la mujer, un derecho humano al aborto mediante un sistema de plazos. Pero no estamos en dicha situación ni es previsible que lleguemos en breve a la misma, con base en la jurisprudencia que hemos estudiado.

Por tanto, la garantía del derecho al aborto no puede dejarse en manos únicamente del activismo de los jueces del TEDH, por lo que necesitamos de disposiciones normativas que aseguren el derecho. Disposiciones normativas que podrían introducirse mediante un protocolo adicional al Convenio o mediante un protocolo adicional al Convenio de Oviedo¹¹³. Ambas posibilidades cuentan con ventajas e inconvenientes. La ventaja de un protocolo al Convenio es que cuenta con un sistema de protección jurisdiccional, que permite a los particulares demandar directamente ante el TEDH, lo que asegura un desarrollo jurisprudencial de los derechos que facilita su garantía. Se trata del sistema de protección de los derechos humanos más perfecto que podemos encontrar en el derecho internacional de los derechos humanos¹¹⁴. Por el contrario, un protocolo al Convenio de Oviedo no disfrutaría de dicho sistema de protección, pues el Tribunal aplica las disposiciones del Convenio, pero no las del Convenio de Oviedo, aunque es competente para interpretarlas y las tiene muy en cuenta, como veremos en los capítulos siguientes¹¹⁵.

¹¹³ 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 del Consejo de Europa, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997, ratificado el 23 de julio de 1999, instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

¹¹⁴ Véase SUDRE 2016: 275-416, contiene una buena descripción del sistema de control jurisdiccional del TEDH, del recurso individual, las condiciones de admisibilidad y del procedimiento, así como de los efectos de las sentencias. Según la opinión de SUDRE, se trata de un sistema de control revolucionario, en el ámbito del derecho internacional, pues supone el pleno reconocimiento de la persona física, como sujeto del derecho internacional, ya que se le permite demandar directamente ante el TEDH, cuando la vulneración de sus derechos le confiere la condición de víctima.

¹¹⁵ Véase ROMEO 2002: 325-386, donde se explica que el sistema de protección del Convenio de Oviedo es muy diferente del establecido para el Convenio, pues la protección de los derechos reconocidos en el Convenio de Oviedo corresponde a las jurisdicciones nacionales de los Estados, que lo han ratificado, conforme al artículo 23 que establece: «Las Partes garantizarán una protección jurisdiccional adecuada con el fin de impedir o hacer cesar en breve plazo cualquier contravención ilícita de los derechos y principios reconocidos en el presente Convenio», en caso de contravención de los derechos o principios. Es decir, el TEDH no tiene jurisdicción para conocer del incumplimiento del Convenio de Oviedo ni existe, por tanto, la posibilidad de recurso individual para los particulares, que puedan ser víctimas en caso de vulneración de sus derechos. Sobre el objeto y la finalidad del Convenio de Oviedo, véase MATHIEU 2010: 50-65, donde se comenta el apartado segundo del artículo 1 del Convenio de Oviedo que esta blece: «Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio» y sirve para fijar las

El inconveniente de un protocolo adicional al Convenio consiste en que el derecho al aborto parece un derecho extraño al contenido de los derechos del Convenio, derechos de libertad de corte clásico. Por el contrario, un protocolo adicional al Convenio de Oviedo parecería más coherente con su finalidad, la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina¹¹⁶.

Recapitulación

A la hora de comprender y analizar la jurisprudencia del TEDH, sea en relación con su tratamiento del tema del aborto o de cualquier otro, es necesario manejar una serie de principios y categorías jurídicas, como son los criterios de interpretación evolutivo y progresista, los requisitos para ser considerado como víctima, las obligaciones procedimentales, el principio de efectividad, la doctrina del margen de apreciación estatal, entre otros.

Con este fin, en este primer capítulo, se ha optado por dar cuenta de estos principios y categorías no de manera genérica, separada e independiente, sino introduciéndolas a medida que resultan necesarias para el estudio de la jurisprudencia objeto de este trabajo. Esta solución parece especialmente

condiciones de aplicación del Convenio de Oviedo mediante el reenvío a los derechos nacionales de la obligación de aplicar las disposiciones convencionales. Un sistema de protección que carece de un tribunal internacional y que no admite quejas de los particulares, pero que sí establece obligaciones objetivas para los Estados. Sobre la finalidad del Convenio de Oviedo véase NICOLÁS 2002: 73-109, donde comenta el artículo 1 del Convenio de Oviedo y el principio de la dignidad humana como regulador de la Bioética y que entronca con el imperativo categórico kantiano que exige tratar al ser humano como un fin en sí mismo y no solamente como un medio para un fin. El derecho al aborto podría entrar con facilidad en el conjunto de materias bioéticas en las que la dignidad humana desempeña un papel importante.

¹¹⁶ Han pasado más de veinte años desde la publicación del Convenio de Oviedo, sobre la necesidad de su actualización, ante los cambios tecnológicos y sociales que se han producido, puede consultarse CASADO (2021:10-23).

adecuada cuando hablamos del TEDH, si tenemos en cuenta su competencia para la interpretación del Convenio, que le ha llevado a definir o modular toda una serie de conceptos, de manera autónoma, esto es, al margen del derecho de los Estados sometidos a su jurisdicción.

El capítulo parte de la identificación de los problemas que ha tenido que abordar el TEDH, cuando le ha sido planteada la incompatibilidad con el Convenio de una regulación estatal sobre el aborto. Encontramos tres tipos de conflictos: un primer tipo de conflicto, entre los derechos de la mujer y del varón, que se plantea en aquellos asuntos en los que o bien se cuestiona la convencionalidad de la legislación estatal o bien el padre potencial se opone a la decisión de abortar tomada por la mujer; un segundo tipo de conflicto, entre el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer y la soberanía de los Estados, que defienden su regulación del aborto; y un tercer tipo de conflicto, entre la protección del *nasciturus* y los derechos de la mujer.

La respuesta del TEDH al conflicto entre los derechos de la mujer y del varón adopta un punto de vista procesal. En los asuntos en los que un hombre, que no es padre potencial, cuestiona la legislación estatal que regula el aborto, porque le parece incompatible con el Convenio, el TEDH le responde que carece de la condición de víctima, por lo que inadmite la demanda, y añade que no es su función examinar la legislación estatal en abstracto, pues supondría reconocer una suerte de *actio popularis*. Sin embargo, cuando demanda la mujer, que no es madre potencial, sí le reconoce la condición de víctima, pues solo le exige que esté en edad de procrear, admite la demanda y, en ocasiones, ha estimado que la legislación estatal vulnera el Convenio.

En aquellos otros asuntos en los que un hombre ha alegado ante el TEDH que la decisión de abortar de su pareja vulnera el derecho a la vida del *nasciturus* o su derecho a la vida privada y familiar, el TEDH ha respondido admitiendo su condición de víctima, dado que es padre potencial, pero negándole legitimación activa para demandar en nombre del *nasciturus* y declarando, cuando alega que su derecho a la vida privada y familiar ha sido vulnerado, que su queja está manifiestamente mal fundada, pues una ponderación sumaria, entre los derechos del padre potencial y los de la mujer que decide abortar, arroja un

resultado claramente favorable a los derechos de la mujer; en ambos supuestos, el TEDH inadmite la demanda.

En definitiva, el conflicto entre los derechos de la mujer y del hombre es resuelto a favor de los derechos de la mujer que decide abortar, mediante una serie de argumentos procesales que el TEDH elabora en su jurisprudencia.

El conflicto entre la autonomía reproductiva de la mujer y la soberanía de los Estados, que defienden su regulación del aborto, ha llegado al TEDH en asuntos en los que las mujeres han cuestionado la compatibilidad entre el Convenio y la legislación estatal, por ser restrictiva del aborto. El TEDH ha adoptado un punto de vista procedimental en su respuesta. Ha reconocido un amplio margen de apreciación a los Estados, en la regulación de aborto, pues admite como compatibles con el Convenio tanto regulaciones restrictivas como liberales. Al mismo tiempo, exige a los Estados, que reconocen el derecho al aborto, que garanticen el derecho en la práctica, mediante una legislación de desarrollo y actuación estatal coherentes. Es decir, exige a los Estados una serie de obligaciones procedimentales para la protección del derecho al aborto, cuando haya sido reconocido en la legislación estatal, en aplicación del principio de efectividad. Puede parecer que la protección del derecho al aborto ofrecida por el TEDH es insuficiente, pues no exige a los Estados obligaciones sustantivas, el reconocimiento de un derecho al aborto sustantivo, ni siquiera mínimo. Sin embargo, el TEDH defiende que es preferible trabajar junto a los Estados, en lugar de hacerlo en su contra, pues es una manera indirecta, pero efectiva, de garantizar los derechos.

El tercer conflicto, que se produce entre la protección del *nasciturus* y los derechos de la mujer, ha sido resuelto por el TEDH de manera insatisfactoria, a causa de las limitaciones del punto de vista procedimental que adopta. Sin embargo, parte de la doctrina ha señalado una novedad, en la jurisprudencia del TEDH. Consiste en que en aquellos asuntos en los que el TEDH ha estimado la vulneración del Convenio porque el Estado no ha cumplido sus obligaciones procedimentales, no solo ha reconocido la violación del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, sino también del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, del artículo 3 del Convenio. Esta novedad permitiría, según un

sector de doctrina, seguir lo que se conoce como la «estrategia del artículo 3», que consiste en exigir a los Estados el cumplimiento no solo de obligaciones procedimentales, sino también sustantivas que implican reconocer un derecho sustantivo al aborto, pues en caso de no hacerlo, estarían sometiendo a la mujer a un trato degradante e inhumano, con vulneración del artículo 3 del Convenio. Creo que la «estrategia del artículo 3» es acertada, al menos para un derecho al aborto regulado mediante un sistema de indicaciones clásico, que incluya las indicaciones: terapéutica, eugenésica, ética y socioeconómica, ya que pueden servir como buenas descripciones de supuestos de hecho en los que negar el derecho al aborto supone un trato degradante e inhumano para la mujer. De esta manera, finalmente, sería posible proponer al TEDH el reconocimiento de un derecho al aborto, que todavía no se ha producido en su jurisprudencia.

CAPÍTULO II:

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN *IN VITRO* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Introducción

En el marco del desarrollo de nuevas técnicas de reproducción asistida y de los problemas normativos que generan, el TEDH se ha tenido que enfrentar con la cuestión del estatuto jurídico del embrión *in vitro*. En este capítulo examinaremos cómo lo ha hecho y tendremos ocasión de comprobar que ese estatuto jurídico no ha llegado a ser definido por el Tribunal, a pesar de que le han sido planteados asuntos que se lo hubieran permitido o incluso exigido. Trataremos de encontrar las razones que han llevado al Tribunal a renunciar a esa definición y de establecer las consecuencias que se siguen de esa renuncia.

Se trata de una serie de asuntos en los que ha sido alegado el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, asimismo el derecho de la mujer a ser madre genética mediante la implantación de un embrión generado *in vitro* en contra de la voluntad del progenitor varón y, finalmente, el derecho a destinar un embrión *in vitro* a la investigación científica. Todos ellos han sido alegados como derechos incluidos en el derecho a la vida privada, del artículo 8 del

Convenio, frente al que los Estados han solicitado que les sea reconocido un amplio margen de apreciación en la regulación de estas materias.

Por tanto, se plantea un conflicto entre los derechos mencionados, incluidos en el derecho a la vida privada, y la soberanía estatal que exigirá al Tribunal aclarar hasta dónde alcanza la garantía de estos derechos, así como la amplitud del margen de apreciación reconocido a los Estados.

El Tribunal renunciará en su jurisprudencia a garantizar de manera adecuada estos derechos y reconocerá a los Estados un amplio margen de apreciación en la regulación de estas materias. Como corolario, el estatuto jurídico del embrión *in vitro* permanecerá indefinido en la doctrina del Tribunal, como veremos detalladamente.

II.1. El embrión generado *in vitro* y el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida

En las sentencias sobre el derecho al aborto, de las que ha conocido el TEDH, fue planteado el problema de la protección del *nasciturus*. Pero la protección del embrión humano, no solo ha sido planteada ante el TEDH en el contexto del derecho al aborto, sino también en aquellos asuntos en los que el Tribunal ha tenido que decidir sobre el destino de un embrión generado *in vitro* o sobre el derecho a generar un embrión *in vitro*, mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida. De esta manera, el problema de la protección del embrión humano se desdobra en dos. Por una parte, se refiere al embrión *in vivo*, concebido en el seno materno, único lugar que, de momento, permite su desarrollo, y cuyo tratamiento por el TEDH ha sido comentado en el capítulo precedente, en relación con el derecho al aborto. Por otra parte, se refiere al

embrión generado *in vitro*, que se mantiene crioconservado y cuyo desarrollo depende de que sea implantado en el útero de una mujer¹.

Hemos visto que el TEDH se ha pronunciado sobre la protección del embrión generado *in vivo*, en su jurisprudencia relativa al derecho al aborto, pero veremos que también lo ha hecho sobre la protección del embrión generado *in vitro*, en una serie de asuntos que han sido planteados ante el Tribunal y que podemos agrupar en dos categorías. Un primer grupo de asuntos en los que se plantea el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida y con ellas el derecho a fecundar embriones *in vitro*, se trata del asunto *S. H. y otros c. Austria*, nº 57813/00, sentencia de 3 de noviembre de 2011, de la Gran Sala del TEDH y de *Costa y Pavan c. Italia*, nº 54270/10, sentencia de 28 de agosto de 2012, de la Sección 2ª del TEDH, aunque también comentaremos el asunto *Dickson c. Reino Unido*, nº 44362/04, sentencia de 4 de diciembre de 2007, de la Gran Sala del TEDH, por estar estrechamente relacionado con el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida. Y un segundo grupo de asuntos en el que se plantea el derecho a decidir sobre el destino de los embriones generados *in vitro*, que han sido crioconservados, se trata del asunto *Evans c. Reino Unido*, nº 6339/05, sentencia de 10 de abril de 2007, de la Gran Sala del TEDH y del asunto *Parrillo c. Italia*, nº 46470/11, sentencia de 27 de agosto de 2015, de la Gran Sala del TEDH.

La fecundación *in vitro* es una técnica de reproducción humana asistida que fue inventada a finales de la década de los años setenta, del siglo pasado, y que se extendió durante las décadas siguientes para el tratamiento de diversos problemas de infertilidad. Con esta técnica se ha hecho realidad la generación de embriones humanos que son congelados para su conservación y posterior implantación en el útero de una mujer, una de sus consecuencias ha sido la creación de un excedente de embriones supernumerarios cuyo destino se ha convertido en un problema jurídico.

¹ Véase BELOVA 2019: 10, donde se refiere a la distinción que formula el TEDH entre la protección del embrión *in vitro* y del embrión *in utero*.

Desde el año 1983, cuando Trounson y Mohr hicieron público el primer nacimiento, en Australia, procedente de un embrión congelado, no ha cesado el desarrollo de las técnicas de crioconservación de embriones y gametos, asociadas a las técnicas de reproducción asistida. La técnica de la vitrificación ha supuesto un paso adelante en dichas técnicas, pues asegura la supervivencia de hasta el 97% de los embriones crioconservados.

La técnica de crioconservación optimiza los tratamientos reproductivos, pues evita tener que volver a realizar una estimulación ovárica, con fármacos que tienen efectos secundarios sobre la mujer, así como los riesgos asociados a la extracción de los ovocitos. Por tanto, la crioconservación de los embriones generados *in vitro* beneficia a la mujer que recurre a las técnicas de reproducción asistida y aumenta el porcentaje de éxito en los tratamientos reproductivos².

Sin embargo, la crioconservación de embriones humanos también plantea dilemas éticos, ya que pondrá sobre la mesa un nuevo problema, en relación con el destino de los embriones sobrantes o supernumerarios, entre dichos posibles destinos estaría el de destruirlos para obtener células troncales con las que investigar.

Por una parte, el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer y de su pareja es un buen motivo para aceptar la fecundación de embriones *in vitro* y su crioconservación, como una de las técnicas de reproducción asistida a las que pueden acudir las mujeres con problemas de fertilidad. Por otra, plantea la dificultad de qué hacer con los embriones sobrantes, pues no existe un consenso sobre el destino que se les deba dar. Los posibles destinos para un embrión crioconservado son: su utilización por la propia mujer o su cónyuge, su donación con fines reproductivos, su donación para la investigación, que implica su

² Véase REGUERA 2021: 141-146, donde justifica el recurso a las técnicas de reproducción asistida al mismo tiempo que expone algunos de los problemas que genera, en especial la acumulación de embriones sobrantes de las técnicas.

destrucción y el cese de su conservación, sin otra utilización, que también implica su destrucción³.

Debemos examinar la jurisprudencia del TEDH, en la que ha sido planteado el problema de la generación de embriones humanos mediante la fecundación *in vitro*.

Tanto el Convenio del Consejo de Europa de 1950 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de la ONU reconocen el derecho a fundar una familia, en el que puede entenderse incluido el derecho a procrear. Por otra parte, en la Conferencia Mundial sobre Población de El Cairo, celebrada en 1994, y en la Plataforma de Acción sobre Derechos de la Mujer, celebrada en Pekín en 1995, fue planteada la necesidad de definir un nuevo derecho, el derecho a la salud reproductiva, aunque todavía no aparece en ninguno de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, donde sí encontramos un derecho a la autonomía reproductiva es en el artículo 16.1 (e) de la Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, donde se establece que mujeres y hombres tienen el mismo derecho a decidir, libre y responsablemente, el número de sus hijos, así como el intervalo entre los nacimientos; asimismo, que tienen derecho a acceder a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer dichos derechos⁴.

No obstante, junto al derecho a la autonomía reproductiva no aparece un derecho a recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida, en el que incluiríamos el derecho a generar *in vitro* embriones humanos, pues el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida no está recogido en ninguno de los convenios internacionales de derechos humanos. Sin embargo, dicho derecho ha sido reclamado ante el TEDH, tanto el derecho a recurrir a la inseminación artificial, en el asunto *Dickson c. Reino Unido* (2007), como el

³ Puede consultarse LANZAROTE 2006: 155, donde comenta los distintos destinos posibles para los embriones *in vitro*.

⁴ Puede consultarse ALKORTA 2006: 9-22, donde presenta el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida como un aspecto de los derechos reproductivos.

derecho a generar un embrión *in vitro*, en el asunto *S.H. y otros c. Austria* (2011). Analicemos la respuesta que ha ofrecido el TEDH.

II.1.1. El derecho a ser padres mediante el recurso a la inseminación artificial: asunto *Dickson c. Reino Unido*

En el asunto *Dickson c. Reino Unido* (2007), los demandantes son una pareja a la que le ha sido denegada la posibilidad de acceder a la inseminación artificial, medida que supone una posible vulneración del derecho a la vida privada del artículo 8 y del derecho a fundar una familia del artículo 12, ambos del Convenio (§ 3).

El demandante se encuentra en prisión, cumpliendo una larga condena, por lo que la única posibilidad que los demandantes tienen de devenir padres biológicos y fundar una familia es mediante el recurso a la inseminación artificial, pues no es factible esperar al cumplimiento de la condena por parte del demandante varón, dada la edad madura de la demandante.

Ante la negativa de las autoridades, los demandantes recurren ante la jurisdicción estatal que rechaza su recurso porque entiende que la injerencia en el derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, estaría justificada, con fundamento en dos argumentos. En primer lugar, porque debe tenerse en cuenta la opinión pública, cuando se trata del régimen penitenciario asociado a delitos graves, opinión pública que podría alarmarse, si se permite, con carácter general, a los reclusos ser padres mientras dura la condena. En segundo lugar, porque debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, para el que no parece ser lo mejor crecer con un padre en prisión.

En este asunto se dictaron dos sentencias, una primera por la Sala, que fue recurrida por los demandantes, y una segunda por la Gran Sala, que devino definitiva.

La sentencia no definitiva, que dictó la Sala, concluyó que no existió vulneración ni del artículo 8 ni del artículo 12 del Convenio. Analizó el asunto como un posible incumplimiento de una obligación positiva por parte del Estado, incumplimiento que no se habría producido porque debe serle reconocido, al Estado, un amplio margen de apreciación en la materia. La Sala entendió que en el derecho estatal enjuiciado no existía una prohibición general de la inseminación artificial para los presos, pues las autoridades ponderan las circunstancias de cada caso concreto. Añade que la decisión adoptada por las autoridades judiciales nacionales no es desproporcionada y que parece razonable, ya que el ministro habría examinado minuciosamente las circunstancias de los demandantes. La decisión estatal fue examinada por la *High Court* y por el Tribunal de Apelación, por lo que los intereses en juego habrían sido ponderados, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, sin que se produjera vulneración ni del artículo 8 ni del artículo 12 del Convenio (§§ 25 y 39-45).

La sentencia de la Sala fue reenviada a la Gran Sala que recoge en su sentencia que el artículo 8 es aplicable, porque el derecho a la vida privada incluye el derecho a decidir ser padres, para el que constituye una injerencia la prohibición de acceder a la inseminación artificial (§ 66).

El derecho a la vida privada puede ser limitado, pero lo que no parece aceptable, para la Gran Sala, es que del simple hecho de que el demandante esté preso pueda deducirse una restricción de su derecho a servirse de la inseminación artificial, para lo que nos recuerda su doctrina establecida en la sentencia del asunto *Hirst c. Reino Unido*, nº 74025/01, sentencia de 6 de octubre de 2005, de la Gran Sala, en cuyo § 69 subraya que los detenidos siguen disfrutando de sus derechos y libertades fundamentales, garantizados por el Convenio, con la excepción del derecho a la libertad.

Por tanto, toda restricción de los derechos de una persona presa debe estar justificada. En este asunto, no le parece a la Gran Sala del TEDH que sea

relevante considerar si la justificación de la injerencia se refiere a una obligación positiva o negativa, pues la cuestión crucial será determinar si ha sido alcanzado un justo equilibrio entre los intereses individuales y públicos concurrentes.

La Gran Sala nos recuerda las razones que alega el Gobierno para justificar la injerencia. En primer lugar, que la imposibilidad de recurrir a la inseminación artificial es una consecuencia natural de la pena de prisión. En segundo lugar, que la confianza de la opinión pública, en el sistema penitenciario, se resentiría, si se eliminasen elementos retributivos y disuasorios de la pena, como el enjuiciado. En tercer lugar, que la ausencia de un padre, durante los primeros años de vida del menor, que pudiera ser concebido, tendría un impacto negativo en el menor.

La Gran Sala reconoce un amplio margen de apreciación estatal en esta materia, pues recuerda que no existe un consenso europeo sobre la autorización de visitas conyugales a los presos, que solo son aceptadas en algo más de la mitad de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Sin embargo, se trata de un margen de apreciación que puede ser reducido, cuando afecta a derechos importantes, como el derecho a decidir ser padres biológicos y a fundar una familia, si no se aporta una justificación de la injerencia que parezca razonable. La Gran Sala concluye que la injerencia aplicada por las autoridades estatales carece de cobertura legal, es decir, el Parlamento no ha ponderado los intereses en juego ni debatido sobre la proporcionalidad de la medida, pues no ha aprobado una ley parlamentaria que regule la materia, ausencia de ponderación y debate que excede el margen de apreciación del Estado, por lo que se ha producido vulneración del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio (§§ 68-85).

De lo dicho por la Sala y la Gran Sala, en el asunto *Dickson*, podemos extraer las siguientes conclusiones. Existe un derecho a ser padres, también a ser padres biológicos, incluido en el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio. Existe un derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, para hacer realidad el derecho a ser padre y el derecho a ser padre biológico,

también incluido en el derecho a la vida privada⁵. Se trata de derechos que pueden ser limitados por el Estado, si se cumple con los requisitos del apartado segundo del artículo 8 del Convenio, y en los que se concede un amplio margen de apreciación a los Estados, pues no existe un consenso suficiente entre ellos⁶.

En cuanto a los criterios a la hora de decidir hasta dónde alcanza el margen de apreciación estatal, comprobamos que la existencia de dos sentencias contradictorias en este asunto, una de la Sala y otra de la Gran Sala, pone de manifiesto que se trata de una cuestión controvertida, en el propio seno del TEDH, sobre la que no podemos ofrecer una doctrina consolidada, que de manera general sirva para resolver los diferentes supuestos que se puedan ir planteando, pues se trata de una jurisprudencia en construcción que requiere de nuevos asuntos que sean planteados ante el Tribunal y le permitan elaborar una doctrina coherente.

Sin embargo, sí podemos estar seguros de la existencia de un derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, reconocido como incluido en el derecho a la vida privada, por lo que cualquier injerencia en este derecho debe quedar adecuadamente justificada, es decir, cualquier medida estatal que suponga una injerencia en el derecho a servirse de las técnicas de reproducción asistida debe superar un juicio de proporcionalidad. Por tanto, existe una fuerte presunción favorable al reconocimiento estatal del derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, pues los Estados están obligados a justificar las regulaciones que limitan el acceso a dichas técnicas.

Parte de la doctrina entiende que, en este asunto, el TEDH no reconoce un derecho a recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida, sino un derecho a que el Estado no pueda limitar el derecho a ser padre, entendido como una obligación negativa del Estado. Sin embargo, creo que no es acertada dicha aproximación al asunto porque la sentencia de la Gran Sala dice expresamente

⁵ Véase WILLEMS 2017: 2-3, sobre el reconocimiento de los derechos reproductivos por el TEDH.

⁶ Puede consultarse FARNÓS 2016, donde expone y comenta los asuntos que han sido planteados ante el TEDH en relación con la reproducción asistida.

que carece de importancia, en este caso, caracterizar la obligación estatal como negativa o positiva, porque lo relevante es determinar si la ponderación entre los intereses privados y públicos mantiene un justo equilibrio. El Tribunal entiende además que el derecho a ser padres está incluido en el derecho a la vida privada, también lo estaría el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, cuya finalidad es que quienes se sirven de ellas lleguen a ser padres⁷.

Puede parecer un avance tímido del TEDH, pero sabemos que prefiere avanzar prudentemente en la garantía de los derechos.

II.1.2. El derecho a ser padres mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida heterólogas: asunto *S. H. y otros c. Austria*

En el asunto *S. H. y otros c. Austria* (2010 y 2011), los demandantes son dos parejas que cuestionan la legislación austríaca que prohíbe la fecundación *in vitro* con gametos donados, la única opción que les permitiría concebir un hijo, por lo que alegan la violación de su derecho a la vida privada, del artículo 8, y del derecho a no ser discriminados, del artículo 14, del Convenio.

La primera pareja, compuesta por la primera y el segundo demandante, necesita de la donación de espermatozoides, para la fecundación *in vitro* de un óvulo de la esposa, a causa de la infertilidad del marido, pues es la única manera de concebir un hijo. Sin embargo, la legislación austriaca prohíbe la fecundación *in vitro* heteróloga, aunque sí permite la inseminación artificial con semen de un

⁷ Puede consultarse PUPPINCK 2013-III: 157-158, donde critica al TEDH por haber admitido que el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida está incluido en el derecho a la vida privada; asimismo, le reprocha que haya admitido su competencia objetiva para conocer de la presunta violación del derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida.

donante, pero la esposa padece una enfermedad en su aparato reproductor que le impide recurrir a la inseminación artificial, por lo que precisa de la fecundación *in vitro* heteróloga, técnica prohibida. La segunda pareja de demandantes, la tercera y el cuarto demandante, requiere de la donación de un óvulo para su fecundación con gametos del esposo, pues la tercera demandante es capaz de gestar, pero no produce óvulos, es la única manera de concebir y gestar un hijo. Sin embargo, el derecho austríaco prohíbe la fecundación *in vitro* con un óvulo donado, pues permite la fecundación *in vitro* homóloga, pero la prohíbe cuando alguno de los gametos ha sido donado (§§ 3 y 9-15).

La Sala del TEDH, en su sentencia del 1 de abril de 2010, que no devino definitiva, concluyó que se había producido una violación del artículo 14 del Convenio, combinado con el artículo 8, en relación con los cuatro demandantes, las dos parejas.

La Sala entendió que el derecho a concebir un hijo, mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida, forma parte del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, pero distingue entre el supuesto planteado por la primera pareja de demandantes y la segunda.

Por lo que se refiere a la tercera y al cuarto demandante, quienes necesitan de la donación de un óvulo para concebir un hijo, mediante la fecundación *in vitro*, la Sala responde a los argumentos del Gobierno de la manera siguiente. En primer lugar, cuestiona que consideraciones de orden moral o de aceptabilidad social justifiquen la prohibición total de una técnica de reproducción asistida, como ocurre con la prohibición incluida en la legislación estatal, prohibición total que solo sería aceptable en circunstancias excepcionales. En segundo lugar, la legislación sobre técnicas de reproducción asistida estatal podría incluir garantías suficientes para impedir que se conviertan en un modo de explotación de las mujeres o de selección genética de los hijos, temor alegado por el Gobierno, y se podrían incluir garantías suficientes para que los inconvenientes ligados a la disociación de la maternidad, entre madre uterina y madre genética, sean asumibles socialmente, en contra de lo defendido por el Gobierno. Por tanto, la Sala concluye que las alegaciones del Gobierno

austríaco no han servido para justificar la medida, por lo que ha sido vulnerado el artículo 14 en combinación con el artículo 8 del Convenio.

En cuanto a la primera y el segundo demandantes, para quienes la fecundación *in vitro* de los óvulos de la esposa con espermia donado es la única manera de hacer efectivo su derecho a la procreación, la Sala subraya lo contradictorio de la legislación austríaca, que permite la donación de espermia para la inseminación artificial mientras que la prohíbe en la fecundación *in vitro*, así como la debilidad del argumento que ofrece el Gobierno austriaco cuando justifica la inseminación artificial heteróloga diciendo que sería muy difícil garantizar su hipotética prohibición, pues se trata de una técnica practicada desde hace tiempo y de fácil realización. La Sala concluye que ha sido vulnerado el artículo 14 en combinación con el artículo 8 del Convenio (§§ 51-55).

Sin embargo, la sentencia de la Sala es reenviada a la Gran Sala, a petición del Gobierno, conforme al artículo 43 del Convenio, para que dicte una sentencia definitiva sobre el asunto.

La Gran Sala entiende que el derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, es aplicable en este asunto, pues es un derecho que incluye el de establecer y desarrollar relaciones con otras personas, el derecho al desarrollo personal y a la autodeterminación, e incluye asimismo el derecho a que sea respetada la decisión de devenir padres biológicos. Por tanto, concluye que el derecho de una pareja a concebir un hijo mediante las técnicas de reproducción asistida queda protegido por el derecho a la vida privada, incluido en el artículo 8 del Convenio.

La Gran Sala reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados en esta materia, tras considerar: por una parte, que existe una clara tendencia entre los Estados a autorizar la donación de gametos para la fertilización *in vitro*, lo que justificaría admitir regulaciones permisivas ; por otra, que al tratarse de un asunto con delicadas implicaciones morales y éticas, el margen de apreciación de los Estados no puede ser restringido, aunque el Tribunal siempre podrá examinar si se ha alcanzado un justo equilibrio, entre los intereses públicos y privados en juego, lo que justificaría admitir regulaciones restrictivas. De tal manera que la Gran Sala tendrá que examinar si las injerencias sufridas por los

demandantes son necesarias y proporcionadas, tal y como exige el apartado segundo del artículo 8 del Convenio, si quiere concluir que estamos ante una medida estatal justificada.

En cuanto a la tercera y el cuarto demandante, necesitados de la donación de óvulos y del recurso a la fecundación *in vitro*, la Gran Sala no comparte la conclusión a la que llegó la Sala cuando afirmó que una prohibición total de la fecundación *in vitro* heteróloga sobrepasa el margen de apreciación del Estado, pues entiende que no se trata de una prohibición total de las técnicas de reproducción asistida, ya que permite la fecundación *in vitro* homóloga, mientras que la prohibición de la heteróloga aparece, *prima facie*, como justificada por una serie de razones que no son arbitrarias. Por tanto, la Gran Sala entiende que Austria podría haber regulado la materia de otra manera, pero que su regulación entra dentro del amplio margen de apreciación que debe ser concedido a los Estados, por lo que no ha existido vulneración del Convenio en este supuesto (§§ 80-107).

En relación con la primera y el segundo demandante, necesitados de la donación de espermatozoides y del recurso a la fecundación *in vitro*, tenemos que la Gran Sala tampoco comparte la conclusión de la Sala. La Gran Sala reconoce, en este punto coincide con la Sala, la existencia de una incoherencia en la legislación austríaca que permite la inseminación artificial con espermatozoides donados y prohíbe la fecundación *in vitro* heteróloga. Asimismo, comparte con la Sala que la justificación de dicha contradicción ofrecida por el Gobierno no es convincente, pues se basa en la dificultad de hacer cumplir una hipotética prohibición de la inseminación artificial heteróloga. Sin embargo, la Gran Sala añade que dicha incoherencia no es determinante a la hora de enjuiciar la injerencia, pues debe considerarse el cuadro legislativo, sobre las técnicas de reproducción asistida, en su conjunto y desde ese punto de vista, teniendo en cuenta la protección de intereses sociales y morales que afectan a toda la sociedad, no le parece que carezca de justificación dicha prohibición, por lo que entraría dentro del margen de apreciación que debe ser reconocido a los Estados. La Gran Sala cierra su argumento afirmando que, en cualquier caso, Austria deja abierta a los interesados la posibilidad de acudir al extranjero para concebir un hijo mediante

fecundación *in vitro* heteróloga, en otro país que la permita, añade que dicha filiación sería reconocida sin mayores problemas en derecho austriaco. Este último argumento será criticado, como especialmente problemático, en los §§ 12 y 13 de la opinión separada disidente, de los jueces Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkvska y Tsotsoria, pues no ofrece una respuesta a la verdadera cuestión planteada, es decir, si se ha producido una injerencia en el derecho austriaco (§§ 108-114).

A partir de los anteriores argumentos, la Gran Sala concluye que no se ha producido vulneración alguna del Convenio, pues la injerencia que la medida estatal supone en el derecho a procrear, mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida heteróloga, aparece como justificada y dentro del margen de apreciación reconocido a los Estados.

Una parte de la doctrina ha visto, en la solución dada a este asunto, un nuevo ejemplo de la actitud vacilante del TEDH, pues encontramos dos sentencias contradictorias, la de la Sala que restringe el margen de apreciación de los Estados, cuando se trata de la garantía del derecho a procrear mediante el recurso a la fecundación *in vitro* heteróloga y la de la Gran Sala que amplía el margen de apreciación de los Estados, hasta admitir como conforme con el Convenio su prohibición. Sin embargo, no debemos olvidar que tanto la sentencia de la Sala como la de la Gran Sala reconocen un derecho a procrear mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida, entre las que estaría incluida la fecundación *in vitro* heteróloga. Se trata de un derecho reproductivo incluido en el derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, es decir, un derecho que admite injerencias, pero siempre justificadas, mediante alguna de las finalidades comprendidas en el apartado segundo del artículo 8 y necesitadas, por tanto, de un juicio sobre la necesidad y la proporcionalidad de la medida⁸.

De lo anterior se sigue que una legislación que permita la generación de embriones *in vitro* con fines reproductivos es conforme con el Convenio. En

⁸ Véase MOLERO 2016: 198-201, sobre la aplicación del juicio de proporcionalidad cuando el Estado limita el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida.

realidad, existe una fuerte presunción favorable a una regulación permisiva de la fecundación de embriones *in vitro* con fines reproductivos, por lo que generar dichos embriones y crioconservarlos no es incompatible con el Convenio, más bien parece que es una garantía de un derecho reconocido por el TEDH. En efecto, según el Tribunal, el derecho a la vida privada incluye el derecho a procrear mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida.

Parte de la doctrina ha subrayado que proponer el turismo reproductivo, a modo de válvula de seguridad moral, a la hora de justificar la compatibilidad con el Convenio de una legislación restrictiva de las técnicas de reproducción asistida, como hemos visto propone la Gran Sala en su sentencia, un argumento que ya conocemos, pues fue utilizado por el TEDH en su sentencia del asunto *A, B y C c. Irlanda* (2010), como fue comentado en su momento, pone de manifiesto la dificultad que encuentra el Tribunal a la hora de justificar la proporcionalidad de la medida, ya que justificar una injerencia mediante el argumento de que los afectados siempre pueden acudir al extranjero, si quieren ejercer su derecho, un recurso al turismo reproductivo que el derecho estatal enjuiciado vería con buenos ojos, no parece un argumento jurídico razonable ni sólido, por lo que la presunción a favor del derecho a servirse de las técnicas de reproducción asistida se ve reforzada⁹.

⁹ Véase FARNÓS 2016: 98-100.

II.1.3. El derecho a tener hijos sanos mediante el recurso al diagnóstico genético preimplantacional: el asunto *Costa y Pavan c. Italia*

Hemos visto, en el asunto *Dickson c. Reino Unido* (2007), que el TEDH reconoce, como incluido en el derecho a la vida privada, un derecho a procrear mediante el recurso a la inseminación artificial; asimismo, en el asunto *S.H. y otros c. Austria* (2010 y 2011), el TEDH reconoce un derecho a procrear mediante el recurso a la fecundación *in vitro* heteróloga, aunque en este último asunto acepte la justificación de la injerencia alegada por el Estado, por entender que es proporcionada con el fin perseguido.

En el asunto *Costa y Pavan c. Italia*, nº 54270/10, sentencia de 28 de agosto de 2012, de la Sección 2ª del TEDH, se plantea el problema del derecho a recurrir a un diagnóstico genético preimplantacional, que permita la selección de los embriones sanos, para evitar la transmisión de enfermedades genéticas graves a los hijos. Los demandantes son la señora Costa y el señor Pavan, portadores sanos de fibrosis quística, que se quejan de no poder acceder en Italia a un diagnóstico genético preimplantacional, que les permitiría seleccionar un embrión sano, prohibición en derecho italiano que supone una vulneración del artículo 8 y 14 del Convenio (§§ 1-3).

Los demandantes tuvieron, en el año 2006, una hija enferma de fibrosis quística, fue entonces cuando conocieron que eran portadores sanos de dicha enfermedad. En febrero de 2010, durante el segundo embarazo de la demandante, ésta se sometió a un diagnóstico prenatal cuyo resultado fue que el feto sufría fibrosis quística, por lo que interrumpió voluntariamente su embarazo.

Los demandantes desean recurrir a la fecundación *in vitro* y al diagnóstico genético preimplantacional para tener un hijo sano. Sin embargo, en el derecho

italiano la ley nº 40 de 19 de febrero de 2004 solo permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las parejas infértiles, mientras que el diagnóstico genético preimplantacional está prohibido en todos los casos (§§ 8-10).

Los demandantes alegan la vulneración del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, pues entienden que la única vía que se les deja abierta, en el derecho italiano, para tener un hijo sano, es iniciar un embarazo y realizar un diagnóstico prenatal que, en caso de resultar positivo, obligaría a la demandante a abortar, si no quiere tener un segundo hijo con fibrosis quística (§ 41).

El Gobierno italiano plantea ante el TEDH una excepción de inadmisibilidad, por falta de competencia *ratione materiae*, pues entiende que el derecho invocado por los demandantes es el derecho a tener un hijo sano, que no estaría protegido por el Convenio. El Tribunal entiende, en relación con dicha excepción procesal, por falta de competencia objetiva, que el derecho invocado por los demandantes se limita a la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida, junto a un diagnóstico genético preimplantacional, para concebir un hijo que no sufra fibrosis quística, enfermedad de la que los demandantes son portadores sanos. Por tanto, no se trata de un derecho a tener hijos sanos en general, pues un diagnóstico genético preimplantacional no excluye la posibilidad de que el hijo sufra otras enfermedades genéticas o de otro tipo, pues se limita a una enfermedad genética específica. El Tribunal recuerda que ya señaló el derecho a devenir padres biológicos como incluido en el derecho a la vida privada (*Dickson c. Reino Unido*, § 66), en el que también entendió incluido el derecho a servirse de la fecundación *in vitro* heteróloga (*S.H. y otros c. Austria*, § 82). Por tanto, el Tribunal desestima la excepción de inadmisibilidad por falta de competencia *ratione materiae*, ya que considera incluido en el derecho a la vida privada tanto el derecho de los demandantes a recurrir a la fecundación *in vitro*, como a un diagnóstico genético preimplantacional, con la finalidad de seleccionar un embrión que no sufra la enfermedad genética, de la que los demandantes son portadores sanos.

Seguidamente el Tribunal examina si la prohibición de la fecundación *in vitro*, para las parejas que no son infértiles, y del diagnóstico genético

preimplantacional, este último con carácter general, constituyen una injerencia justificada, conforme al apartado segundo del artículo 8 del Convenio.

El Tribunal recoge que, en derecho italiano, el recurso a las técnicas de reproducción asistida solo se permite a las parejas con problemas de fertilidad, así como a las parejas en las que el hombre sufra una enfermedad vírica de transmisión sexual (VIH, hepatitis B y C), por lo que los demandantes tienen prohibido el recurso a dichas técnicas, mientras que el diagnóstico genético preimplantacional está prohibido con carácter general.

Dichas prohibiciones constituyen una injerencia prevista por la ley y que persigue como fines legítimos la protección de la moral y de los derechos de los demás, lo que no ha sido cuestionado por las partes y es aceptado por el Tribunal.

Los demandantes denuncian la falta de proporcionalidad de una medida que les prohíbe recurrir a un diagnóstico genético preimplantacional, al mismo tiempo que el derecho italiano les permite recurrir al aborto voluntario, en caso de que el feto sufra fibrosis quística.

Aunque el Gobierno justifica dicha injerencia invocando la protección de la salud del menor y de la mujer, la dignidad y la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios, así como el riesgo de derivas eugenésicas, el Tribunal duda de dichos argumentos, pues parece que no operan a la hora de permitir un aborto voluntario, en el caso de un feto enfermo de fibrosis quística, algo que resulta incoherente con los fines que, según el Gobierno, persigue la medida, ya que el feto requeriría de una protección igual o superior a la que merece el embrión, dado su mayor desarrollo (§§ 53-62).

El Tribunal concluye que la incoherencia señalada, en la que incurre el derecho italiano en la regulación del diagnóstico genético preimplantacional, considerada conjuntamente con la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, obliga a estimar como desproporcionada la injerencia en el derecho a la vida privada de los demandantes, por lo que el artículo 8 ha sido vulnerado.

En cuanto a la posible violación del artículo 14 del Convenio, el Tribunal concluye que no ha existido, pues la prohibición del recurso a un diagnóstico

genético preimplantacional es de carácter general, y para apreciar discriminación se exige que hayan sido tratados de manera diferente, salvo que exista una justificación objetiva y razonable, personas situadas en supuestos comparables, trato diferente que no se da en este supuesto de hecho, dado que la prohibición del diagnóstico genético preimplantacional se aplica a todos sin excepciones (§§ 71-75).

En el análisis de esta sentencia, una parte de la doctrina subraya que el TEDH ha añadido al juicio sobre la proporcionalidad de la medida un juicio sobre la coherencia del derecho italiano, derecho estatal en el que se prohíbe el diagnóstico genético preimplantacional al mismo tiempo que se permite el aborto cuando el feto sufre la enfermedad que el diagnóstico genético pretendía evitar¹⁰. Se trataría de una sentencia más parecida al modo de proceder de un tribunal constitucional que al de un tribunal internacional, con un fallo que es unánime, pues no existen opiniones disidentes a la sentencia. De lo anterior, sería posible deducir que el Tribunal reconoce no sólo el derecho a tener hijos, mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida, sino también el derecho a tener hijos sanos, gracias a dichas técnicas¹¹.

La sentencia del asunto *Costa y Pavan c. Italia* (2012) ha sido criticada desde otro sector de la doctrina que defiende argumentos procesales contrarios a la admisibilidad de la demanda, basados en que los demandantes no tienen la condición de víctima y en que no han agotado los recursos internos. Se trata de excepciones procesales planteadas por el Gobierno italiano ante el TEDH, basadas en que los demandantes no son víctimas porque no han visto rechazada expresamente ninguna solicitud ante las autoridades estatales y porque no han agotado los recursos internos, ya que no han presentado demanda alguna ni siquiera en primera instancia, recurso interno que debería ser considerado como efectivo, desde el momento en que existe al menos una sentencia italiana, dictada en primera instancia, que reconoce el derecho a un diagnóstico genético preimplantacional, en un supuesto de hecho análogo al planteado ante el

¹⁰ Puede consultarse en FARNÓS 2016: 101-102.

¹¹ Véase MOLERO 2016: 201-202.

Tribunal en este asunto. La primera excepción pretende impedir que la demanda se convierta en una suerte de *actio popularis* contra la legislación italiana. La segunda pretende que se cumpla con el principio de subsidiariedad, que permite a los Estados garantizar los derechos contenidos en el Convenio, antes de ser demandados ante el Tribunal¹².

Desde un punto de vista formal, las excepciones procesales planteadas podrían haber sido estimadas e inadmitida la demanda, pero el TEDH adopta un punto de vista material que pretende garantizar los derechos, en cumplimiento del principio de efectividad, pues entiende que los demandantes son víctimas desde el momento en que tuvieron una hija que sufre la enfermedad, a lo que siguió una interrupción voluntaria de un embarazo, en el que el diagnóstico prenatal mostró que el feto también sufría la enfermedad, esta historia personal basta al Tribunal para entender que los demandantes ostentan la condición de víctima junto a la constatación de que la prohibición del diagnóstico genético preimplantacional es de carácter general y expreso en derecho italiano, como ha sido reconocido explícitamente por el propio Gobierno italiano. En cuanto al incumplimiento del principio de subsidiariedad, es decir, de la posibilidad que debe ser concedida a los Estados para que puedan garantizar los derechos convencionales, antes de ser demandados ante el Tribunal, que exigiría agotar los recursos internos, la sentencia del Tribunal recoge que corresponde al Gobierno demostrar que un hipotético recurso estatal hubiera sido efectivo, lo que no hace, pues una sola sentencia de un juzgado de primera instancia no es suficiente, ya que no constituye jurisprudencia ni una doctrina consolidada, por lo que carecería de sentido exigir a los demandantes haber recurrido ante la jurisdicción interna, cuando es evidente que no existía, para dicho recurso, una posibilidad seria de prosperar, por lo que debe concluirse que el recurso no era efectivo conforme a la doctrina elaborada por el Tribunal (§§ 37-39).

La anterior solución convierte al Tribunal en una especie de tribunal constitucional europeo de acceso directo, en contra de lo que explícitamente ha

¹² Véase PUPPINCK 2013-III: 152-157, desde un punto de vista crítico con las conclusiones del TEDH.

afirmado, en su propia jurisprudencia; por ejemplo, en el § 69 de la decisión dictada en el asunto *Demopoulos y otros c. Turquía*, nº 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19994/04 y 21819/04, decisión de 1 de marzo de 2010, de la Gran Sala del TEDH, donde recoge que los Estados no deben responder ante un órgano internacional sin que se les haya dado la oportunidad de corregir la situación en su orden jurídico interno, en aplicación del principio de subsidiariedad. Sin embargo, el Tribunal prefiere garantizar los derechos, de manera que el principio de subsidiariedad cede ante el principio de efectividad, por lo que el Tribunal finalmente cumple con una función de justicia convencional europea, comparable a lo que sería la justicia constitucional en el derecho estatal¹³.

Parte de la doctrina critica la solución de fondo que el Tribunal ha dado al asunto, no solo la decisión sobre los requisitos de admisibilidad y sobre la competencia del Tribunal, y pone en tela de juicio que la incoherencia en el derecho italiano observada por el Tribunal sea una contradicción real. Lo explican de la siguiente manera. El Tribunal reconoce, junto a los demandantes, que la medida enjuiciada persigue el fin legítimo de proteger la moral y los derechos y libertades de los demás, aunque cuestionen su proporcionalidad. Sin embargo, la moralidad a la que se refiere el Tribunal es entendida como una realidad sociológica, un estado de la opinión pública, en un momento determinado. Mientras que en derecho italiano la prohibición de las técnicas de reproducción asistida, fuera de los casos de infertilidad, y la prohibición del diagnóstico genético preimplantacional, en todos los casos, no son cuestiones sociológicas, sino prohibiciones que se fundamentan en la protección del embrión y la prevención de la eugenesia. Es decir, el derecho italiano reconoce que el embrión es un sujeto de derecho, una persona que debe ser protegida, y ahí no hay nada de subjetivo ni relativo; por el contrario, supone una moral objetiva. Por tanto, permitir la interrupción del embarazo, en caso de enfermedad grave del feto, y al mismo tiempo prohibir el diagnóstico genético

¹³ Véase VARI 2021: 3-6, desde un punto de vista crítico con la función que asume el TEDH como justicia convencional europea, pero que sirve para caracterizar dicha función a partir del análisis de la sentencia del asunto *Costa y Pavan c. Italia* (2012).

preimplantacional, no serían normas incoherentes, pues obedecen a lógicas distintas, la protección de los derechos de la mujer embarazada en un caso frente a la protección de los derechos del embrión en el otro¹⁴.

En realidad, según dicho sector de la doctrina, la contradicción observada por el Tribunal no existe en derecho italiano, pues la mujer no es libre de abortar, en caso de enfermedad del feto, según el derecho italiano, aunque sí lo sería en caso de peligro para la salud o la vida de la mujer. El Tribunal no habría tenido en cuenta el punto de vista del legislador italiano, para el que el diagnóstico genético preimplantacional y el aborto siguen lógicas diferentes. El primero tiene una finalidad eugenésica, que el derecho italiano rechaza, mientras el segundo persigue proteger la salud y la vida de la mujer, que el derecho italiano admite. En derecho italiano no existe un derecho a tener un hijo sano, derecho que en alguna medida reconoce el Tribunal en su sentencia¹⁵.

Frente a estos argumentos doctrinales, podemos responder que el Tribunal adopta una óptica realista, en la resolución del problema de fondo, punto de vista que también encontramos en su respuesta a las cuestiones procesales. Podemos aceptar que la prohibición del diagnóstico genético preimplantacional y la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo respondan a lógicas distintas, incluso podríamos admitir que el derecho italiano prohíbe el aborto en caso de enfermedad grave del feto. Sin embargo, la realidad es que la demandante se quedó embarazada y tras un diagnóstico prenatal, cuyo resultado fue que el feto estaba enfermo, interrumpió voluntariamente su embarazo. Por otra parte, independientemente de las distintas lógicas a las que obedezca la regulación de las técnicas de reproducción asistida, de un lado, y del aborto, del otro; la demandante solo puede tener un hijo sano, en caso de que la prohibición del diagnóstico genético preimplantacional sea mantenida, sometiéndose a sucesivos abortos, hasta que, de manera aleatoria, conciba un hijo sin la enfermedad, con el riesgo para la salud física y mental que supone,

¹⁴ Véase PUPPINCK 2013-III: 160-169, desde un punto de vista crítico.

¹⁵ Puede consultarse VARI 2013: 7-9, donde defiende que el TEDH habría malinterpretado el derecho italiano en la sentencia *Costa y Pavan c. Italia* (2012).

para la mujer, verse condenada a sucesivos abortos y el sufrimiento moral que implica saber que dicho padecimiento podría evitarse fácilmente, mediante el recurso al diagnóstico genético preimplantacional y a las técnicas de reproducción asistida, que son eficaces y seguras. Esta aproximación realista y preocupada por una garantía de los derechos efectiva es la que encontramos en esta sentencia del Tribunal¹⁶.

Hemos visto en este apartado, y en los anteriores, que la generación de embriones con fines reproductivos es compatible con el Convenio, pues el recurso a las técnicas de reproducción asistida, incluido el diagnóstico genético preimplantacional, es un derecho incluido en el derecho a la vida privada. Pero dichas técnicas de reproducción asistida exigen, al menos en el estado actual del desarrollo tecnológico, la crioconservación de cierto número de embriones fecundados *in vitro*, número superior al que efectivamente será implantado en el útero de la mujer, si queremos asegurar el éxito de la reproducción asistida y su seguridad para la mujer. Por tanto, serán generados embriones crioconservados sobrantes, cuyo destino planteará problemas jurídicos, que han llegado hasta el Tribunal, como veremos en los apartados siguientes¹⁷.

¹⁶ Para un análisis actualizado sobre el diagnóstico genético preimplantacional, en relación con el Convenio de Oviedo, véase NAVARRO 2021: 65-78.

¹⁷ Sobre los distintos problemas jurídicos que plantea el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, véase SILVEIRA 2008: 15-43.

II.2. El derecho a ser madre biológica frente al derecho a no ser convertido en padre biológico a la fuerza

Con el asunto *Evans c. Reino Unido*, nº 6339/05, sentencia de 10 de abril de 2007, de la Gran Sala del TEDH, ha sido planteada ante el Tribunal la incompatibilidad entre el Convenio y el derecho a revocar el consentimiento prestado para la implantación de los embriones generados *in vitro*, derecho a revocar el consentimiento que aparece recogido en la legislación británica, en la “*Human Fertilisation and Embriology Act*” de 1990, y con el que se pretende asegurar que el consentimiento del hombre y de la mujer, que aportan los gametos a partir de los que será generado el embrión, se mantiene constante desde la fecundación *in vitro* hasta su implantación en el útero materno.

En el derecho internacional de los derechos humanos no encontramos disposición alguna que se refiera al consentimiento informado específicamente referido a las técnicas de reproducción asistida. Encontramos disposiciones generales, por ejemplo, en el artículo 5 del Convenio de Oviedo de 1997, en el que se establece que cualquier intervención sanitaria requiere del consentimiento libre e informado de la persona afectada, previa información adecuada sobre la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre las consecuencias y los riesgos, consentimiento que la persona afectada puede retirar en cualquier momento. Encontramos una regulación equiparable, a la del Convenio de Oviedo de 1997, en el artículo 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005, es decir, un consentimiento informado, en el ámbito sanitario, que se establece como revocable en todo momento¹⁸.

¹⁸ Véase FARNÓS 2007: 5-10, sobre el consentimiento informado en relación con el destino de los embriones generados *in vitro*.

En el asunto *Evans c. Reino Unido* (2007), la demandante, la Sra. Evans, pretende anular la declaración de voluntad de su exmarido, que consiste en una revocación del consentimiento que prestó para la crioconservación y posterior implantación de los embriones fecundados *in vitro*. Los tribunales ingleses concluyeron, en relación con la petición de la Sra. Evans, que el consentimiento prestado por el exmarido de la demandante era válido, pero que, una vez disuelto el matrimonio y revocado dicho consentimiento, por su exmarido, los embriones crioconservados no pueden serle implantados, puesto que el párrafo 4º del anexo 3º de la “*Human Fertilisation and Embriology Act*”, de 1990, reconoce el derecho a revocar el consentimiento, antes de la implantación de los embriones.

La demandante alegó que el derecho a revocar el consentimiento, recogido en la legislación británica, vulnera su derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, su derecho a no ser discriminada, del artículo 14, así como el derecho a la vida del embrión, del artículo 2 del Convenio. Argumenta que establecer la revocabilidad del consentimiento, como una regla sin excepciones, impide ponderar adecuadamente situaciones como la suya, en la que la implantación de los embriones fecundados *in vitro* es su única opción para convertirse en madre genética. Su exmarido responde que negarle el derecho a revocar su consentimiento equivaldría a convertirlo en padre genético a la fuerza, pues lo sería en contra de su voluntad, lo que supondría una vulneración de su derecho a la vida privada¹⁹. Más adelante, cuando comentemos detalladamente el contenido de la sentencia, veremos la solución dada por el TEDH en este asunto. Pero antes debemos situar el caso *Evans c. Reino Unido* (2007) en su contexto jurídico europeo e internacional.

El asunto *Evans c. Reino Unido* (2007) es el primer litigio en el que se plantea ante el TEDH el destino de los embriones fecundados *in vitro*, que han sido crioconservados. La mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa exigen el consentimiento constante de la mujer y del hombre cuyos gametos han servido para la generación de un embrión. Pero algunos países,

¹⁹ Puede consultarse ALKORTA 2006: 23-26, donde se incluye un comentario sobre la sentencia del asunto *Evans c. Reino Unido* (2007).

como Alemania e Italia, prohíben la crioconservación de embriones. Entre los países que admiten la congelación de los embriones fecundados *in vitro* se establecen como sus posibles destinos: la implantación en la mujer que aportó el óvulo que fue fecundado, la conservación limitada o ilimitada temporalmente mediante crioconservación, la donación prenatal del embrión a otra mujer que desee gestarlo, su empleo en investigación para obtener células troncales que implica la destrucción del embrión, y finalmente dejarles morir por descongelación²⁰.

La mayoría de países establecen que el destino del embrión crioconservado debe ser el que conjuntamente acuerden la pareja que decidió su fecundación *in vitro*. Pero en caso de desacuerdo han sido propuestos los siguientes sistemas alternativos: un sistema contractual en el que sea respetado el acuerdo previo de los progenitores, un sistema que garantice el derecho a no ser forzado a procrear mediante el reconocimiento de un derecho a revocar el consentimiento hasta el momento previo a la implantación del embrión, reconocer un derecho del embrión a ser gestado que se impondría sobre el derecho a revocar el consentimiento de los progenitores, ponderar cada caso concreto como la mejor manera de tener en cuenta todos los intereses en juego y finalmente primar el derecho reproductivo de la mujer frente a los derechos del hombre, dado que el coste que soporta la mujer en el proceso de la fecundación *in vitro* de un embrión es muy superior al del hombre.

En la mayoría de países miembros del Consejo de Europa, el consentimiento para la implantación del embrión es revocable hasta el momento previo a la implantación. Como ejemplo, tenemos el caso de la legislación británica que ya hemos mencionado, pero también es el caso de Francia, Dinamarca, Grecia, Austria, Suiza, Holanda, Bélgica, Islandia, Suecia y Turquía. En Alemania no está regulado, al estar prohibida la crioconservación de embriones. En España también se exige el consentimiento constante, en la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley 14/2006, que en sus

²⁰ Sobre los usos que jurídicamente cabe dar al embrión, véase MÉNDEZ BAIGES 2007: 137-145.

artículos 11.4(9) y 11.6 establece que el consentimiento de los progenitores sobre el destino del embrión puede ser modificado en cualquier momento anterior a la implantación del embrión. Italia es el único país que establece un consentimiento irrevocable, tanto para la mujer como para el hombre que recurren a la fecundación *in vitro*, justificado en el derecho a la vida del embrión. La ley italiana de 19 de febrero de 2004 n° 40, sobre reproducción asistida, solo permite, conforme a su artículo 6.4, la revocación del consentimiento por motivos de salud, regulación que ha sido criticada por ser contraria a la libertad reproductiva, tanto de la mujer como del varón.

La regulación de las técnicas de reproducción asistida no ha sido una prioridad en EE. UU., donde se considera que la libertad reproductiva no requiere de una regulación exhaustiva. Sin embargo, sí han llegado a los tribunales estadounidenses asuntos en los que se ha discutido el destino de los embriones fecundados *in vitro*, se trata del problema sobre la custodia de los embriones.

En la práctica clínica de los EE. UU. es usual que la pareja que recurre a las técnicas de reproducción asistida firme un documento en el que se acuerda el destino de los embriones no implantados, con la finalidad de evitar conflictos judiciales. Sin embargo, dichos acuerdos no han evitado que algunos conflictos acaben judicializados. El Tribunal de apelaciones de Nueva York, en septiembre de 1997, resolvió un litigio en el que reconoció validez al acuerdo firmado por el matrimonio Kass (se trata del asunto *Kass v. Kass*, 235, A. D. 2d, 150, 663, N. Y. S. 2d, 581, 1997), dicho acuerdo recogía que, en caso de disconformidad, los embriones crioconservados serían destinados a la investigación. Tras el divorcio, la Sra. Kass solicitó la custodia de los embriones, pues pretendía que los embriones le fueran implantados, a lo que se opuso su exmarido. El Tribunal de apelaciones reconoció la validez del acuerdo previo y ordenó que los embriones fueran destinados a la investigación científica.

En la doctrina norteamericana se ha abierto un debate sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos previos en los que se decide el destino de los embriones. Frente a quienes defienden que son contratos vinculantes y que deben ser respetados, encontramos a quienes alegan que no se trata de auténticos contratos, sino de acuerdos que cumplen una función análoga a la perseguida

por el consentimiento informado, por lo que dichos acuerdos deberían ser revocables, pues el principio de la revocabilidad del consentimiento no se cuestiona, cuando el consentimiento informado se refiere a los tratamientos e intervenciones sanitarias. Los defensores del carácter contractual responden que entender dichos acuerdos como una forma de manifestación del consentimiento informado sanitario lleva a incongruencias, pues se trata de una declaración conjunta de voluntades, de manera que, si uno de los declarantes revoca su consentimiento, puede producir un perjuicio en la otra parte, por lo que sería más justo adoptar un punto de vista contractual, ya que sería más respetuoso con los intereses de ambas partes.

La jurisprudencia estadounidense parece favorable a reconocer validez a aquellos acuerdos previos que destinan los embriones a la investigación, pero negándosela cuando obligan a ser padre a la fuerza. En ausencia de acuerdo previo o cuando se le niegue validez, el tribunal estadounidense examinará el caso concreto y, tras la ponderación de los intereses en conflicto, decidirá sobre el destino del embrión.

Una aproximación al problema muy diferente la encontramos en el caso *Nachmani v. Nachmani*, resuelto por el Tribunal Supremo israelí. Se trata de un asunto en el que la pareja aportó sus gametos para la fecundación *in vitro* de embriones, que iban a ser implantados en una madre gestante, pues la madre genética no podía gestar. Sin embargo, tras la separación de la pareja, el marido se negó a que se cumpliera con el acuerdo de gestación subrogada, se negó a que los embriones fueran implantados en una madre gestante subrogada. La Corte de distrito israelí falló a favor de la mujer, pues entendió que el hombre no tenía derecho a revocar su consentimiento. Una Sala del Tribunal Supremo casó la sentencia de instancia, pues concluyó que el hombre no podía ser obligado a ser padre. La demandante recurrió la sentencia ante el Pleno del Tribunal Supremo, que resolvió a su favor, pues entendió finalmente que en este caso la

imposibilidad para la demandante de ser madre genética de otro modo pesaba más que el derecho a no ser obligado a ser padre biológico²¹.

II.2.1. El derecho a revocar el consentimiento prestado para la implantación de embriones generados *in vitro*: el asunto *Evans c. Reino Unido*

La Gran Sala conoce del asunto *Evans c. Reino Unido* (2007) porque la demandante, en virtud de artículo 43 del Convenio, ha solicitado el reenvío de la causa, después de que la Sala hubiera dictado su sentencia, de 7 de marzo de 2006, en la que concluyó por unanimidad que no se había producido ni la violación del artículo 2 ni del artículo 14 del Convenio, y por cinco votos contra dos que tampoco existió vulneración del artículo 8 del Convenio.

En el supuesto de hecho planteado, la demandante fue diagnosticada de un cáncer de ovarios, por lo que debía ser sometida a su extirpación, lo que le impediría producir óvulos, después de la operación. Decidió recurrir a las técnicas de reproducción asistida, para que le fueran extraídos óvulos para su fecundación *in vitro* con espermatozoides de su marido, a fin de que los embriones generados pudieran serle implantados en el futuro, una vez recuperada de su enfermedad. Tanto la demandante como su marido firmaron un formulario de consentimiento informado, para dicha fecundación *in vitro*, conforme a lo establecido en la “*Human Fertilisation and Embryology Act*” de 1990 (en adelante la ley de 1990), es decir, con pleno conocimiento de que su consentimiento podría ser revocado en cualquier momento anterior a la implantación de los embriones, de lo que fueron informados. Bajo dichas condiciones, seis embriones fueron generados por fecundación *in vitro* y crioconservados, a la

²¹ ALKORTA 2006: 36-48.

espera de que la implantación fuera posible en un futuro. La demandante sufrió la extirpación de sus ovarios y fue informada de que no podrían serle implantados los embriones crioconservados hasta pasados dos años.

La relación de pareja llegó a su fin, la demandante y su exmarido no estuvieron de acuerdo sobre el destino de los embriones crioconservados, la demandante pretendía seguir adelante con la implantación de los embriones, única manera de convertirse en madre genética, mientras su exmarido revocó su consentimiento para la implantación de los embriones.

La Sra. Evans presentó una demanda, ante la *High Court*, en la que alegó la vulneración de los artículos 8, 13 y 14 del Convenio. La *High Court* desestimó la demanda porque tanto las disposiciones de la ley de 1990, como razones de orden público, justifican que la revocación del consentimiento del exmarido debe ser respetada (§§ 14-21).

La sentencia de la *High Court* fue recurrida ante el Tribunal de Apelación, que desestimó el recurso mediante argumentos coincidentes con los de la sentencia dictada en primera instancia.

La aprobación de la ley de 1990, cuestionada en este asunto, fue el resultado de la ponderación, por el Parlamento británico, de todos los intereses en juego, pues en su elaboración fueron tenidas en cuenta las conclusiones del Informe Warnock, encargado a una comisión constituida al efecto, en julio de 1982, y presidida por Mary Warnock. Dicho Informe fue entregado en julio de 1984 y en él se reconoce que la fecundación *in vitro* y posterior crioconservación de los embriones plantea diversos problemas en relación con el destino de estos embriones. Recomendó fijar en diez años la duración máxima de la crioconservación de los embriones, destinados a su utilización posterior por una pareja, y que pasado dicho plazo debería ser creado un organismo competente para decidir sobre el destino de los embriones (§§ 29-30).

En cuanto a la vulneración del derecho a la vida del embrión, del artículo 2 del Convenio, alegada por la demandante ante la Sala, la sentencia del 7 de marzo de 2006 (la sentencia de la Sala) recordó que en el § 82 de la sentencia del asunto *Vo c. Francia* (2004) la Gran Sala concluyó que, ante la ausencia de

un consenso científico y jurídico sobre el inicio de la vida, la determinación del inicio de la vida humana corresponde a los Estados, a los que se reconoce un amplio margen de apreciación en esta materia. Pero el derecho británico no reconoce al embrión la condición de sujeto de derecho. Por tanto, la Sala del TEDH concluye que no ha sido vulnerado el derecho a la vida del embrión crioconservado, pues no se le reconoce el derecho a la vida en el ordenamiento estatal, por lo que no ha existido violación del derecho a la vida. La Gran Sala comparte explícitamente esta conclusión de la Sala, así como las razones ofrecidas por la Sala (§§ 53-56).

En cuanto a la posible vulneración del artículo 8 del Convenio, la Gran Sala comparte con la Sala que dentro del derecho a la vida privada podemos entender incluido el derecho a devenir o no devenir padres, pero no solo dicho derecho, también entiende la Gran Sala que debe considerarse incluido, en el derecho a la vida privada, el derecho a devenir o no devenir padres genéticos. En este supuesto de hecho encontramos dos puntos de vista irreconciliables, pues frente al derecho de la demandante a devenir madre genética encontramos el derecho de su exmarido a no ser forzado a devenir padre genético (§§ 71-73).

La Gran Sala comparte con la Sala que se trata de examinar si el Estado ha cumplido con una obligación positiva, es decir, si ha regulado el destino de los embriones crioconservados manteniendo un justo equilibrio entre todos los intereses en juego. Pero a la hora de valorar el cumplimiento de dicha obligación positiva, la Gran Sala reconoce un amplio margen de apreciación al Estado, dado que no existe un consenso entre los Estados a la hora de determinar si el consentimiento para la generación e implantación de embriones debe ser irrevocable. Y la Gran Sala comparte la opinión de la Sala cuando afirma que la ley de 1990 fue adoptada tras un análisis excepcionalmente minucioso de las implicaciones sociales, éticas y jurídicas que los avances en las técnicas de reproducción asistida suponen. De hecho, fue encargado el Informe Warnock que recomendó fuera tomada la decisión sobre el destino de los embriones antes de pasados diez años, desde su congelación, y que, en caso de desacuerdo de la pareja, debería ser creado un organismo competente e independiente para decidir sobre la cuestión.

La Gran Sala reconoce que el Parlamento podría haber regulado la cuestión de manera diferente, pero que solo le corresponde examinar si la regulación que ha sido adoptada excede el margen de apreciación que debe ser reconocido al Estado. Exceso que no se ha producido, ya que dicha regulación es fruto de un justo equilibrio y ponderación, llevados a cabo por el legislador estatal. Por tanto, no ha existido vulneración del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio.

En relación con la posible violación del artículo 14 del Convenio, la Gran Sala subraya que la vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio está inextricablemente unida, y dado que ya han sido examinados los motivos por los que no existe vulneración del artículo 8 solo cabe concluir que tampoco se ha producido vulneración del artículo 14 del Convenio (§§ 77-95).

En esta sentencia encontramos una opinión disidente común, formulada por los jueces Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann y Ziemele, en la que se cuestiona que la ponderación llevada a cabo por el legislador nacional haya sido equilibrada, por lo que habría superado el margen de apreciación estatal y vulnerado el artículo 8 del Convenio. Las razones que justifican dicha conclusión se basan en que el derecho de la mujer, que solo puede ser madre genética recurriendo a los embriones crioconservados, pesa más que el derecho del hombre que no quiere ser padre genético, pues este último tiene la posibilidad de ser padre biológico en el futuro, por otros medios.

Según esta opinión separada, el problema principal reside en la naturaleza absoluta de la regla que permite revocar el consentimiento. Dicha regla debería incorporar excepciones, por ejemplo, en el caso en que fuera la última oportunidad para la mujer de llegar a ser madre genética, mientras que el hombre sí pueda llegar a serlo. Añade que, en este supuesto, el hombre aseguró, a la que entonces era su esposa, que deseaba ser padre de un hijo suyo. Si no hubiera formulado dicha promesa, la mujer podría haberse planteado fecundar sus óvulos con espermatozoides de un donante. Por último, argumenta que, desde la fecha de la fecundación *in vitro*, quien era marido de la demandante en dicha fecha ya no era dueño de su espermatozoides porque un embrión es un producto

conjunto de un óvulo y un espermatozoide que una vez implantado en el útero da lugar a un nuevo ser, es decir, un embrión crioconservado es un individuo.

La opinión separada no comparte el tratamiento del problema ofrecido por la Gran Sala, pues lo considera simplista y excesivamente contractualista, no comparte que un asunto tan sensible sea despachado con un argumento basado en el reconocimiento de un amplio margen de apreciación al Estado, solución que elude entrar en el problema sustantivo (§§ 5-12).

En esta sentencia hemos visto que el TEDH se niega a ponderar el derecho de la demandante a ser madre genética con el derecho de su exmarido a no ser obligado a ser padre genético. El recurso que utiliza el Tribunal para eludir dicha ponderación consiste en reconocer un amplio margen de apreciación estatal en esta materia y en mostrar que la ponderación sí ha sido realizada de hecho por el Estado, en el trámite de debate parlamentario de la legislación enjuiciada, sin que haya sido excedido el margen de apreciación estatal²². Dentro de dicho margen es perfectamente admisible una regulación como la británica que exige un consentimiento constante, hasta el momento de la implantación de los embriones, es decir, una regulación que permite la revocación del consentimiento antes de la implantación del embrión²³. En este caso ambas partes firmaron un documento en el que quedaba clara la posibilidad de una futura revocación del mismo, por lo que la demandante no puede alegar desconocimiento de las reglas aplicables. El tratamiento que el Tribunal da al asunto parece razonable, dada la ausencia de consenso entre los Estados y las implicaciones morales del asunto.

Sin embargo, la opinión separada disidente, formulada por cuatro de los jueces del Tribunal, critica la sentencia porque no pondera el derecho a ser madre genética frente al derecho a no ser forzado a ser padre genético²⁴. La

²² Véase FARNÓS 2016: 96-97.

²³ Puede consultarse el comentario sobre el asunto *Evans c. Reino Unido* (2007) incluido en WILLEMS 2017: 13-14.

²⁴ Véase MOLERO 2016: 192-195, sobre el problema de la revocación del consentimiento después de la fecundación del embrión, pero antes de la implantación.

opinión separada considera que un examen meramente formal, como el que ha realizado el Tribunal, no es satisfactorio, pues ha sido alegado un derecho, el derecho a ser madre genética, lo suficientemente importante como para resolver el fondo del asunto con argumentos materiales. Añade que dicho examen sustantivo, que ha eludido el Tribunal, debería haber sido acometido otorgando un mayor peso al derecho a ser madre genética de la demandante, pues era su última oportunidad para ser madre genética, dada su enfermedad, mientras que su exmarido mantiene la capacidad de procrear, por lo que podría ser padre genético en el futuro. Esta desigualdad, entre la posición de la demandante y la de su exmarido, parece un buen argumento sustantivo que permitiría justificar el mayor peso del derecho a ser madre genética de la demandante frente al derecho a no ser obligado a ser padre genético, alegado por su exmarido²⁵. De lo contrario, según el punto de vista de la opinión disidente, estaríamos ante una aproximación meramente contractual y formal, que no sirve para proteger el derecho a ser madre genética incluido en el derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, convirtiendo dicho derecho en inefectivo.

El TEDH ha actuado con una gran prudencia en este asunto, prudencia que puede confundirse con renuncia a cumplir sus funciones de garantía de los derechos reconocidos en el Convenio. Sin embargo, dado lo controvertido del problema que le ha sido planteado, no parece una mala solución la que ha adoptado, al menos de momento, hasta que emerja un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa.

²⁵ Puede consultarse ALKORTA 2006: 52-53, donde comenta las críticas que han sido formuladas frente al derecho a no ser padre biológico a la fuerza, es decir, al derecho a revocar el consentimiento antes de la implantación de los embriones *in vitro*.

II.3. La donación de embriones para la investigación

En el asunto *Parrillo c. Italia*, nº 46470/11, sentencia de 27 de agosto de 2015, de la Gran Sala del TEDH, ha sido reclamado el derecho a donar embriones para la investigación científica, lo que implica la destrucción del embrión para obtener células troncales embrionarias. La reclamación de este derecho pone sobre la mesa la necesidad de definir el estatuto jurídico del embrión. Sin embargo, veremos que el TEDH ha renunciado, una vez más, a definir dicho estatuto, como hemos visto que viene haciendo en las sentencias ya comentadas, en las que ha concedido un amplio margen de apreciación a los Estados.

En el debate sobre el estatuto jurídico del embrión encontramos argumentos basados en la biología, la filosofía y el derecho. Veamos algunos de los argumentos favorables y contrarios a la investigación científica con embriones, se trata de señalar lo que está en juego en la cuestión planteada por la sentencia *Parrillo c. Italia* (2015), aunque adelantamos que el TEDH no se pronunciará ni a favor ni en contra de dichos argumentos, pues dejará la cuestión indefinida, en manos de los Estados, que pueden tanto permitir como prohibir la investigación con embriones, sin que ni una cosa ni la contraria implique una vulneración del Convenio.

II.3.1. Argumentos desde la embriología y la genética

Una parte importante de los manuales de embriología explican que cuando se une un gameto femenino con un gameto masculino, es decir, cuando

un óvulo es fecundado por un espermatozoide, se forma un nuevo individuo, un organismo humano nuevo, un nuevo ser, genéticamente diferente a sus progenitores. Parece que la embriología ofrece un primer argumento favorable a considerar el embrión como un individuo de la especie humana²⁶.

Sin embargo, basándose también en la embriología han sido presentados argumentos contrarios a que el embrión sea considerado un individuo; al menos, durante los primeros días que siguen a la fecundación del óvulo por un espermatozoide. Se trata del argumento que habla de la posibilidad de la gemelación, antes de que aparezca la línea primitiva en el embrión. Desde este argumento, se nos dice que, tras la fecundación, se desarrolla una fase de segmentación, en la que se produce la división celular del óvulo fecundado, que pasa de tener una a más de mil células. En esta fase de segmentación puede ocurrir que la división celular dé lugar a gemelos, genéticamente idénticos, es decir, en esta fase no estaría perfectamente definida la existencia de un individuo, pues es posible la gemelación. En torno al día decimocuarto se inicia una fase de gastrulación, en la que las células empiezan a organizarse y diferenciarse, como un primer paso en la formación de los futuros órganos y tejidos. Hacia el final de la tercera semana, de esta fase, aparece la línea primitiva, que definirá los ejes fundamentales de la anatomía del feto, el eje cráneo-espinal, el eje derecho-izquierdo y el eje dorso-ventral. En esta fase de gastrulación ya no es posible la gemelación, es decir, se entiende que ha quedado definida la existencia de un individuo. Pues bien, quienes defienden la investigación con embriones afirman que antes de la gastrulación, es decir, antes del día decimocuarto, no existe un individuo, pues solo encontramos un amasijo de células que se dividen, es cierto que de manera ordenada y coherente, siguiendo un plan, pues se trata de una blástula cuya división es expresión de la información contenida en su código genético, pero de tal manera que en la blástula todavía no encontramos: ni una organización o diferenciación de las células, previa a la formación de los órganos, ni una definición de los ejes de la

²⁶ GEORGE y TOLLEFSEN 2012: 56-57, donde los autores se refieren a los manuales de embriología de Larsen, de Carlson o de Ronan O'Rahilly y Fabiola Müller.

anatomía del embrión, es decir, no se ha formado todavía la línea primitiva, tampoco una clara diferenciación de las células. De lo anterior, los defensores de la investigación con embriones deducen que no existe un individuo, en dicha fase de segmentación, fase que se prolonga hasta el decimocuarto día, aproximadamente, dada la posibilidad de gemelación y la falta de organización y especialización celular. Por tanto, en dicha fase, que se prolonga hasta el día decimocuarto, sería lícito destinar el embrión a la investigación. Prefieren hablar de “preembrión”, en esta fase, para denotar las diferencias con las fases posteriores, en el desarrollo del embrión. De esta manera, quedaría justificada la obtención de células troncales embrionarias, lo que implica la destrucción del preembrión, al menos durante los primeros catorce días del desarrollo del embrión²⁷.

Sin embargo, quienes se oponen a la investigación con embriones han respondido al argumento anterior, basándose no tanto en la embriología como en la genética. Rechazan el término “preembrión” como inútil y engañoso, pues antes del embrión solo hay un óvulo y un espermatozoide. El término “preembrión” sería un neologismo que solo persigue hacernos creer que el embrión no es digno de protección en las primeras fases de su desarrollo. Según este argumento, la genética nos muestra que desde la concepción se ha formado un ADN, generado a partir de los gametos de la madre y del padre, que contiene toda la información necesaria y suficiente para expresar las características del nuevo ser. Se trata de una información transmitida por la madre y por el padre, contenida en el núcleo del óvulo y del espermatozoide, pero que ni siquiera es siempre la misma en los distintos gametos de una misma persona, por lo que el ADN del nuevo ser es, además de diferente del ADN de la madre y del padre, una combinación que da lugar a un nuevo código genético que no se va a volver a repetir, no se dará nunca más, es una novedad absoluta, dada la gran variabilidad del código genético. En realidad, la genética nos muestra que el proceso de reproducción es un fenómeno en el que no se reproduce la materia,

²⁷ Puede consultarse MARCOVITCH 2020: 22-25, donde describe las principales etapas en el desarrollo del embrión humano.

sino la información que dirá a la materia cómo organizarse. La materia no está viva. Lo que se reproduce y transmite es la información que anima la materia. No existe la materia viviente, sino la materia animada. La genética nos enseña a reconocer cómo la información contenida en el ADN fuerza a la materia a organizarse como un ser humano. No es cierto que la individuación se produzca después del día decimocuarto porque no es cierto que la blástula sea un simple amasijo de células, ya que existe una diferencia esencial entre una población de células de un cultivo de tejidos y una blástula que es un individuo que se construye a sí mismo, según sus propias reglas contenidas en su ADN. En realidad, ocurre que un óvulo fertilizado es la célula más especializada que existe, pues contiene toda la información necesaria para decidir qué segmentos de ADN deben expresarse y qué otros segmentos deben permanecer dormidos. El óvulo fecundado se divide en dos células y seguidamente en tres, no se divide por múltiplos de dos desde el principio, sino que pasa de dos células a tres y de tres a cuatro, y a partir de ahí se divide por múltiplos de dos, en ocho, dieciséis, etc. Dicho proceso de división, así como la información e interacción mutua entre las células que siguen el proceso de división y especialización es, en su mayor parte, todavía un misterio para los genetistas y embriólogos, pero nos indica que existe un individuo desde la fase inicial, porque el proceso de división depende de una interacción entre las células en el que se transmiten mutuamente información que sirve de guía en el proceso de división y diferenciación celular. Es cierto que es posible la gemelación en esta fase inicial, pero eso no significa que el embrión no constituya una unidad, desde al menos la división en tres células, momento en el que ya es capaz de organizar su propio desarrollo, si encuentra el medio adecuado, es decir, un útero de mujer capaz de gestar. Que de una de mis células sea posible generar un clon mediante la técnica de transferencia nuclear no significa que yo no sea un individuo. Quienes se oponen a la investigación con embriones deducen, de estos argumentos, que destruir un embrión, aunque se encuentre en las primeras fases de su desarrollo, significa

destruir un individuo de la especie humana, digno de respeto y que debe ser protegido²⁸.

II.3.2. Argumentos que justifican la investigación con embriones sobrantes, pero que prohíben la generación de embriones con fines de investigación

Los argumentos contrarios a la investigación con embriones, presentados en el apartado precedente, contruidos a partir de la embriología y de la genética, podrían servir como una justificación de la prohibición de la fecundación de óvulos *in vitro* con el fin de dedicarlos a la investigación. Se trata de una prohibición recogida en el artículo 18.2 del Convenio de Oviedo de 1997. Sin embargo, desde dichos argumentos no parece quedar resuelta la pregunta sobre si es correcto investigar con embriones generados con fines reproductivos, pero que finalmente no puedan ser implantados en el útero de una mujer, es decir, embriones que no han sido generados para destinarlos a la investigación, pues son embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida. Para responder esta pregunta, Michael Sandel desarrolla una serie de razonamientos que le sirven para mostrar que un embrión, en su fase de blastocito, no es merecedor del mismo respeto que un niño o una persona adulta, aunque sí sea merecedor de algún tipo de respeto y protección. Podríamos decir que presupone una concepción gradualista de la protección del embrión.

²⁸ Puede consultarse LEJEUNE 2000: 21-55, donde relata su declaración como experto en genética humana ante el Tribunal de Justicia de Maryville, en Tennessee, EE. UU., que incluye una encendida defensa de la dignidad humana a partir de argumentos tomados de la genética y la embriología.

En primer lugar, para mostrar que el respeto debido a un blastocito es inferior al debido a una persona, pero que sí merece algún tipo de protección, recurre a una metáfora que nos habla de la diferencia entre una bellota y un roble. Es cierto, nos dice, que una bellota es un roble en potencia, pero también que un roble es algo más que una bellota, pues posee unas notas características que lo hacen más digno de protección que una bellota. De manera que nuestra intuición moral nos muestra, según Sandel, que no experimentamos el mismo sentimiento de pérdida ante una bellota comida por una ardilla que ante un roble centenario talado arbitrariamente. Este ejemplo sirve, según Sandel, para hacernos conscientes de lo presupuesto en nuestra intuición moral, es decir, que no merece la misma protección una bellota que un roble, un embrión en su fase de blastocito que un feto o un niño, aunque algún tipo de protección sí merecerá una bellota o un blastocito, pues al menos son un roble o un hombre en potencia. Por tanto, destinar un blastocito a la investigación podría defenderse, cuando se trate de una investigación que pudiera permitir en un futuro curar enfermedades; al menos, cuando nos refiramos a un embrión que no pueda ser implantado en el útero de una mujer. En segundo lugar, Michael Sandel nos recuerda un dilema moral que suele plantear cuando discute este asunto. Pregunta qué haríamos si tuviéramos que elegir entre salvar a veinte embriones, contenidos en una bandeja, o a una niña de cinco años. Parece claro que propiamente no es un dilema moral, nos dice Sandel, pues nadie, en su sano juicio, propondrá salvar la bandeja con veinte embriones en lugar de una niña de cinco años. Es decir, nuestras intuiciones morales muestran nuevamente que no tienen el mismo valor un embrión y un niño. Sin embargo, ni con este ejemplo ni con el anterior ha conseguido Sandel mostrarnos, de una manera satisfactoria, las razones que justifican la conclusión que propone: que debería permitirse investigar con embriones humanos, en su fase de blastocito, para obtener células madre embrionarias y prohibirse la fecundación de embriones con fines de investigación, es decir, que solo está justificado investigar con embriones que hayan sido generados con fines de reproducción, pero que finalmente no pueden ser implantados, embriones sobrantes, de las técnicas de reproducción asistida, por diversos motivos. Pero las razones que justifican esa conclusión a la que

llega Michael Sandel, que han sido mostradas mediante ejemplos, parece que no son razones concluyentes, precisamente porque solo son ejemplos²⁹.

II.3.3. Argumentos desde las técnicas de reproducción asistida

El problema que debemos investigar es si nos parece aceptable convertir a los embriones congelados, sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, en una fuente de células troncales. Es decir, si nos parece correcto destinarlos a la investigación, lo que implica su destrucción. Para situar esta pregunta recurriremos a lo que nos dice la práctica y la experiencia de quienes aplican las técnicas de reproducción asistida, aquellos que saben manipular embriones.

Los técnicos de la reproducción asistida nos dicen que el desarrollo del embrión en laboratorio, fuera del útero de una mujer, no puede ir más allá de la fase final del blastocito, en el estado actual de la tecnología, de ahí la necesidad de su crioconservación a bajísimas temperaturas, menos de ciento cincuenta grados bajo cero, o su vitrificación, a menos de ciento ochenta grados bajo cero, con la moderna técnica de vitrificación que utiliza nitrógeno líquido. La congelación de los embriones humanos detiene su desarrollo, pero no su deterioro, no pueden permanecer indefinidamente congelados, ya que, pasado determinado número de años, el porcentaje de embriones muertos o inviables aumenta progresivamente, por lo que lo más recomendable es descongelarlos durante los primeros cinco años, sin superar los diez años de congelación. Ese deterioro será menor, y más lento, dependiendo de la técnica que se utilice, es mucho menor y más lento si utilizamos la vitrificación, pero se producirá

²⁹ Véase SANDEL 2015: 169-187.

inexorablemente, con el transcurso del tiempo, independientemente de la tecnología utilizada.

Los diferentes destinos que podemos dar a los embriones crioconservados son: mantenerlos congelados indefinidamente, descongelarlos dejando que mueran, implantarlos en el útero de una mujer y utilizarlos para la investigación. Veamos las distintas opciones.

Mantener un embrión congelado indefinidamente equivale a condenarlo a muerte, pues sabemos que la congelación no detiene por completo el proceso de deterioro del embrión. Por tanto, debería establecerse un plazo máximo para la descongelación de los embriones, los técnicos recomiendan cinco años preferiblemente, diez años como máximo. Por tanto, en algún momento debemos descongelar el embrión, pues mantenerlo indefinidamente congelado carece de sentido, ya que equivale a condenarlo a un deterioro irreversible.

Pero descongelar un embrión es una técnica sofisticada que si no se realiza correctamente supone la muerte del embrión. Por lo que, si no es posible implantar en el útero de una mujer el embrión que deba ser descongelado por el transcurso máximo del tiempo que hayamos establecido, parece lo más razonable dejar morir al embrión descongelándolo, sin aplicar las técnicas que permitirían reanimarlo. Dejar morir un embrión por descongelación, sin aplicar técnica alguna de reanimación que reinicie su división celular, no es lo mismo que destruir un embrión vivo cuya división celular no se ha detenido.

En este punto, en relación con el problema de la descongelación del embrión, debemos establecer los criterios que permiten determinar cuándo un embrión está vivo o muerto, y cuándo es viable. Es una pregunta que nos resulta familiar, si la comparamos con la definición de muerte cerebral, que permitió el desarrollo de los trasplantes de órganos. El criterio para saber si un embrión está vivo o muerto consiste en observar si el proceso de división celular se ha detenido o sigue sus distintas fases. Cuando descongelamos un embrión, aunque utilicemos las técnicas adecuadas para su reanimación, ocurre que no todos los embriones recuperan su capacidad de división celular, en dichos casos, decimos que el embrión está muerto, pues no es capaz de continuar con su desarrollo, con la división celular. A lo anterior, debemos añadir que los

embriones que reinician, tras la descongelación, el proceso de división celular no son todos viables. Son inviables aquellos embriones que, si fueran implantados en el útero de una mujer, darían como resultado un aborto espontáneo o un embrión enfermo. La experiencia, con las técnicas de reproducción asistida, ha proporcionado una serie de criterios morfológicos que permiten determinar qué embriones son inviables. Se trata de criterios morfológicos, conocidos por los técnicos; a modo de ejemplo, un citoplasma oscurecido, un ritmo de fragmentación anormal o espacios vacíos en el blastocito, entre otros. Podríamos decir que la falta de división celular y los criterios morfológicos comentados, que indican la inviabilidad del embrión, servirían como definición de la muerte del embrión, de una manera análoga a lo que supuso la definición de muerte cerebral, que sirvió para facilitar la técnica de los trasplantes. En el caso de los embriones crioconservados, esta propuesta de definición de muerte del embrión permitiría justificar que fueran destinados a la investigación. En cualquier caso, independientemente de la definición de muerte del embrión que adoptemos, parece razonable que los embriones muertos o inviables puedan ser destinados a la investigación, siempre contando con el consentimiento informado de sus progenitores, pues podrían servir para obtener células troncales para la investigación, de manera análoga a lo que hacemos cuando el electroencefalograma que certifica la muerte cerebral permite extraer los órganos de una persona que todavía respira y mantiene el resto de constantes vitales, siempre que exista un consentimiento previo o un consentimiento familiar, pues lo declaramos cerebralmente muerto. Por tanto, parece razonable destinar los embriones muertos o inviables a la investigación, siempre con el consentimiento informado de sus progenitores³⁰.

En cuanto a la implantación en el útero de una mujer, del embrión que ha sido descongelado adecuadamente, ha reiniciado el proceso de división celular

³⁰ Puede consultarse LÓPEZ BARAHONA 2003: 148-156, donde describe los criterios que siguen los expertos a la hora de determinar la viabilidad de un embrión crioconservado y defiende la adopción prenatal como una alternativa a la destrucción de los embriones viables.

y que es viable, solo cabe decir que es el destino idóneo para el embrión, el destino que debe prevalecer frente al resto de destinos que puedan plantearse.

Hemos mostrado, con los argumentos precedentes, que es posible satisfacer la demanda de embriones para la investigación, pues una gran parte de embriones, generados mediante las técnicas de reproducción asistida, muere o deviene inviable, en el proceso de congelación y descongelación, aunque empleemos en él las técnicas más sofisticadas, ya que parece razonable que puedan ser destinados a la investigación, los embriones muertos o inviables.

Por tanto, parece que el problema moral real se refiere a los embriones que sobreviven al proceso de descongelación y que serían viables, si empleásemos las técnicas adecuadas en su descongelación, para los que no disponemos de un útero de mujer, donde ser implantados, por lo que solo nos queda dejarlos morir. Para reducir este problema lo más razonable sería limitar el número de embriones que se permite generar y congelar, para cada pareja que recurre a las técnicas de reproducción asistida. También debería fomentarse la adopción prenatal de embriones para que puedan ser implantados en las mujeres que necesitan, para ser madres, un embrión donado.

Dado el estado en el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, las conclusiones anteriores parecen la manera más razonable de abordar el problema de la investigación con embriones. Al menos sirvan los argumentos presentados para entender el contexto en el que se desarrolla el problema bioético que ha sido planteado ante TEDH.

Pero veamos cómo resuelve el TEDH la demanda de la Sra. Parrillo, en la que solicita el reconocimiento del derecho a donar sus embriones para la investigación científica.

II.3.4. El derecho a donar embriones para la investigación: el asunto *Parrillo c. Italia*

En el asunto *Parrillo c. Italia*, nº 46470/11, sentencia de 27 de agosto de 2015, de la Gran Sala del TEDH, la demandante es la Sra. Adelina quien alega la vulneración del artículo 8 del Convenio y del artículo 1 del Protocolo adicional nº 1 al Convenio, derivada de la prohibición contenida en el artículo 13 de la ley italiana nº 40, de 19 de febrero de 2004.

En el año 2002 la demandante recurrió, junto a su compañero, a las técnicas de reproducción asistida, que permitieron la fecundación *in vitro* de cinco embriones que fueron crioconservados, para su futura implantación. Desgraciadamente, su compañero falleció en el año 2003, en Irak, donde trabajaba como periodista, a causa de un atentado. La demandante abandonó la idea de iniciar un embarazo mediante la implantación de los embriones. El 14 de diciembre de 2011, la demandante solicitó al director del centro en el que se custodiaban los embriones crioconservados que éstos fueran donados para la investigación científica. Sin embargo, el director se negó, porque, en el derecho italiano, el artículo 13 de la ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, prohíbe la donación de embriones para la investigación (§§ 11-17).

El Gobierno italiano plantea como excepciones procesales, a la admisión de la demanda, que la demandante no había agotado los recursos internos, en contra del principio de subsidiariedad y del artículo 35 de Convenio, añade que presentó la demanda de forma extemporánea, después del plazo de seis meses desde que se produjo la pretendida vulneración de su derecho, asimismo que la demandante no ostenta la condición de víctima, pues no ha solicitado, ante las autoridades nacionales, que sea aceptada la donación de los embriones para la investigación.

El TEDH desestima dichas excepciones procesales y admite la demanda. Desestima la excepción basada en la ausencia de recurso ante la jurisdicción interna porque el Gobierno italiano no ha probado la existencia de una vía de

recurso real y efectiva, exigida en la doctrina elaborada por el Tribunal. En cuanto al plazo de seis meses, para la presentación de la demanda, desde que se produjo la injerencia en el derecho de la demandante, el Tribunal entiende que la injerencia en el derecho alegado no ha decaído, sigue produciéndose, por lo que no se ha iniciado el cómputo de dicho plazo. Finalmente, en relación con la ausencia de la condición de víctima, concluye que, en este asunto, la prohibición contenida en la ley italiana supone una injerencia constante y directa en el derecho a la vida privada de la demandante por lo que debe serle reconocida la condición de víctima (§§ 78-117).

El Gobierno italiano cuestiona asimismo la admisibilidad de la demanda porque entiende que el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio no es aplicable en este asunto, por lo que el Tribunal carece de competencia objetiva. Argumenta que el deseo de la demandante, donar los embriones a la investigación, no queda incluido bajo el derecho a la vida privada, pues aplicar el artículo 8 exigiría que la demandante pretendiese destinar los embriones a la reproducción asistida y en dicho caso se trataría del derecho a la vida familiar, el otro aspecto contenido en el derecho incluido en el artículo 8 del Convenio, pero en ningún caso se trataría del derecho a la vida privada (§ 150).

El TEDH entiende que sí es aplicable el derecho a la vida privada, por lo que la demanda es admisible. Lo justifica mediante las siguientes razones. El derecho a la vida privada incluye el derecho a que sea respetada la decisión de ser padre o de no serlo (remite a *Evans c. Reino Unido*, § 71 de la sentencia de 2007). Añade que existe un vínculo entre la persona que ha recurrido a la fecundación *in vitro* y los embriones concebidos, porque dichos embriones forman parte del patrimonio genético de dicha persona y representan una parte constitutiva de la misma, así como de su identidad biológica. De donde concluye el Tribunal que la posibilidad para la demandante de elegir de manera consciente y reflexiva el destino de los embriones alcanza un aspecto íntimo de su vida personal y pertenece a su derecho a la autonomía. Por tanto, el derecho a la vida privada es aplicable en este supuesto (§§ 158-159).

El Tribunal examina, seguidamente, la necesidad y la proporcionalidad de la injerencia en el derecho a la vida privada, sufrida por la demandante. Se trata

de una injerencia prevista por la ley, pues ha sido establecida en el artículo 13 de la ley italiana nº 40/2004. Asimismo, existe un fin legítimo que justifica la medida, pues la prohibición de donar embriones para la investigación persigue proteger la vida potencial de la que es portador el embrión, finalidad que puede entenderse incluida en la protección de la moral y de los derechos y libertades de los demás, fines a los que se refiere el apartado segundo del artículo 8 del Convenio. A pesar de que el Tribunal añada, de manera incoherente, que su afirmación anterior no implica juicio alguno, por su parte, sobre si la expresión «los derechos y libertades de los demás», incluida en el apartado segundo del artículo 8, pueda entenderse referida al embrión humano (§§ 161-167).

El Tribunal subraya que en este asunto la demandante no pretende llevar adelante un proyecto parental, sino destinar los embriones a la investigación. Se trata, según el Tribunal, de un derecho que no carece de importancia, pero que no pertenece al núcleo duro del derecho a la vida privada, pues no se trata de un aspecto especialmente importante de la existencia e identidad de la interesada, como sí lo sería el derecho a procrear. Por tanto, concluye que debe ser reconocido un amplio margen de apreciación a los Estados en esta materia (§ 174).

El TEDH añade las siguientes razones que justifican el reconocimiento de un margen de apreciación estatal tan amplio. La donación de embriones para la investigación plantea delicados interrogantes morales y éticos. No existe un consenso europeo sobre la materia. El artículo 27 del Convenio de Oviedo permite que los Estados firmantes puedan establecer una protección del embrión mayor de la recogida en el artículo 18 de dicho tratado. Dichas razones justifican el reconocimiento de un amplio margen de apreciación a Italia, pero que no es ilimitado, por lo que el Tribunal debe examinar si la injerencia enjuiciada es el resultado de un justo equilibrio, entre los derechos privados y los intereses públicos que entran en conflicto. El Tribunal debe examinar la alegación de la demandante, sobre la falta de proporcionalidad de la medida, basada en que la legislación italiana es incoherente (§§ 176-183).

La incoherencia alegada consiste en que el derecho italiano prohíbe la donación de embriones para la investigación científica basándose en que debe

proteger al embrión, pero permite el aborto terapéutico, hasta el tercer mes de embarazo, así como la investigación con líneas celulares embrionarias, obtenidas de embriones que han sido destruidos en el extranjero y posteriormente importados por Italia para destinarlos a la investigación.

El Tribunal responde, a la primera incoherencia alegada, afirmando que no es su función examinar en abstracto la coherencia del derecho italiano, aunque sí puede examinarla en la medida en que se produzca dicha incoherencia en este supuesto concreto, pero que no es el caso, pues no existe una incoherencia material entre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo y la prohibición de la investigación con embriones, pues se trataría de una incoherencia meramente formal.

En cuanto a la segunda incoherencia, el TEDH comparte la justificación ofrecida por el Gobierno italiano y razona que las líneas celulares embrionarias utilizadas en los laboratorios italianos, para la investigación, no se producen en el extranjero a demanda de las autoridades italianas y que la destrucción voluntaria y activa de un embrión no es asimilable a la utilización de líneas celulares obtenidas de embriones humanos destruidos en el extranjero. Por tanto, no existe la contradicción alegada por la demandante.

A partir de los anteriores argumentos el TEDH concluye que Italia no ha sobrepasado el margen de apreciación que debe serle reconocido en esta materia por lo que no ha vulnerado el artículo 8 del Convenio.

Finalmente, el TEDH examina la posible violación del artículo 1 del Protocolo nº 1, adicional al Convenio. El Gobierno italiano subraya que en derecho italiano el embrión es considerado un sujeto de derecho cuya dignidad debe ser respetada. La demandante alega que el embrión no implantado no es un individuo, pues no es capaz de desarrollarse por sí mismo, al estar necesitado de un útero para ello, por lo que jurídicamente debe ser calificado como un bien, de cuya propiedad debería poder disponer, derecho de propiedad protegido por el artículo 1 del Protocolo nº 1, adicional al Convenio.

El Tribunal recuerda que la noción de «bien», incluida en dicho artículo 1 del Protocolo alegado, es una noción autónoma, es decir, independiente de la

definición que podamos encontrar en el derecho interno de los Estados, pues se trata de un concepto jurídico cuya definición depende de la interpretación del Tribunal. Y concluye que los embriones humanos no pueden ser reducidos a bienes, no son bienes, por lo que esta queja debe ser inadmitida por falta de competencia objetiva (§§ 189-215).

En esta sentencia encontramos opiniones separadas de interés, tanto concordantes como disidentes, que merecen ser comentadas.

Una de las opiniones separadas es la del juez Pinto de Albuquerque, opinión concordante con la sentencia, pero que no comparte los argumentos en los que la Gran Sala fundamenta su fallo.

El juez Pinto de Albuquerque critica el argumento, incluido en la sentencia, que afirma que la medida enjuiciada puede entenderse justificada mediante la finalidad que consiste en proteger los derechos y libertades de los demás, incluida en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio, al mismo tiempo que niega que lo anterior implique reconocimiento alguno del embrión como titular de derechos o libertades. Critica dicha contradicción, en la que incurre el Tribunal, que solo puede entenderse, nos dice Pinto de Albuquerque, como un acuerdo inconsistente entre posturas irreconciliables de los miembros del Tribunal, que llegaron a dicha fórmula incoherente mediante un compromiso.

Otro argumento, igualmente inaceptable, es el que afirma que el embrión forma parte de la identidad biológica de la demandante, porque contiene su patrimonio genético, lo que sirve al Tribunal para justificar la aplicación del derecho a la vida privada. Se trata de un argumento inadmisibles, desde un punto de vista científico, pues la biología nos enseña que el código genético del embrión fecundado *in vitro* es diferente al de la mujer y el hombre que han aportado los gametos. Añade Pinto de Albuquerque la necesidad de respetar la dignidad humana del embrión, como obliga la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, pues todo ser humano es una combinación única de información genética transmitida por sus progenitores (§§ 31-33).

Entre el resto de las opiniones separadas encontramos una opinión, en parte disidente, de los jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano y Yudkivska.

Esta segunda opinión, parcialmente disidente, critica también la afirmación del Tribunal incluida en el § 158 de la sentencia, en la que afirma que el embrión incluye el patrimonio genético de la demandante, por lo que debe ser considerado como una parte constitutiva de la identidad biológica de la demandante. La anterior afirmación es completamente desacertada, según esta opinión separada, pues el embrión hereda un patrimonio genético de sus progenitores, pero es una entidad separada y diferente de sus padres genéticos desde los primeros estadios de su desarrollo. Si no fuera así, no se entendería la existencia de convenciones y protocolos internacionales que lo protegen, en mayor o menor medida, y que solo pueden comprenderse si entendemos que el embrión humano no es una cosa (§ 6).

Finalmente debemos referirnos a la opinión disidente del juez Sajó. Se trata de una opinión separada que critica no solo la argumentación o las afirmaciones del Tribunal, como las que hemos comentado anteriormente, sino también el fallo de la sentencia, pues entiende que la injerencia enjuiciada sí supone una violación del Convenio.

El juez Sajó entiende que, en este asunto, se plantea el derecho a la libertad o a la autonomía de la demandante, no de un pretendido derecho del embrión. Subraya que las opciones entre las que tuvo que decidir la demandante encontramos: la de utilizar los embriones para que le fueran implantados, la de donar los embriones para que fueran implantados a otra mujer y la de dejar los embriones congelados indefinidamente, lo que implica finalmente su deterioro y su inviabilidad para ser implantados. La demandante no quiere ser madre ni donar los embriones a otra mujer, por lo que decide destinar los embriones a la investigación científica, se trata de una decisión profundamente personal y moral, pues pretende que unos embriones, que no van a ser implantados en ninguna mujer, al menos, sirvan para la investigación y potencialmente para salvar vidas en un futuro. En las circunstancias del caso, la prohibición de la

donación de embriones para la investigación se muestra como una prohibición irracional (§§ 1 y 14-19).

Si acudimos a la bibliografía sobre la sentencia *Parrillo c. Italia* (2015) veremos que ha sido una sentencia muy comentada por la doctrina, desde la que se nos informa sobre la posibilidad de que la discusión sobre la investigación con embriones podría disminuir, si se confirma la posibilidad de obtener células troncales a partir de los embriones sin la necesidad de destruirlos, conforme a lo publicado en octubre de 2005 en la revista *Nature* por el doctor Robert Lanza, pero hasta que dicho pronóstico no se convierta en una realidad, sigue abierto el debate sobre el estatuto jurídico del embrión en relación con su posible destino para la investigación científica³¹.

Ni en el Convenio ni en sus protocolos adicionales encontramos referencia alguna a la investigación con embriones ni a la naturaleza del embrión. Sin embargo, el TEDH ha entendido que el derecho a donar los embriones para la investigación forma parte del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio. Por otra parte, sí disponemos de una norma aplicable a la investigación con embriones, incluida en el artículo 18 del Convenio de Oviedo, que dispone que cuando la legislación nacional permita la investigación con embriones fecundados *in vitro*, deberá, en cualquier caso, asegurar una protección adecuada al embrión, mientras que en el apartado segundo de dicho artículo se prohíbe la generación de embriones con fines de investigación. Debemos añadir que su artículo 27 establece que la protección ofrecida por el Convenio de Oviedo es solo un mínimo que puede ser ampliado por los Estados, que pueden elevar la protección del embrión. Con dichos artículos, el Convenio de Oviedo nos está diciendo que los Estados pueden permitir la investigación con embriones *in vitro*, pero también prohibirla, es decir, está reconociendo un amplio margen de apreciación en esta materia. Añade, en caso de que el Estado permita la investigación con embriones, el deber estatal de protección mínima del embrión, protección que incluye necesariamente la prohibición de generar

³¹ Véase LANZAROTE 2006: 154, donde comenta que una parte de la investigación con embriones humanos sería prescindible si se confirma la posibilidad de obtener células pluripotentes a partir de las células de un individuo adulto.

embriones con fines de investigación. Lo que se sigue de estas normas, contenidas en el Convenio de Oviedo, es que solo es posible investigar con embriones fecundados que hayan sido generados con fines reproductivos, pero que finalmente no puedan ser destinados a dicha finalidad, es decir, embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida; en dicho supuesto, los Estados pueden permitir que sean destinados a la investigación, pero también prohibirlo. Esta regulación, que se desprende del artículo 18 del Convenio de Oviedo, es, por tanto, compatible con las conclusiones a las que llegó el Informe Warnock, en el que se acuñó el término “preembrión”³². En este informe se adopta una visión gradualista, sobre la protección que merece el embrión, es decir, la protección del embrión aumenta progresivamente, a medida que el embrión avanza en su desarrollo. De esta manera, la distinción entre embrión y preembrión permitiría justificar la investigación con embriones, durante los primeros catorce días de desarrollo del embrión, fase en la que se habla de preembrión³³. La regulación contenida en el artículo 18 del Convenio de Oviedo permite la investigación con preembriones, pero también permite a los Estados prohibir la investigación con preembriones, conforme a su artículo 27, que establece la posibilidad para los Estados de aumentar el grado de protección. Por tanto, vemos que el estatuto del embrión permanece incierto, mal definido, aunque no esté completamente indefinido, pues parece que la tendencia es a considerar que no es una persona, pero tampoco una cosa, por lo que posee un estatus intermedio que exige cierto grado de protección³⁴.

Sin embargo, el TEDH una vez más ha renunciado a definir de manera clara el estatuto del embrión, en un asunto, *Parrillo c. Italia* (2015), en el que la cuestión central, que debía servir de fundamento a su decisión, consistía precisamente en la delimitación de dicho estatuto. El Tribunal se limita a

³² *Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology* del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Reino Unido de 18 de julio de 1984.

³³ Véase OCHOA 2017: 86-88, donde a partir del comentario del asunto *Parrillo c. Italia* (2015) explica la concepción gradualista sobre el desarrollo del embrión que inspiraría el Informe Warnock.

³⁴ Puede consultarse LE MAIGAT 2016: 1-3ss, donde analiza el estatuto problemático del embrión que estaría situado “entre lo sagrado y lo profano”.

reconocer un amplio margen de apreciación de los Estados en la materia y afirmar seguidamente que Italia no ha sobrepasado dicho margen de apreciación. Pero no aclara, en ningún momento, qué protección merece el embrión, frente a uno de sus posibles destinos, el de su destrucción para obtener células troncales con las que investigar. El resultado es una sentencia incoherente, pues afirma que el embrión no es una cosa por lo que merece cierto grado de protección y al mismo tiempo afirma que pertenece al patrimonio genético de los progenitores, por lo que el derecho de la demandante a disponer del embrión formaría parte de su derecho a la vida privada. Esta inconsistencia es el resultado de la opción del Tribunal por mantenerse neutral, pues no define con claridad los límites entre un pretendido derecho a disponer de los embriones y la protección del embrión³⁵. Este resultado no logra contentar a nadie, no contenta a los defensores de la experimentación con embriones, que ven en el preembrión un grupo de células que no constituye todavía un individuo y en el que no observan ni diferenciación ni organización suficientes; tampoco a los que se oponen a cualquier tipo de investigación con embriones porque consideran que el embrión tiene una dignidad que debe ser protegida, como individuo que es, pues la información genética contenida en el embrión es suficiente para que se desarrolle un individuo de forma completa, es decir, posee individualidad, ya que no es un simple amasijo de células, sino un organismo cuyas células inician un proceso de diferenciación y organización, desde los primeros momentos de su desarrollo y que, si se le deja subsistir en un medio adecuado, se desarrollará hasta devenir adulto. El Tribunal ni siquiera contenta a quienes, desde una posición intermedia, entienden que debe permitirse la investigación, pero estableciendo al mismo tiempo garantías, por ejemplo, reduciendo el número de embriones supernumerarios, mediante el establecimiento de límites en el número de embriones fecundados *in vitro* que se permite generar a una pareja, fomentando la donación prenatal de embriones y prohibiendo la generación de

³⁵ Puede consultarse POLI 2015: 512-513, donde describe la voluntad del TEDH por mantener una postura neutral sobre el problema de la investigación con embriones.

embriones con el fin exclusivo de la investigación³⁶. Se trata de una sentencia que no contenta a nadie porque en el propio seno del Tribunal coexisten posturas irreconciliables que impiden definir una postura clara. Situación que no debe extrañarnos, pues encontramos en el Tribunal un reflejo de lo que ocurre en el ámbito académico y en la sociedad, por lo que una adecuada definición del estatuto jurídico del embrión resta como una tarea pendiente para el TEDH³⁷.

Recapitulación

En este capítulo hemos examinado aquellos asuntos que podrían haber servido al TEDH para definir el estatuto jurídico del embrión *in vitro*, labor que no ha realizado, por lo que el estatuto jurídico del embrión *in vitro* permanece indefinido en su jurisprudencia, ya que el Tribunal aplica la doctrina del margen de apreciación estatal de manera recurrente en esta materia.

Han sido planteados tres tipos de conflicto. El primero entre el derecho a servirse de las técnicas de reproducción asistida y la soberanía estatal en su regulación. El segundo entre el derecho a ser madre genética mediante la implantación de un embrión generado *in vitro* y el derecho del progenitor a no ser obligado a ser padre biológico a la fuerza, en el que la protección del embrión también debería ser tomada en cuenta, en alguna medida. El tercero entre el derecho a destinar los embriones generados *in vitro* a la investigación y la soberanía estatal en la regulación de esta materia, en el que la protección del embrión también debería ser tomada en cuenta, en alguna medida.

³⁶ Véase CRISTIANO 2018: 1-16, donde examina el problema sobre el destino de los embriones supernumerarios.

³⁷ Puede consultarse: CASADO 2021: 9-23, donde María Casado, junto al resto de los autores de esta obra colectiva, plantea la necesidad de reformar el Convenio de Oviedo, tras más de veinte años desde su entrada en vigor. Esta obra incluye toda una serie de propuestas para su reforma.

En el primer conflicto, entre el derecho a servirse de las técnicas de reproducción asistida y la soberanía estatal, el Tribunal reconoce que el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida está incluido en el derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, pero añade que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en la regulación de esta materia. Esta solución del Tribunal deja el conflicto mal resuelto y el derecho indefinido, pues se limita a examinar en cada asunto planteado si la injerencia en el derecho, que la medida o la regulación estatal supone, aparece como justificada por alguno de los fines legítimos, incluidos en el apartado segundo del artículo 8, tras un juicio de proporcionalidad de la medida o de la regulación estatal enjuiciada. Siguiendo este proceder el Tribunal ha estimado la vulneración del derecho a la vida privada cuando la regulación estatal prohíbe con carácter general, a los presos, el recurso a la inseminación artificial. Asimismo, la ha estimado cuando la regulación estatal prohíbe el recurso a la técnica de diagnóstico genético preimplantacional, que sirve para seleccionar aquellos embriones que no sufren una enfermedad genética, pero en este último caso el Tribunal concluye que el Convenio ha sido vulnerado a causa de la incoherencia de la regulación estatal que prohíbe el diagnóstico genético preimplantacional al mismo tiempo que permite el aborto terapéutico. Finalmente, el Tribunal ha desestimado la violación del derecho a la vida privada por la regulación estatal que prohíbe las técnicas de reproducción asistida heterólogas, pues el margen reconocido a los Estados en esta materia es muy amplio. En este primer conflicto, la aproximación casuística que sigue el TEDH, en el examen del problema del reconocimiento de un derecho a servirse de las técnicas de reproducción asistida, basada en el reconocimiento de un amplio margen de apreciación estatal en la regulación de la materia, implica que el Tribunal ha renunciado a exigir una garantía mínima del derecho que dice reconocer como incluido en el derecho a la vida privada.

En el segundo conflicto, entre los progenitores que no se ponen de acuerdo sobre el destino del embrión *in vitro*, el Tribunal adopta un punto de vista formal y contractualista, pues se limita a reconocer un amplio margen de apreciación estatal en la regulación del consentimiento de los progenitores, por lo que el consentimiento puede ser regulado como revocable o irrevocable, y en ambos casos se trataría de una regulación compatible con el Convenio. El

consentimiento prestado por los progenitores es concebido por el Tribunal como un consentimiento contractual, al que debe serle aplicada la regulación estatal, en la que encontraremos la solución sobre si debe entenderse como revocable o más bien como irrevocable. El Tribunal no tiene en cuenta otras consideraciones, como podría ser la imposibilidad para la mujer de llegar a ser madre genética por otros medios o la protección del embrión. Nuevamente, nos encontramos con la renuncia del Tribunal a establecer obligaciones a los Estados en esta materia.

En el tercer conflicto, sobre el derecho a destinar los embriones *in vitro* a la investigación científica, el Tribunal reconoce que se trata de un derecho incluido en el derecho a la vida privada, a lo que añade que reconoce un amplio margen de apreciación estatal en la materia, mientras que en relación con la protección del embrión afirma que éste no es titular del derecho a la vida, aunque tampoco consista en un bien patrimonial, pero sin concretar un estatuto mínimo para la protección del embrión. Nuevamente encontramos una aproximación casuística al problema que consistirá en examinar si, en el supuesto concreto planteado, el juicio de proporcionalidad, sobre la medida o la regulación estatal enjuiciada, arroja una vulneración del Convenio.

De la solución ofrecida por el Tribunal, en los tres tipos de conflicto que le han sido planteados, podemos concluir que ha renunciado tanto a definir un estatuto jurídico para el embrión *in vitro*, como a exigir una regulación mínima del derecho a servirse de las técnicas de reproducción asistida, del consentimiento prestado por los progenitores de un embrión *in vitro* para su implantación y del derecho a destinar un embrión *in vitro* a la investigación. Renuncia a proteger dichos derechos, que dice reconocer, pues no los garantiza mínimamente, ya que no ofrece una doctrina, ni siquiera mínima, que se imponga sobre el margen de apreciación estatal.

CAPÍTULO III:

LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Introducción

El desarrollo de un mercado para la gestación subrogada, en aquellos países que admiten su validez jurídica, ha permitido que lleguen al TEDH asuntos promovidos por particulares que han alegado la violación de sus derechos por parte de aquellos Estados que prohíben o consideran nulos los acuerdos de gestación subrogada. Se trata de particulares que han suscrito un contrato de gestación subrogada en un Estado que la permite y que después pretenden el reconocimiento de sus efectos jurídicos ante Estados cuyo ordenamiento, en principio, no concede validez a la subrogación.

Esta situación ha permitido plantear ante el Tribunal dos tipos de conflicto. Un primer conflicto entre el derecho a la vida privada del menor, que incluye el de ver reconocida su filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada y la soberanía estatal a la hora de aceptar o denegar su reconocimiento. Y un segundo conflicto entre el derecho a que sea respetada la vida familiar, derivada de una gestación subrogada, y la soberanía estatal a la hora de reconocer la existencia de vida familiar.

Un hipotético derecho a la gestación subrogada no ha sido planteado, como tal, ante el Tribunal, pero sí ha sido reclamado ante él que los efectos de un acuerdo de este tipo, válidamente celebrado en el extranjero, sean reconocidos por aquellos Estados miembros del Consejo de Europa que los prohíben o los declaran nulos, negándoles la producción de efectos jurídicos. Lo que ha sido planteado ante el Tribunal puede ser examinado como un problema de derecho internacional privado, generado por la divergencia en la regulación de la gestación subrogada en los distintos Estados, unida a la aptitud de dichos acuerdos para producir efectos jurídicos en terceros países.

El Tribunal tendrá que decidir en qué casos y bajo qué condiciones obliga a los Estados a reconocer la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada, con lo que estará definiendo los límites entre el derecho a la vida privada y el margen de apreciación estatal en esta materia.

Asimismo, el Tribunal tendrá que aclarar los requisitos para apreciar la existencia de vida familiar con origen en una gestación subrogada, condición necesaria para examinar la proporcionalidad de la injerencia en el derecho a que la vida familiar sea respetada, frente a la soberanía estatal que reclama un margen de apreciación que incluya la negativa a reconocer la existencia de vida familiar en aquellos casos en los que el orden público estatal se haya visto vulnerado.

Finalmente, el Tribunal intentará alcanzar un difícil equilibrio entre la protección del interés superior del menor interpretado en concreto, reclamada por los particulares, y la protección de la soberanía estatal que interpreta el interés superior del menor en abstracto, como protección de la infancia en general, reclamada por los Estados que prohíben o declaran nula la gestación subrogada.

III.1. La gestación subrogada y el derecho a la vida privada y familiar

III.1.1. La gestación subrogada como materia de la que conoce el TEDH

En los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos no encontramos referencia alguna a la gestación subrogada que permita justificar la celebración de un acuerdo de gestación subrogada, pero tampoco una prohibición explícita de la misma.

Sin embargo, el artículo 1 del Protocolo facultativo al Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 25 de mayo del 2000, sí contiene una prohibición de la venta de niños que es entendida, conforme al artículo 2, como todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra, a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución¹. Esta definición de la venta de niños ha sido alegada, por quienes se oponen a la gestación subrogada, para sostener que un convenio de gestación subrogada comercial puede subsumirse bajo dicha definición de venta de niños. Se trata de un primer argumento jurídico que mostraría la incompatibilidad entre gestación subrogada y derechos humanos. Añaden que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no encontramos referencia alguna a la gestación subrogada, mientras que en el Convenio de Oviedo se repiten las referencias a la dignidad humana, como ocurre tanto en su prólogo como en su artículo 1 donde se recoge, como objeto y finalidad de dicho Convenio, la protección de la dignidad del ser humano, en

¹ Véase ANDORNO 2018: 130-131, donde critica la insuficiente regulación de la gestación subrogada en los tratados de derecho internacional encargados de proteger a los niños.

relación con las aplicaciones de la biología, así como en su artículo 2, donde establece la primacía del ser humano, sobre los intereses de la sociedad o de la ciencia, mientras que su artículo 21 dispone que el cuerpo humano y sus partes no deben servir al lucro económico; referencias todas ellas que podrían ser interpretadas como contrarias a los acuerdos comerciales de gestación subrogada².

Frente a lo anterior, los defensores de la gestación subrogada afirman que el TEDH ya reconoció la existencia de un derecho a la reproducción, subsumible bajo el derecho a la vida privada y familiar, del artículo 8 del Convenio, que serviría para proteger el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Ponen como ejemplo el caso *Dickson c. Reino Unido* (2007), en el que la Gran Sala afirmó que el artículo 8 del Convenio no solo incluye obligaciones negativas, sino también obligaciones positivas que exigirían a los Estados la adopción de medidas para que el derecho a la reproducción sea efectivo, entre las que se encontraría la de permitir el acceso a las técnicas de reproducción asistida (§ 70 de la sentencia). También en el asunto *S.H. y otros c. Austria* (2011) en cuya sentencia el Tribunal sostuvo que el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida forma parte del derecho a la vida privada (§ 60 de dicha sentencia).

Ante estos últimos argumentos, debemos aclarar que los acuerdos de gestación subrogada no son una técnica de reproducción asistida. Requieren eso sí de dichas técnicas, pero de la misma manera que necesitan de los estrógenos sintéticos para que el ciclo hormonal de la madre gestante pueda llevar adelante el embarazo, a partir de un embrión generado con un óvulo de otra mujer, extraño a la biología de la madre gestante. Por otra parte, si aceptásemos que la gestación subrogada no es más que una técnica de

² En relación con la noción de dignidad humana que aparece en el Convenio de Oviedo puede consultarse el análisis de SCOTTO 2021: 40-47, que finaliza con una propuesta de modificación del artículo 2 del Convenio de Oviedo en los siguientes términos: «La dignidad humana debe prevalecer sobre los intereses de las instituciones sociales y científicas. Ninguna razón de eficiencia económica o de progreso científico puede justificar la instrumentalización del ser humano». Asimismo, véase MIROCHA 2019: 542-543.

reproducción asistida, entonces sería evidente que utilizamos a la madre gestante como un simple medio y el atentado contra su dignidad sería tan evidente que no necesitaríamos argumentos complementarios para rechazar los acuerdos de gestación subrogada. Pero aclarado lo anterior, debemos añadir que la doctrina del TEDH, en su sentencia del asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, nº 25358/2012, sentencia de 24 de enero de 2017, de la Gran Sala del TEDH, concluye que no existe un derecho a la paternidad en virtud de la mera voluntad, como proyección de la autonomía y del desarrollo de la personalidad (§ 120), por lo que la alegación del mismo no es suficiente para justificar la inscripción de la filiación de un menor nacido de un acuerdo de gestación subrogada, celebrado en el extranjero; mucho menos para justificar la validez de los acuerdos de gestación subrogada en cuanto tales. Por tanto, del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, no es posible deducir un derecho a celebrar un contrato de gestación subrogada. De la misma manera que los argumentos jurídicos presentados por los defensores de la gestación subrogada no parecen suficientemente convincentes, tampoco disponemos de un argumento jurídico definitivo en contra de la gestación subrogada; al menos, de momento. Pero que no dispongamos de un argumento jurídico sólido favorable a los convenios de gestación subrogada, al menos muestra que no parece razonable defender que la gestación subrogada sea un derecho humano deducible del Convenio. Por estas razones parece acertado el punto de visto adoptado por el TEDH que considera la gestación subrogada como una materia que cae bajo el margen de apreciación de los Estados miembros del Consejo de Europa, a los que se les reconoce libertad para permitirla o para prohibirla³.

³ Véase IGAREDA 2018-I: 226 y 2018-II: 65-66, donde señala que el TEDH ha reconocido un derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, incluido en el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio, que no puede ser limitado arbitrariamente por los Estados, pero que no genera obligaciones para ellos, sino solo en la medida en que quieran y puedan asumirlas. Añade que el TEDH no se ha pronunciado sobre la gestación subrogada en cuanto tal y se ha servido del margen de apreciación estatal para admitir regulaciones divergentes. Desde otro punto de vista, puede consultarse VALERO 2014: 425-426, donde concluye que la libertad de procreación, que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, no incluye un derecho a la paternidad en virtud de la mera voluntad.

Sin embargo, los efectos de un convenio de gestación subrogada, en especial por lo que se refiere a la filiación del menor, tienen una estrecha relación con el derecho a la vida privada y familiar, del artículo 8 del Convenio, en relación con el menor, pero también con los padres de intención y la madre gestante, por lo que podría plantearse la posible vulneración de dichos derechos ante el TEDH, situación que se ha dado en la práctica, por primera vez en el año 2011, con el asunto *Mennesson c. Francia*, nº 65192/2011, sentencia de 26 de junio de 2014 de la Sección 5ª del TEDH (§§ 67-68), al que han seguido otros asuntos, incluso ha sido emitida una opinión consultiva por el TEDH⁴. Estos asuntos, conocidos por el Tribunal, han permitido configurar un orden público europeo mínimo que obliga a los Estados a reconocer la filiación de los padres comitentes cuando al menos uno de ellos también sea el padre biológico. Es cierto que se trata de un orden público europeo mínimo, incompleto y en construcción, pero que recoge la obligación de reconocimiento de la filiación en los términos mencionados, aunque sin pronunciarse sobre los acuerdos de gestación subrogada en cuanto tales, cuya regulación se deja en manos de los Estados que disfrutan de un amplio margen de apreciación en la materia. Es decir, no existe un derecho humano a la gestación subrogada, pero sí es posible deducir desde el derecho a la vida privada y familiar, del artículo 8 del Convenio, un derecho del menor nacido de una gestación subrogada a que sea reconocida la filiación que lo vincula con sus padres de intención, al menos cuando el padre de intención es también el padre biológico. En qué medida esto es así debe ser examinado con la ayuda del TEDH, a partir de su jurisprudencia, de la que es posible deducir una doctrina, todo lo fragmentaria, incoherente y provisional que se quiera, pero la única posible jurídicamente en el estado actual de nuestro sistema de protección regional de los derechos humanos.

⁴ Opinión consultiva P16-2018-001 de 10 de abril de 2019 del TEDH.

III.1.1.1. La duda sobre el principio *mater semper certa est*

Antes de que los problemas derivados de los contratos de gestación subrogada llegaran al TEDH, ya fueron planteados ante tribunales estadounidenses. A pesar de la gran diferencia entre dicha jurisdicción y la del TEDH, puede ser de utilidad recordar alguna de esas primeras apariciones de la gestación subrogada en sede judicial.

Uno de los primeros casos sobre gestación subrogada que llegó a los tribunales y a la opinión pública, fue un asunto estadounidense, el caso *Baby M.*, en el que William Stern y Mary Beth Whitehead celebraron un contrato de gestación subrogada, en febrero de 1985, por el que acordaron la inseminación artificial de la Sra. Whitehead con semen del Sr. Stern⁵. La Sra. Whitehead se comprometía a gestar, dar a luz y entregar el niño al Sr. Stern, así como a renunciar a la patria potestad sobre el menor, a fin de permitir la adopción del menor por la Sra. Stern. La madre gestante recibió 10.000 dólares. Un día después de la entrega de la menor a los comitentes, la madre gestante, que también era la madre biológica, se presentó en casa del matrimonio Stern para exponerles su sufrimiento. El Sr. Stern devolvió la menor a la madre gestante, ante el temor a que ésta pudiera suicidarse. Meses después, la menor volvería a casa de los Stern, tras un periplo judicial en el que un tribunal de primera instancia estimó que el contrato de gestación subrogada era válido y debía ser cumplido, por lo que acordó que la custodia correspondía al Sr. Stern, permitiendo asimismo la adopción por la Sra. Stern. Pero dicha sentencia fue

⁵ Se trata de la gestación subrogada de tipo tradicional, en la que la madre gestante también es la madre biológica, pues es inseminada artificialmente con el semen del padre de intención. Posteriormente, gracias al desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, la gestación subrogada se llevará a cabo con gametos preferiblemente de los padres de intención, en su defecto, con gametos de donantes, de tal manera que lo usual será encontrarnos con una madre gestante, una madre de intención y una madre biológica que ha donado el óvulo, también puede ocurrir que la madre de intención sea la que aporta el óvulo.

recurrida ante el Tribunal Supremo de Nueva Jersey que estimó la invalidez del contrato, por ser contrario a la ley y al orden público del Estado. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey estimó que la Sra. Whitehead era la madre natural de la menor, aunque la guarda y custodia fue atribuida finalmente al Sr. Stern, conforme al interés superior de la menor. A la Sra. Whitehead le fueron reconocidos derechos de visita de la menor. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey argumentó en su sentencia que pagar a una madre subrogada es ilegal, quizás hasta criminal; en cualquier caso, potencialmente degradante para la mujer gestante.

En este caso estadounidense, ya aparecen los elementos de debate jurídico que también encontraremos en la jurisprudencia del TEDH, como son la importancia del interés superior del menor, el problema de la determinación de la filiación, así como el posible carácter degradante de la gestación subrogada para la madre gestante.

Otro asunto estadounidense, el caso *Johnson c. Calvert*, del año 1993, termina con una sentencia del Tribunal Supremo de California. En este asunto Mark, Crispina y Anna celebraron, el 15 de enero de 1990, un convenio por el que acordaron implantar en Anna un embrión, generado con gametos de Mark y de Crispina. La madre gestante se comprometía a renunciar a todos sus derechos parentales sobre el menor, para que pudiese ser adoptado por Crispina, en pago recibió 10.000 dólares. Después de que Anna quedara embarazada, las relaciones entre ambas partes se deterioraron. Mark descubrió que Anna les había ocultado que tuvo diversos abortos espontáneos, mientras que Anna reprochó a los comitentes que no contratasen el seguro médico acordado. La madre gestante remitió a los padres de intención un escrito en el que les indicaba la cantidad que debían pagarle si querían quedarse con el menor, a lo que los comitentes respondieron con una demanda, en la que solicitaban les fuera reconocida su paternidad, demanda que fue acumulada a la presentada por la madre gestante, en la que solicitaba ser reconocida como madre legal. El menor nació el 19 de septiembre de 1990 y, tras un juicio celebrado en octubre de 1990, el tribunal que conoció en primera instancia estimó que Mark y Crispina eran los padres genéticos, por lo que negó los

derechos parentales de Anna quien apeló. El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia de instancia. El asunto llegó hasta el Tribunal Supremo ante el que fue planteada la cuestión sobre quién es la madre natural de un niño, si lo es la mujer que lo ha gestado y parido, pero que no ha aportado el óvulo, o más bien la mujer que ha aportado el óvulo, la madre genética, pero que también es en este caso la madre de intención, por haber celebrado el convenio de gestación subrogada por el que el menor ha nacido. El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que Mark y Crispina, quienes aportaron los gametos que permitieron generar el embrión, eran los padres naturales, por lo que atribuirles la patria potestad no era contrario al orden público. Por tanto, el tribunal americano decidió que a la hora de elegir, entre la madre gestante que no es madre biológica y la madre de intención que sí lo es, debe aplicarse el criterio que da mayor importancia al vínculo genético acompañado de la intención de ser madre. De esta manera el principio *mater semper certa est* es abandonado, en estos supuestos, pues la madre legal no vendrá determinada por el parto y la gestación, al menos cuando concurren las condiciones señaladas.

La anterior conclusión, la que rompe con el principio *mater semper certa est*, que desliga la maternidad legal de la gestación y del parto, permite afirmar que el objeto del contrato de gestación subrogada no es la transmisión de la filiación del menor, sino una prestación personal que consiste en gestar un hijo cuya madre no es la gestante. Esta diferencia, a la hora de establecer el objeto del contrato, es importante jurídicamente, pues si el objeto del contrato consiste en la transmisión de la filiación, estamos afirmando que su objeto es la entrega de un niño, con lo que la acusación de venta de niños habrá sido servida en bandeja a quienes se oponen a la gestación subrogada comercial. Por el contrario, si el objeto del contrato consiste en la prestación de un servicio, aunque personalísimo como es la gestación, es posible sortear la acusación de venta de menores, como hizo el Tribunal Supremo en este caso⁶.

⁶ Puede consultarse SONIEWICKA 2019: 58-69, donde comenta algunos de los casos sobre gestación subrogada más relevantes en el ámbito del *common law*.

III.1.1.2. La gestación subrogada ante TEDH: rasgos esenciales

En este apartado, presentamos una descripción general de los problemas jurídicos que han sido planteados ante el TEDH, en relación con la gestación subrogada.

El desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, que hacen posible los contratos de gestación subrogada, es posterior a 1950, fecha en la que fue aprobado el Convenio, por lo que sus redactores no podían prever que los derechos contenidos en él llegarían a ser alegados, en los supuestos de gestación subrogada que han sido planteados ante el TEDH. Sin embargo, veremos que los derechos contenidos en el Convenio son aplicables a los efectos jurídicos de la gestación subrogada, siempre que estemos dispuestos a acoger una interpretación del Convenio evolutiva y adaptada a los cambios sociales. Este criterio evolutivo, en la interpretación del Convenio, es perfectamente defendible, si recordamos que su artículo 1 garantiza el efectivo disfrute de los derechos reconocidos y que el TEDH ha desarrollado una jurisprudencia que se sirve de una interpretación evolutiva de los derechos, pues tiene en cuenta los cambios que se producen en la sociedad, a los que pretende adaptarse, con la finalidad de que los derechos incluidos en el Convenio sean garantizados, en aplicación del principio de efectividad.

El TEDH no abandona los criterios literal y sistemático, pero añade el criterio evolutivo, que tiene en cuenta los cambios sociales. Estos cambios sociales, en los que la gestación subrogada es una de las protagonistas, han llevado a los Estados, que prohíben la gestación subrogada, a una situación paradójica. Pues, por un parte, niegan que la gestación subrogada celebrada en el extranjero pueda producir efectos jurídicos, ya que lo contrario vulneraría los principios y normas que configuran su orden público internacional, pero encuentran, por otra parte, que negar el reconocimiento de la filiación con origen en una gestación subrogada podría vulnerar el interés superior del menor, uno de los principios que forman parte también del orden público internacional de

estos Estados. Este conflicto ha llegado al TEDH, sobre el que se ha pronunciado en sus sentencias y en una opinión consultiva⁷.

El interés superior del menor no solo forma parte del orden público internacional de los Estados miembros del Consejo de Europa, sino que también debe ser tenido en cuenta por el TEDH, en una interpretación del Convenio coherente con los instrumentos internacionales de derechos humanos, pues el interés superior del menor aparece en el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, en su artículo 3, cuando exige que en las decisiones que afecten al menor debe tenerse en cuenta como primer criterio el interés superior del menor. Asimismo, el artículo 6, parágrafo 2, garantiza a los menores el derecho a su supervivencia y a su desarrollo físico, psicológico y social. El interés superior del menor también desempeña un papel esencial en el Convenio de la Haya de 1993, sobre adopción internacional, pues en su artículo 1 establece como objetivo el de garantizar que las adopciones internacionales respeten el interés superior del menor, así como los derechos fundamentales que el derecho internacional reconoce a los menores⁸.

Pero hagamos una primera y somera presentación de los distintos asuntos planteados ante el TEDH y que le han servido para iniciar la construcción de una doctrina que pretende proteger los derechos de los menores nacidos de un acuerdo de gestación subrogada.

El caso *Mennesson c. Francia*, nº 65192/2011, sentencia de 26 de junio de 2014 de la Sección 5ª del TEDH, es el primer asunto sobre reconocimiento de una filiación con origen en una gestación subrogada practicada en el extranjero, que es planteado ante el Tribunal.

Los demandantes, que son los padres de intención y las dos menores nacidas de la gestación subrogada, plantean ante el TEDH que la negativa de

⁷ Sobre el activismo judicial del TEDH, calificado de autolimitado, véase GARCÍA SAN JOSÉ 2018: 105-106.

⁸ Véase ANDORNO 2018: 128-129, donde explica la importancia que se atribuye al interés superior del menor en los instrumentos internacionales ideados para la protección de los menores.

las autoridades francesas a que sea reconocida la filiación establecida mediante un certificado registral californiano, como consecuencia de una gestación subrogada válidamente celebrada y practicada en California, supone una vulneración tanto del derecho a la vida familiar como de la vida privada de los demandantes, del artículo 8 del Convenio.

El Tribunal concluye que no se ha producido violación del derecho a la vida familiar, pero sí del derecho a la vida privada de las menores que incluye el derecho a la identidad personal y a que sea determinada su filiación biológica. Para llegar a esta conclusión, ha tenido especial importancia que el padre de intención también es el padre biológico de las menores, pues dada la relevancia de la paternidad biológica, para la identidad personal del menor, su reconocimiento viene exigido desde la protección del interés superior de las menores.

El caso *Labasse c. Francia*, nº 65941/2011, sentencia de 26 de junio de 2014, Sección 5ª del TEDH, plantea un supuesto análogo al del asunto *Menesson c. Francia* (2014), por lo que ambas sentencias coinciden en cuanto al fallo, también coinciden en la fundamentación jurídica, por lo que me remito a lo dicho sobre el asunto *Menesson c. Francia* (2014).

El caso *D. y otros c. Bélgica*, nº 29176/2013, decisión sobre la admisibilidad de la demanda, de 8 de julio de 2014 de la Sección 2ª del TEDH, es resuelto por el Tribunal, pero no con una sentencia, sino mediante una decisión que declara inadmisibile la demanda. Sin embargo, se trata de una decisión que analiza el fondo del asunto, aunque de manera sumaria, como fundamento jurídico para la decisión procesal definitiva de inadmisión⁹.

En este asunto, los demandantes, los padres comitentes y el menor nacido de una gestación subrogada, alegan la vulneración del derecho a la vida

⁹ Las decisiones, a diferencia de las sentencias, sirven al Tribunal para inadmitir una demanda, tras la estimación de alguna excepción procesal. En principio, en tales casos, no entra a examinar el fondo del asunto, sino las cuestiones procesales que impiden conocer del fondo, aunque podemos encontrar, en la jurisprudencia del Tribunal y la antigua Comisión, infinidad de decisiones que, de manera sumaria, se refieren a la cuestión de fondo planteada, un ejemplo lo encontramos en la decisión del asunto *D. y otros c. Bélgica* (2014).

privada, del artículo 8, así como del derecho a no sufrir trato degradante o inhumano, del artículo 3, ambos del Convenio, ante la negativa de Bélgica a librar un permiso de residencia para el menor, nacido en Ucrania de una gestación subrogada, lo que obligó a los padres de intención a separarse del menor, durante tres meses, pues no pudieron entrar con el menor en Bélgica, que quedó a cargo de una cuidadora en Ucrania.

El Tribunal declara la demanda inadmisibile, pues finalmente los tribunales belgas obligaron a las autoridades a que librasen el permiso de residencia reclamado, como así hicieron, lo que permitió a los demandantes entrar en Bélgica con el menor y convivir como una familia, por lo que el derecho a la vida privada devino finalmente efectivo.

En relación con la vulneración del artículo 3 del Convenio alegada, el Tribunal entiende que el umbral mínimo requerido, para considerar que se ha producido un trato degradante o inhumano, no ha sido alcanzado en este asunto.

Esta decisión del Tribunal nos muestra que el interés superior del menor no es un principio que de manera automática permita estimar la vulneración de los derechos alegados, pues deben examinarse las circunstancias concretas del caso, a fin de determinar, en primer lugar, la admisibilidad de la demanda, para lo que puede ser necesario un examen sumario de los elementos sustantivos del asunto, como ocurrió en este caso.

En el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, nº 25358/2012, sentencia de 27 de enero de 2015 de la Sección 10ª del TEDH, la Sala del Tribunal dictó una primera sentencia, el 25 de enero de 2015, que no devino definitiva, pues fue reenviada por Italia ante la Gran Sala que dictó su sentencia, el 24 de enero de 2017, con la que quedó resuelto definitivamente el asunto.

En este momento solo comentaré la sentencia de la Sala, pues la segunda sentencia, la de la Gran Sala, será tratada más adelante, siguiendo el orden cronológico de las resoluciones del Tribunal.

En este caso, ni el padre ni la madre de intención guardan vínculo biológico con el menor nacido de la gestación subrogada. La Sala solo admite como demandantes a los padres de intención, no admite al menor como

demandante, pues la Sala rechaza que los comitentes puedan demandar en nombre del menor. La solicitud de la que conoce el Tribunal no es la relativa al reconocimiento de la filiación establecida por un certificado registral extranjero, pues ha sido inadmitida por la Sala, sino la que solicita que sea declarada contraria al Convenio la declaración de desamparo del menor, su separación de los comitentes para ponerlo bajo la guarda de los servicios sociales y el inicio de un procedimiento de adopción, en el que se ha negado a los comitentes que puedan concurrir al mismo, por lo que se les niega la posibilidad de adoptar al menor que será finalmente adoptado por otra familia.

La Sala estima la vulneración del derecho a la vida familiar, del artículo 8 del Convenio, pues entiende que existe vida familiar *de facto*, aunque no exista vínculo biológico entre los padres de intención y el menor, ya que ha existido convivencia durante ocho meses, se han establecido vínculos afectivos de calidad y el comportamiento de los demandantes en nada difiere del habitual en unos padres. Se produce la vulneración del derecho porque a la existencia de vida familiar *de facto* se une lo desproporcionado de la medida, la separación del menor y su declaración de desamparo, que solo debería ser adoptada en situaciones extremas, en las que el menor corriese peligro, supuesto que no concurre en este caso, a juicio del Tribunal (§§ 73-88)¹⁰.

La sentencia de la Sala ha sido cuestionada por la opinión disidente adjunta a la misma, opinión disidente que niega la existencia de vida familiar bajo el argumento de que no existe vínculo genético ni jurídico, a lo que debe añadirse la precaria situación jurídica de una presunta vida familiar que tiene su origen en la vulneración del orden público italiano, con infracción de normas básicas, relativas a la adopción internacional y a la reproducción asistida. A la inexistencia de vida familiar hay que sumar la proporcionalidad de la medida, a juicio de la opinión disidente, pues la jurisdicción nacional habría tenido en cuenta el escaso daño que la separación podía producir en el menor, un perjuicio pequeño y fácilmente superable por el menor, dado el escaso tiempo de convivencia

¹⁰ Puede consultarse FARNÓS 2016: 105, donde comenta la sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2015) dictada por la Sala del TEDH.

transcurrido, así como su temprana edad. La existencia de la opinión disidente señalada ya nos muestra lo controvertido del asunto y de la solución adoptada por la Sala. Será la Gran Sala la que tenga oportunidad de reexaminar el caso y dictar una sentencia contraria a la que hemos comentado¹¹.

Los casos *Foulon y Bouvet c. Francia*, nº 90963/2014 y nº 10410/2014, sentencia de 21 de julio de 2016 de la Sección 5ª del TEDH, se resuelven mediante una sola sentencia que conoce de las dos demandas acumuladas, por identidad entre los supuestos de hecho enjuiciados.

En la primera demanda son demandantes el Sr. Foulon, como padre de intención, y la menor nacida de una gestación subrogada celebrada en la India. En la segunda lo son el Sr. Bouvet, como padre de intención, y los dos menores nacidos de una gestación subrogada celebrada en la India. Ambos padres de intención son padres biológicos, por lo que el supuesto de hecho en ambos asuntos coincide, en este aspecto, con los supuestos de hecho planteados en los casos *Menesson* (2014) y *Labasse* (2014).

El TEDH resuelve en el mismo sentido en que lo hizo en *Menesson c. Francia* (2014), pues entiende que no se ha producido violación del derecho a la vida familiar, por la negativa a reconocer la filiación determinada en un certificado registral extranjero, pero que sí ha sido vulnerado, por dicha negativa, el derecho a la vida privada de los menores nacidos de una gestación subrogada, dado que el padre de intención es también padre biológico. De esta manera el Tribunal confirma su doctrina jurisprudencial, en materia de reconocimiento de la filiación con origen en una gestación subrogada, en el sentido de que debe ser reconocida si el padre de intención también es el padre biológico. El Tribunal no entra a enjuiciar la conformidad o contradicción de la gestación subrogada, en sí misma considerada, con los derechos incluidos en el Convenio, pues no ha sido ese el objeto de la demanda. Sin embargo, entre la doctrina han aparecido voces críticas con esta sentencia porque podría interpretarse como un visto bueno a la gestación subrogada de bajo coste económico, pero de un alto coste para los

¹¹ Puede consultarse OCHOA 2017: 3, donde comenta las opiniones separadas a la sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2015).

derechos de las mujeres gestantes, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica, social o cultural; se trataría de un turismo reproductivo poco respetuoso con los derechos de las mujeres gestantes¹².

El asunto *Laborie c. Francia*, nº 44024/2013, sentencia de 19 de enero de 2017 de la Sección 5ª del TEDH, plantea un supuesto de hecho que coincide con los ya planteados ante el Tribunal, en los asuntos *Menesson* (2014), *Labasse* (2014), así como en *Foulon y Bouvet* (2017).

Se trata de cuatro demandantes, dos padres de intención y dos menores nacidos de gestación subrogada, que ven rechazada en Francia la transcripción de la filiación determinada por un certificado registral ucraniano.

El Tribunal concluye, tras subrayar la analogía ya señalada entre este caso y asuntos anteriores, que no observa ningún motivo para resolver de manera diferente. Es decir, entiende que no se ha producido una vulneración del derecho a la vida familiar de los demandantes, pero sí del derecho a la vida privada de los menores, pues no reconocer la filiación determinada en el certificado registral extranjero, cuando se trata de una filiación biológica, va en contra del interés superior de los menores y es una medida desproporcionada (§ 56).

Con esta sentencia la doctrina del Tribunal que protege el interés superior del menor, por encima del margen de apreciación de los Estados y de la excepción de orden público internacional, queda consolidada; al menos en aquellos casos en los que existe en un vínculo de filiación biológico, entre el padre comitente y el menor nacido de una gestación subrogada.

En el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, nº 25358/2012, sentencia de 24 de enero de 2017, de la Gran Sala del TEDH, el Tribunal contradice en su

¹² Puede consultarse PUPPINCK 2018: 152-154, donde presenta toda una serie de argumentos críticos de la doctrina del TEDH sobre la gestación subrogada. Más en general, en esta obra Grégor Puppink defiende que la jurisprudencia del TEDH ha iniciado claramente un proceso de desnaturalización de los derechos humanos que se entienden como libertades subjetivas con lo que estaría olvidando el elemento natural y objetivo que siempre acompañó a estos derechos.

fallo el de la sentencia de la Sala, el tribunal *a quo*, de fecha 27 de enero de 2015, que fue reenviada por Italia en virtud del artículo 43 del Convenio.

En primer lugar, la Gran Sala estima que no existe vida familiar *de facto*, pues entiende que la calidad de los vínculos afectivos y la existencia de un proyecto parental no es suficiente, dada la inexistencia de vínculo genético con el menor, así como la corta duración de la convivencia y la precariedad jurídica del vínculo, constituido como consecuencia de la actuación ilegal de los demandantes; razones por las que inadmite la queja consistente en que se declare vulnerado el derecho a la vida familiar de los demandantes, ya que no existe vida familiar, ni siquiera *de facto*, un requisito procesal para entrar a conocer del fondo de dicha queja.

En segundo lugar, la Gran Sala entiende que sí debe entrar en el fondo del asunto, en cuanto a la posible vulneración del derecho a la vida privada de los padres de intención. Sin embargo, concluye que la medida adoptada por las autoridades italianas no fue desproporcionada, pues separar al menor de los demandantes no supuso un grave perjuicio para el menor, dada su corta edad y el escaso tiempo que duró la convivencia. Asimismo, comparte la opinión de las autoridades italianas sobre la necesidad de la medida, ante la inexistencia de una vida familiar, pues se trata de una medida que entra dentro del margen de apreciación reconocido a los Estados (§§ 200-216).

Esta sentencia viene acompañada por tres opiniones separadas, dos de ellas concordantes y una disidente.

La primera opinión concordante es del juez Raimondi quien coincide con la opinión mayoritaria de la Gran Sala en que no se cumplen las condiciones para afirmar la existencia de vida familiar *de facto*, pues la ausencia de vínculo biológico entre el menor y los padres de intención, la corta duración de la convivencia y la precariedad del vínculo jurídico, no puede llevar a una conclusión diferente (§§ 2-4 de la opinión separada del juez Raimondi).

La segunda opinión concordante se debe a los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov quienes comparten la conclusión de la mayoría de la Gran Sala, pero no la motivación de la misma. Cuestionan la

motivación de la sentencia por dos razones principales. En primer lugar, porque la existencia de vida familiar no puede ser una simple cuestión de hecho, dependiente de la existencia de vínculos afectivos y de una determinada duración de la convivencia, pues el derecho a la vida familiar estaría relacionado con el derecho a contraer matrimonio. Asimismo, requiere de un elemento jurídico que en caso de ser precario no puede quedar subsanado por simples lazos afectivos, desde una interpretación sistemática del Convenio. En segundo lugar, porque la sentencia debería haber aclarado que la gestación subrogada, regulada o sin regulación, es incompatible con el respeto a la dignidad de las personas, pues constituye un trato degradante no solo para el niño, sino también para la madre gestante. Es decir, reprochan al Tribunal no haberse pronunciado en contra de la gestación subrogada en cuanto tal (§§ 6-7 de la opinión separada de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov).

La tercera opinión es disidente con la sentencia. Se la debemos a los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev quienes entienden que la existencia de vida familiar *de facto* solo depende de la existencia de fuertes vínculos afectivos, de que exista convivencia y un proyecto parental, elementos que concurrirían en este caso. Acusan a la mayoría de la Gran Sala de abrir la puerta a una distinción entre familia legítima e ilegítima, en contra de su propia jurisprudencia, cuando la mayoría de la Gran Sala afirma que la precariedad de los vínculos jurídicos entre los demandantes y el menor es imputable a la actuación de los comitentes que fue contraria al derecho italiano. Añaden, en cuanto a la medida de separación del menor y su declaración de desamparo con vistas a su adopción por otra pareja que se trató de una medida desproporcionada, pues en esta materia debe tenerse en cuenta, como primer principio, el interés superior del menor. Por tanto, una medida tan extrema solo debería adoptarse cuando la dignidad o el desarrollo del menor estuvieran en peligro, lo que no ocurría en este supuesto (§§ 4-12 de la opinión disidente de los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev).

La contradicción entre las sentencias de la Sala y de la Gran Sala, así como el contenido de las opiniones separadas concordantes y disidentes, ponen de manifiesto que la gestación subrogada es una cuestión controvertida, también

en el seno del TEDH que parece lejos de disponer de una opinión consensuada¹³.

La Gran Sala del TEDH ha emitido un dictamen, a petición del Tribunal de Casación francés, en relación con el caso *Mennesson c. Francia* (20214)¹⁴. Se trata de la primera opinión consultiva emitida por el Tribunal, en aplicación del Protocolo nº 16 al Convenio, que establece la posibilidad de que los órganos de las jurisdicciones de mayor rango de los Estados, en el marco de un asunto del que estén conociendo, puedan solicitar a la Gran Sala una opinión consultiva que en ningún caso será vinculante para los Estados¹⁵.

Mediante dicha solicitud, el Tribunal de Casación francés pretende conocer la opinión de la Gran Sala, en relación con la obligatoriedad para los Estados de reconocer la filiación entre el menor nacido de una gestación subrogada y la madre de intención que figura como madre legal en el certificado registral extranjero, en aquellos casos en los que la filiación del padre haya sido reconocida por aparecer también en el certificado registral como padre legal y ser además el padre biológico.

El Tribunal de Casación francés también pregunta al Tribunal si, en caso de haber reconocido la filiación del padre mediante simple transcripción, en el Registro Civil, del certificado de nacimiento extranjero, sería discriminatorio exigir a la madre de intención que inicie un procedimiento de reconocimiento de la filiación, distinto a la mera transcripción, como podría ser un procedimiento de adopción o de posesión de estado, u otro procedimiento. La Gran Sala del

¹³ Véase DÍAZ FRAILE 2019: 124-125, donde comenta las contradicciones entre la sentencia de la Sala y la Gran Sala, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2015 y 2017), pues la segunda sentencia modifica claramente la doctrina contenida en la primera.

¹⁴ Dictamen de la Gran Sala del TEDH, en relación con el reconocimiento en derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, solicitado por el Tribunal de Casación francés, demanda nº P16-2018-001, 10 de abril de 2019, dictamen firme.

¹⁵ Puede consultarse MORTE 2020: 281-284, donde expone con claridad el régimen jurídico de las opiniones consultivas que puede emitir el TEDH en virtud del Protocolo nº 16 al Convenio.

Tribunal responde aclarando que su opinión se va a circunscribir al supuesto de hecho planteado, el correspondiente al asunto *Menesson c. Francia* (2014).

En cuanto a la primera pregunta, responde que es obligatorio, para los Estados, reconocer la filiación de la madre de intención, que aparece como madre legal en el certificado registral extranjero, si la filiación del padre de intención, que también figura como padre legal en dicho certificado y es además el padre biológico del menor, ha sido reconocida.

Por lo que se refiere a la segunda pregunta, aclara que el reconocimiento de la filiación, tanto de la madre como del padre, no tiene que realizarse obligatoriamente mediante transcripción, en el Registro Civil, del certificado registral extranjero, pues puede establecerse cualquier otro procedimiento, como pueda ser el de adopción o el de reconocimiento de estado, u otro que establezca la legislación estatal, pero con la condición de que dicho procedimiento sea rápido y eficaz, a fin de no perjudicar el interés superior del menor.

Con esta opinión consultiva, el Tribunal confirma la doctrina que ya inició en el asunto *Menneson c. Francia* (2014), explicitándola y aclarándola. Vemos que existe consenso en el Tribunal, en cuanto al reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada, cuando el padre de intención es también el padre biológico, supuesto en el que se exigirá el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada tanto respecto del padre de intención como de la madre de intención¹⁶.

Los asuntos *C c. Francia y E c. Francia*, nº 1462/18 y 17348/18, decisión de 19 de noviembre de 2019 de la Sección 5ª del TEDH, son resueltos conjuntamente por el Tribunal, mediante una decisión que declara las demandas inadmisibles, pero que examina el fondo del asunto de manera sumaria.

En ambos casos los demandantes, los padres de intención y los menores nacidos de gestación subrogada, se quejan de que el certificado de nacimiento extranjero, librado en Miami y en Ghana, respectivamente, ha sido transcrito en

¹⁶ Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2019: 463-464, donde comenta las conclusiones a las que llega el TEDH en la sentencia *Menesson c. Francia* (2014).

el Registro Civil francés, pero solo respecto del padre de intención respectivo, que también es el padre biológico, negando la transcripción de la filiación correspondiente a la madre de intención respectiva, para la que los tribunales franceses señalan la vía de la adopción si quiere ver reconocida su filiación en el derecho francés.

Este rechazo de la transcripción del certificado registral extranjero, respecto de la madre de intención que figura como madre legal en el certificado de nacimiento, supondría, según los demandantes, una vulneración del derecho a la vida privada y familiar, del artículo 8, así como del principio de igualdad, del artículo 14 en combinación con el artículo 8, ambos del Convenio, por suponer una medida discriminatoria para la mujer.

El TEDH resuelve ambos asuntos conjuntamente, concluye que basta con remitirse a su jurisprudencia, iniciada con el caso *Menesson*, seguida en *Labasse*, confirmada con *Foulon y Bouvet* y que ha sido objeto de la opinión consultiva de fecha 10 de abril de 2019. Según esta jurisprudencia consolidada, el reconocimiento de la filiación respecto de la madre legal, determinada en el certificado registral extranjero, es obligatoria para los Estados, en este supuesto de hecho, pero sin que sea exigible un tipo específico de procedimiento que deba ser ofrecido por el Estado a la mujer. Se trata de que la filiación materna sea reconocida, pero sin exigir un procedimiento determinado para su reconocimiento, ya que entra dentro del margen de apreciación del Estado la determinación del procedimiento, que puede consistir en una adopción, una posesión de estado, un reconocimiento del certificado registral extranjero, u otros, siempre que sean lo suficientemente rápidos y eficaces, a fin de no perjudicar el interés superior del menor (§§ 43-44).

En cuanto a la posible discriminación de la madre respecto del padre, en aplicación del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 8, el Tribunal recuerda su jurisprudencia en la materia por la que se exige, para apreciar discriminación, que la diferencia de trato no resida en una diferencia objetiva y que persiga un fin legítimo, requisitos que sí concurren en este caso, a juicio del Tribunal, pues la madre de intención no es madre biológica, diferencia objetiva, que tiene relevancia en materia de gestación subrogada y que permite al Estado

establecer un procedimiento más estricto a la hora de reconocer dicha filiación, como una manera de controlar su conformidad con el orden público francés, fin legítimo perseguido por la medida. Por tanto, no es posible apreciar discriminación alguna (§§ 51-53).

El último de los asuntos planteados ante el Tribunal, en materia de gestación subrogada, es *D c. Francia*, nº 11288/2018, sentencia de 16 de julio de 2020 de la Sección 5ª del TEDH, en el que los demandantes, los padres de intención y el menor, se quejan de la negativa a transcribir, en el Registro Civil, el certificado de nacimiento extranjero en su integridad, pues las autoridades francesas solo han accedido a la transcripción de la filiación del padre de intención, que también es el padre biológico, negándose a reconocer la filiación materna.

Dicha injerencia supondría una violación del derecho a la vida privada de los demandantes, pero también una discriminación de la madre en relación con el padre. Es alegada la vulneración del artículo 8 y del artículo 14 en combinación con el artículo 8, todos ellos del Convenio. La discriminación sería especialmente evidente, teniendo en cuenta que la madre de intención también es la madre biológica en este caso, por lo que no sería posible objetar que existe una diferencia objetiva que sirve a la consecución de un fin legítimo.

El Tribunal concluye que no ha sido vulnerado el 8 del Convenio. El derecho a la vida privada no ha sido vulnerado porque, aplicando el argumento sustantivo que ya conocemos, los Estados están obligados a reconocer la filiación de los padres de intención que sean padres biológicos, pero dejando a los Estados un amplio margen de apreciación en cuanto al establecimiento de los procedimientos para dicho reconocimiento, solo limitado por la exigencia de que se trate de un procedimiento rápido y eficaz (§§ 45-52).

En cuanto a la posible vulneración del artículo 14 en combinación con el artículo 8, ambos del Convenio, la posible discriminación de la madre en relación con el padre, el Tribunal no entra en el fondo del asunto por una cuestión procesal, pues los demandantes no pusieron en conocimiento de los tribunales franceses que la madre legal, según el certificado de nacimiento extranjero, también es la madre biológica del menor, ya que aportó el óvulo para la

generación del embrión. Concorre dicho defecto procesal que impidió a los tribunales franceses resolver el asunto con todos los elementos de juicio pertinentes, defecto que es imputable a los demandantes y que obliga al Tribunal a inadmitir esta queja, sin entrar en el fondo del asunto (§§ 84-88).

Por tanto, la posible discriminación de la madre queda sin resolver en este supuesto, a la espera de que vuelva a ser planteada ante el Tribunal en un futuro.

III.1.1.3. Críticas a la doctrina del TEDH sobre la gestación subrogada

La jurisprudencia sobre la gestación subrogada del TEDH ha sido criticada por una parte de la doctrina que acusa al Tribunal de imponer la aceptación progresiva de la gestación subrogada, mediante sucesivas sentencias, de manera gradual, pero rápida¹⁷.

Llega a dicha conclusión porque el Tribunal habría mantenido, como principio, que no puede obligar a los Estados ni a prohibir ni a legalizar la gestación subrogada. Sin embargo, al mismo tiempo, declara la incompatibilidad con el Convenio de aquellas medidas que niegan validez jurídica a los efectos derivados de la gestación subrogada celebrada en el extranjero; por ejemplo, el Tribunal afirma la incompatibilidad con el Convenio de la negativa a reconocer la filiación derivada de una gestación subrogada, en determinados supuestos.

La construcción de una doctrina favorable a la gestación subrogada se habría iniciado en el año 2014, con la sentencia del asunto *Mennesson c. Francia* (2014), con la que se habría dado un primer paso condenando a Francia a reconocer la filiación de dos menores nacidas de una gestación subrogada

¹⁷ Véase PUPPINCK 2018: 152-154, se trata de una de las críticas mejor documentadas que se hayan hecho a la jurisprudencia del TEDH, independientemente de que no comparta su punto de vista.

celebrada en EE. UU., bajo el argumento de que el padre comitente también es el padre biológico.

En el año 2015, el Tribunal habría ido aún más lejos, en la sentencia dictada por la Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli* (2015), condenando a Italia por haber separado al menor de los padres comitentes, en este caso no existía vínculo genético entre el menor y los padres de intención, bajo el argumento de la existencia de vida familiar *de facto*. Dos jueces disidentes denunciaron la deriva de esta sentencia que reducía el margen de apreciación estatal más allá de lo razonable.

En una tercera etapa, alcanzada en el año 2016, el Tribunal habría validado la gestación subrogada de bajo coste, el turismo reproductivo entre países ricos y pobres, en los asuntos *Foulon y Bouvet* (2016), con fundamento en la paternidad biológica de los padres de intención de menores nacidos de una gestación subrogada, en una granja de bebés en la India, en la que la madre gestante recibió 1.300 euros como pago.

Por este camino parece imponerse la lógica de la deshumanización de la procreación, según los críticos de la gestación subrogada, pues cualquiera puede obtener un niño y constituir una familia, que el Tribunal protegerá contra las leyes nacionales que se oponen a la mercantilización de la gestación humana. Paradójicamente, será en nombre del interés superior del menor la manera en que los padres de intención alcanzarán el reconocimiento como padres legales, pues el Tribunal obliga a los Estados a reconocer la filiación de los menores nacidos de una gestación subrogada cuando exista un vínculo genético.

Según los críticos de la gestación subrogada, parecería que algunos Estados desean ser condenados por el Tribunal, como coartada para adoptar medidas legislativas impopulares, como sería la legalización de la gestación subrogada. Aunque no ha sido así en todos los casos, pues Italia recurrió la sentencia dictada por la Sala en el caso *Paradiso y Campanelli* (en este asunto se dictaron dos sentencias, de 2015 y 2017, dictadas por la Sala y la Gran Sala, respectivamente), seguramente porque el supuesto de hecho planteado en este asunto era especialmente escandaloso y cuestionable, pues podría ser calificado

como un caso de compra de un menor, que fue encargado y comprado por los demandantes, según la propia opinión separada disidente incluida en la sentencia de 2015 dictada por la Sala. Finalmente, por once votos contra seis, la Gran Sala rechazó, en este asunto, la existencia de vida familiar *de facto*, ante la ausencia de un vínculo genético, la brevedad de la convivencia y la precariedad del vínculo jurídico, a lo que añadió que el Convenio no protege el simple deseo de fundar una familia. La Gran Sala entendió como legítima la medida del Estado italiano consistente en separar al menor de los comitentes, para ponerlo bajo la guarda de los servicios sociales, pues lo contrario habría supuesto legalizar la situación creada por los comitentes, en contra del derecho italiano. De este modo, el Tribunal habría devuelto a los Estados cierta capacidad para negar la eficacia de la gestación practicada en fraude de ley, pero solamente cuando no exista una vida familiar y tampoco exista un vínculo biológico, pues la filiación biológica del padre de intención debe ser reconocida por los Estados y la vida familiar protegida, en alguna medida, según la doctrina construida por el Tribunal.

Los detractores de la gestación subrogada añaden los siguientes argumentos jurídicos:

- Los principios publicados en 1989 por el Comité *ad hoc* de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas, constituido en el seno del Consejo de Europa, predecesor del Comité Director de Bioética, relativo a las técnicas de reproducción humana, establecen en el principio número quince, referido a las madres de sustitución, que los Estados pueden, en casos excepcionales, regulados en su derecho interno, permitir que un médico proceda a fecundar a una madre de sustitución utilizando las técnicas de reproducción asistida, pero con la condición de que la madre de sustitución no obtenga ninguna ventaja material por la operación y que pueda optar por quedarse con el bebé tras el parto.
- En el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo condenó en 2014 la maternidad subrogada, como práctica que lesiona la dignidad humana de la mujer, pues con ella las funciones reproductivas y el

cuerpo de las mujeres, en particular de las más vulnerables que residen en países en vías de desarrollo, son explotados con una finalidad económica.

- El Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993, establece en su artículo 4 que solo es válida la adopción cuando los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y no han sido revocados.
- El Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en su artículo 35, obliga a los Estados a adoptar todas las medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.
- El Protocolo facultativo al Convenio referido en el punto anterior, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000, en su artículo 1 obliga a los Estados parte a prohibir la venta de niños y la pornografía infantil y define, en su artículo 2, la venta de niños como todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución.
- La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000, en su artículo 3, prohíbe que el cuerpo humano, o partes del mismo en cuanto tales, se conviertan en objeto de lucro.
- El Convenio de Oviedo, de 1997, establece, en su artículo 21, que el cuerpo humano y sus partes no podrán constituir fuente de lucro.

Hemos visto que los defensores de la prohibición de la gestación subrogada han interpretado la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Paradiso*

(2017) como favorable a sus tesis, a la vez que añaden otros argumentos jurídicos contrarios a la gestación subrogada¹⁸.

Sin embargo, un estudio más detallado de dicha sentencia, en los apartados siguientes, mostrará que no está del todo claro si la conclusión a la que llega la Gran Sala se debe más bien a las decisiones procesales previamente tomadas por la Sala, fundamentalmente la de no admitir al menor como demandante, que impedirán a la Gran Sala conocer de la posible vulneración del derecho a la vida privada del menor, en lugar de a una postura contraria a la gestación subrogada, por parte de la Gran Sala. En este sentido, Esther Farnós nos recuerda que la sentencia de la Sala, del año 2015, en el caso *Paradiso y Campanelli*, fue recibida, por un sector de la doctrina, como un pronunciamiento favorable a la gestación subrogada, mientras que la sentencia de la Gran Sala, del año 2017, que vino a contradecirla, fue recibida, por otro sector de la doctrina, como una dura crítica a la gestación subrogada. Ambas posturas se mostrarán como excesivamente unilaterales, tras el examen detallado de los pronunciamientos procesales contenidos en dichas sentencias que determinarán el objeto del proceso y condicionarán la decisión sustantiva, cuestiones que desarrollamos en los apartados siguientes¹⁹.

El Tribunal deberá pronunciarse sobre los argumentos jurídicos referidos, contrarios al reconocimiento de la gestación subrogada y sus efectos, tomados de distintos tipos de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, si quiere ser coherente con una interpretación sistemática del Convenio y que tenga en cuenta otros convenios internacionales de derechos humanos, tal y como le ha sido exigido desde las opiniones separadas a las sentencias de la Sala y la Gran Sala, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017).

¹⁸ Véase MIROCHA 2019: 555, donde comenta la buena acogida de la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017) por un sector de doctrina crítico con la gestación subrogada.

¹⁹ Véase FARNÓS (2016:105) y FARNÓS (2017:234-235).

III.1.2. La filiación derivada de una gestación por sustitución

III.1.2.1. La filiación biológica derivada de una gestación por sustitución

La vulneración del derecho a la vida privada, del menor nacido de una gestación subrogada, por la negativa estatal a reconocer la filiación establecida en un certificado registral extranjero, fue alegada por primera vez ante el TEDH por los demandantes del asunto *Menesson c. Francia* (2014)²⁰.

Recordemos tres notas que caracterizan dicho asunto: 1) el Sr. Menesson es el padre biológico de las menores, 2) los padres de intención convivieron con las menores durante los catorce años anteriores a que el TEDH dictara su sentencia y 3) el TEDH admitió como demandantes tanto a los padres de intención como a las menores²¹.

En este asunto, los demandantes alegan que el derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, integra aspectos de la identidad que no son solamente físicos, sino también sociales, entre estos últimos se incluiría la filiación del individuo, aspecto que habría sido ignorado por la negativa de las autoridades francesas a reconocer la filiación de las menores.

²⁰ La gestación subrogada puede ser entendida como una nueva forma de determinación de la filiación, véase al respecto IGAREDA 2018-I: 222 y 2018-II: 65, donde explica que el problema de la admisión de la gestación subrogada está íntimamente unido al del establecimiento de la filiación y propone que la subrogación sea entendida como una nueva forma de filiación, resultado del acuerdo reproductivo en el ejercicio de un derecho a la reproducción que sería deducible a partir de otros derechos fundamentales.

²¹ Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2019: 460-461.

El Gobierno francés responde que la negativa a transcribir el certificado de nacimiento extranjero no impide que la filiación americana produzca todos sus efectos en Francia.

El TEDH recuerda que el respeto a la vida privada exige que todos podamos establecer los detalles de nuestra identidad, incluida la filiación, pues se trata de un aspecto esencial de la identidad de los individuos. En este sentido, las menores se encuentran en una situación de inseguridad jurídica porque si bien es cierto que un vínculo de filiación ha sido admitido, por la jurisdicción francesa, en la medida en que ha sido establecido por el derecho californiano, no es menos cierto que la negativa a reconocer efectos al certificado registral americano y a transcribirlo en el registro civil francés manifiesta que dicho vínculo de filiación no es reconocido por el derecho francés. Esta contradicción muestra que se ha producido una injerencia en el derecho a la vida privada de las menores.

El Tribunal acepta que el artículo 8 del Convenio no garantiza un derecho a adquirir una nacionalidad determinada, pero añade que la nacionalidad es un elemento de la identidad de las personas para lo que recuerda su jurisprudencia en el asunto *Genovese c. Malta*, nº 53124/09, § 33 de la sentencia de 11 de octubre de 2011.

En el asunto *Menesson c. Francia* (2014), las menores se encuentran en una situación de inseguridad jurídica, en cuanto al reconocimiento de la nacionalidad francesa, a pesar de que su padre biológico es francés, dicha indeterminación afecta negativamente al derecho a la identidad personal de las menores.

El Tribunal continúa diciendo que es aceptable que Francia desee desalentar a sus ciudadanos, para que no recurran en el extranjero a la gestación subrogada. Sin embargo, la negativa a reconocer el vínculo de filiación en estos casos no afecta solamente a los padres de intención, pues también afecta a las menores que han nacido de una gestación subrogada, afecta a su derecho a la vida privada que incluye el derecho a establecer la sustancia de su identidad, de la que es parte importante la filiación (§§ 46-47, 71-72 y 96-99).

El argumento anterior, subraya el Tribunal, es especialmente relevante cuando uno de los padres de intención es también el padre biológico, dada la importancia de la filiación biológica como elemento definitorio de la identidad personal²².

Por tanto, no parece conforme con el interés superior de las menores privarles de dicho vínculo jurídico, por lo que el Tribunal concluye que ha sido vulnerado su derecho a la vida privada, pues el Estado ha ido más allá de lo que su margen de apreciación le permite (§§ 100-101).

Los argumentos y la conclusión anteriores son repetidos por el Tribunal, en su sentencia del caso *Labasse c. Francia* (2014), pues el supuesto de hecho es análogo al enjuiciado en *Menesson c. Francia* (2014).

De esta manera, tenemos que el respeto a la identidad personal del menor, incluida dentro del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, junto al interés superior del menor, obliga a los Estados al reconocimiento de la filiación, entre el padre de intención que también es padre biológico y el menor nacido de una gestación subrogada.

III.1.2.2. La filiación no biológica derivada de una gestación por sustitución

La pregunta que debemos plantearnos, a continuación, es si el derecho a la vida privada del menor obliga a los Estados a reconocer la filiación entre el padre de intención, que no es padre biológico, y el menor nacido de una gestación subrogada. La misma pregunta deberíamos responder en relación con la filiación entre la madre de intención, sea o no madre biológica, y el menor²³.

²² Véase FARNÓS 2016: 103.

²³ Véase GARCÍA SAN JOSÉ 2018: 112, sobre la jurisprudencia contradictoria del TEDH en relación con la gestación subrogada.

Una respuesta a estas preguntas podría habernos llegado a través del asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017), dado que en este caso se planteó una posible vulneración del derecho a la vida privada sin que existiera vínculo genético entre los padres de intención y el menor²⁴.

De hecho, una lectura apresurada podría llevarnos a afirmar que la sentencia de la Sala en el asunto *Paradiso*, del año 2015, supone una respuesta afirmativa a la pregunta sobre el reconocimiento de la filiación entre el padre o la madre de intención, ambos sin vínculo genético con el menor, y el menor nacido de una gestación subrogada. Mientras que la sentencia de la Gran Sala, del año 2017, supondría una respuesta negativa a la misma pregunta.

Sin embargo, una lectura más atenta debe subrayar que la sentencia de la Gran Sala no responde a la pregunta que hemos formulado porque tanto la sentencia de la Sala, que estimó la vulneración del derecho a la vida privada, como la sentencia de la Gran Sala, que concluyó que no se había producido vulneración alguna de dicho derecho, enjuiciaban la medida de separación del menor de los padres de intención, para su guarda por los servicios sociales, sin que formara parte del objeto enjuiciado la negativa a reconocer la filiación, cuestión esta última que fue inadmitida por motivos procesales. Es decir, el Tribunal no se pronunció sobre la negativa estatal al reconocimiento de la filiación con origen en una gestación subrogada, en ninguna de las sentencias que dictó, pues dicha petición fue inadmitida por la Sala, inadmisión que vinculó a la Gran Sala, a causa de las vicisitudes procesales que comentamos seguidamente²⁵.

En primer lugar, el menor no fue admitido como demandante por la Sala, por lo que la Gran Sala hubo de conocer del asunto desde ese presupuesto procesal, la inadmisión del menor como demandante, decisión procesal que

²⁴ Puede consultarse ANDORNO 2018: 133, quien concluye que, aunque el margen de apreciación reconocido a los Estados parece ser muy amplio, en la regulación de la gestación subrogada, finalmente este margen se estrecha, pues obliga a los Estados a reconocer la filiación derivada de una gestación subrogada, con toda claridad cuando existe un vínculo genético, pero no descartable cuando dicho vínculo no existe.

²⁵ Véase JIMÉNEZ MUÑOZ 2018: 50-53, donde comenta las dos sentencias dictadas en el asunto *Paradiso y Campanelli*.

impidió examinar si había sido vulnerado el derecho a la vida privada del menor. Por tanto, ni la Sala ni la Gran Sala pudieron entrar a conocer de la posible vulneración del derecho a la vida privada del menor.

En segundo lugar, la queja por la negativa estatal a transcribir el certificado de nacimiento extranjero fue inadmitida por la Sala porque los demandantes no habían agotado los recursos internos, no habían recurrido en casación, cuando era pertinente hacerlo, pues la jurisdicción italiana tenía derecho a examinar y en su caso corregir la medida impugnada, en aplicación del principio de subsidiariedad (§§ 49-62, de la sentencia de la Sala).

Estas decisiones procesales de la Sala determinaron que la negativa a reconocer la filiación establecida en el certificado registral extranjero no formara parte del objeto enjuiciado y que los derechos sobre los que decidió el Tribunal fueran siempre los derechos de los padres de intención, en ningún momento los derechos del menor, que no fue admitido como demandante.

Lo comentado es válido tanto para la sentencia de la Sala como para la sentencia de la Gran Sala, pues ésta quedó vinculada por las decisiones procesales de la Sala (§§ 1-6 y 142, de la sentencia de la Gran Sala).

Por tanto, poco puede decirnos ni la Sala ni la Gran Sala del Tribunal, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017), sobre el reconocimiento de la filiación del menor, cuando no ha sido admitido el menor como demandante ni admitida la queja que se refiere a la negativa a reconocer la filiación derivada de una gestación subrogada. De tal manera que deducir de las sentencias de la Sala y de la Gran Sala una respuesta afirmativa o negativa, respectivamente, a la pregunta sobre el reconocimiento de la filiación de los padres de intención que no son padres biológicos es incorrecto, pues dicha pregunta ha sido rechazada por motivos procesales, por lo que el Tribunal no la responde²⁶.

²⁶ Sobre el objeto del proceso en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, puede consultarse FARNÓS 2017: 234-235, donde explica que la Gran Sala se pronuncia sobre la actuación de las autoridades italianas y la incidencia de la excepción de orden público frente a la protección del menor.

En el supuesto de hecho de los casos *Foulon y Bouvet c. Francia* (2016) la única novedad que encontramos, en comparación con el supuesto de hecho del caso *Menesson c. Francia* (2014), es que los certificados de nacimiento extranjeros solo se refieren a los respectivos padres de intención, no existe una madre de intención en los casos *Foulon y Bouvet*, se trata de un único comitente en cada supuesto, el padre de intención, que mantiene un vínculo genético con los menores²⁷. Pero dicha diferencia no parece relevante para el Tribunal, que no exista una madre de intención, ni que el acuerdo de gestación subrogada haya sido celebrado en un país como la India, en el que la garantía de los derechos de la madre gestante podría plantear dudas. El Tribunal se remite expresamente a los precedentes de este caso y afirma que no observa ninguna razón para concluir de manera diferente a como lo hizo en los asuntos *Menesson c. Francia* y *Labasse c. Francia*, por lo que estima que ha existido violación del derecho de los menores a la vida privada, ante la falta de reconocimiento de la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada (§§ 55-58).

III.1.2.3. Sobre la madre de intención y el principio *mater semper certa est*

La duda sobre la obligatoriedad, para los Estados, de reconocer la filiación de la madre de intención, establecida como madre legal en el certificado registral extranjero derivado de una gestación subrogada, ha llegado finalmente al Tribunal, bajo la forma de solicitud de una opinión consultiva, conforme al

²⁷ Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2019: 464-466, donde comenta que el propio Estado francés, en el asunto *Foulon y Bouvet c. Francia* (2016), admite la doctrina del TEDH sobre filiación derivada de una gestación subrogada, pues sus alegaciones se basan preferentemente en motivos procesales, en especial en la excepción de cosa juzgada. El TEDH rechazará la excepción de cosa juzgada y estimará la vulneración del Convenio.

Protocolo nº 16 adicional al Convenio. Sin embargo, el Tribunal ha limitado su respuesta a aquellos supuestos en los que concurren dos condiciones: que el padre de intención, que figura en el certificado registral, sea también el padre biológico y que haya sido reconocida su filiación en el derecho estatal²⁸.

Recordemos que el Protocolo nº 16 al Convenio entró en vigor el 1 de agosto de 2018, tras ser ratificado por los primeros diez estados, Francia entre ellos. El Protocolo establece un nuevo procedimiento por el que los Estados, a través de las altas instituciones nacionales determinadas por ellos, pueden solicitar al Tribunal opiniones consultivas, sobre cuestiones relativas a la interpretación o la aplicación de los derechos y libertades definidos por el Convenio o sus protocolos adicionales.

El Tribunal de Casación francés fue el primero en presentar una solicitud de opinión consultiva, de la que ha conocido el TEDH, la presentó el 18 de octubre de 2018, solicitud en la que formula una pregunta sobre el reconocimiento de la filiación, en relación con la madre de intención.

Debemos subrayar que el carácter que define este Protocolo es su no vinculatoriedad. Ni es vinculante su firma por los Estados miembros del Consejo de Europa ni es vinculante la opinión que emita el Tribunal, para los Estados que lo hayan ratificado. Porque la finalidad del Protocolo es facilitar un diálogo entre el Tribunal y las autoridades o jurisdicciones nacionales, así como establecer unas líneas de interpretación y aplicación del Convenio y sus protocolos adicionales que permitan resolver las presuntas violaciones de los derechos humanos ante la jurisdicción nacional, a fin de reducir en lo posible el recurso al Tribunal, con lo que previsiblemente se reduciría su carga de trabajo, que amenaza con colapsarlo²⁹.

²⁸ Dictamen de la Gran Sala del TEDH, en relación con el reconocimiento en derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, solicitado por el Tribunal de Casación francés, demanda nº P16-2018-001, 10 de abril de 2019, dictamen firme.

²⁹ Puede consultarse DURÁN 2019: 132-136, sobre la naturaleza y finalidad del Protocolo adicional al Convenio nº 16 que define a partir de su no obligatoriedad.

El artículo 1 del Protocolo establece que la solicitud deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto. El Tribunal de Casación francés plantea su solicitud de opinión consultiva con base en el asunto *Mennesson c. Francia* (2014), por lo que el supuesto de hecho es bien conocido para nosotros. La pregunta formulada al TEDH pretende averiguar si es obligatorio para los Estados reconocer la filiación de la madre de intención, cuando ya ha sido reconocida la del padre de intención que también es padre biológico, y qué procedimiento debe seguir el Estado para el reconocimiento de la filiación materna, en caso de que la respuesta del Tribunal sea favorable al reconocimiento. Finalmente, plantea al Tribunal si existe diferencia entre una madre de intención que también es la madre genética y la que no lo es, en cuanto a la obligación de reconocimiento de la filiación y al procedimiento a seguir para dicho hipotético reconocimiento de la filiación materna.

El 10 de abril de 2019, la Gran Sala emitió su opinión consultiva, por unanimidad de sus miembros, en la que resolvió que el derecho a que sea respetada la vida privada de un nacido en el extranjero, de un acuerdo de gestación subrogada, exige que sea reconocida la relación de filiación entre el menor y la madre de intención, que figure como madre legal en el certificado registral extranjero. Pero solo en aquellos casos en los que la filiación paterna haya sido reconocida al padre de intención, por existir un vínculo genético entre el padre y el menor. Lo que el Tribunal no exige es que el procedimiento para el reconocimiento de la filiación materna deba realizarse mediante la transcripción del certificado de nacimiento, pues el Estado puede establecer otros procedimientos: de adopción, de posesión de estado u otros, siempre que se garantice la eficacia y la rapidez del procedimiento, conforme al interés superior del menor (§§ 40-47).

En relación con esta pregunta y su respuesta, debemos recordar que la jurisprudencia francesa ha evolucionado, desde la sentencia del TEDH en el caso *Mennesson c. Francia* (2014), pues el Tribunal de Casación francés reconoce la obligación de transcribir el certificado de nacimiento extranjero que establece la filiación de un menor nacido de gestación subrogada, pero mediante

una transcripción parcial, pues solo se transcribe la filiación del padre de intención reconocido como padre legal que además sea padre biológico. La filiación de la madre de intención recogida en el certificado no se transcribe, con independencia de si es también la madre biológica, aunque se le reconoce el derecho a iniciar un procedimiento de adopción del menor, por lo que la filiación de la madre de intención puede ser finalmente reconocida. De ahí la pregunta planteada por el Tribunal de Casación francés. Pero la opinión consultiva solo ha respondido a una parte de la pregunta. Se ha excusado, para no responder la pregunta en su integridad, en la necesidad de limitar su opinión al supuesto de hecho planteado, del que deriva la consulta, el asunto *Mennesson*. De manera que el TEDH no ha resuelto la duda sobre la posible diferencia de trato entre una madre de intención que también sea madre genética y la que no lo es.

Ocurre que el Tribunal no ha querido resolver en abstracto una cuestión tan compleja, pues reconocer a la madre de intención que también es madre genética una posición equivalente a la del padre biológico, puede parecer lo más justo y respetuoso con el principio de igualdad, recogido en el artículo 14 del Convenio, pero plantearía nuevas preguntas, sobre la definición de la maternidad, pues cabría plantear un conflicto, sobre el reconocimiento de la condición de madre, entre la madre que gesta y pare frente a la madre de intención y genética, por ser la que aporta el óvulo.

Por tanto, lo que está en cuestión es el principio *mater semper certa est*, que podría ser sustituido por un principio alternativo que afirmase que madre es la que gesta y pare, excepto en el caso de que exista una madre de intención, que también sea la madre genética, supuesto en el que esta última sería la madre. Si aceptamos lo anterior, entonces habríamos sustituido el principio *mater semper certa est* por un principio diferente que afirma como madre natural o madre cierta a la madre de intención que también es madre genética. Dicho dilema o paradoja, en la determinación de la maternidad, no ha sido resuelto por el TEDH, aunque previsiblemente deberá enfrentarse a él en un futuro. El Tribunal es muy consciente del problema; sin embargo, se resiste a resolverlo mediante una opinión consultiva, cuyo carácter será siempre más abstracto que la solución de un asunto concreto, pues prefiere examinar el problema cuando le

sea planteado un asunto en el que pueda valorar todos los elementos del supuesto de hecho concreto que sea sometido a su juicio.

En los asuntos *C c. Francia* y *E c. Francia*, resueltos conjuntamente, mediante una decisión del 19 de noviembre de 2019, se plantean sendos supuestos de hecho que se corresponden con algunas de las cuestiones a las que ha respondido el Tribunal, en la opinión consultiva que hemos comentado. La queja de los demandantes se refiere a la negativa de las autoridades francesas a la hora de transcribir íntegramente el certificado de nacimiento extranjero, en el que figuran tanto el padre como la madre de intención. El certificado registral es transcrito, en el Registro Civil francés, en cuanto al padre de intención, por ser también el padre biológico, pero la transcripción de la filiación materna ha sido denegada. En estos asuntos la madre de intención no es la madre genética.

Los demandantes, los padres de intención y los menores, alegan vulneración del derecho a la vida privada de los menores, pero también la discriminación por vulneración del principio de igualdad en combinación con el derecho a la vida privada, de los artículos 14 y 8 del Convenio.

El Tribunal recuerda, en relación con la posible vulneración del derecho a la vida privada, que ya emitió una opinión consultiva, el 10 de abril de 2019, en la que concluyó que, en aquellos casos en los que el menor ha nacido en el extranjero de una gestación subrogada en la que se han utilizado gametos del padre de intención y de una tercera donante, cuando ha sido reconocida en derecho interno la filiación entre el menor y el padre de intención, que también es padre biológico, el derecho a la vida privada del menor exige que el derecho interno ofrezca la posibilidad de reconocer un vínculo de filiación entre el menor y la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento extranjero como la madre legal. Sin embargo, añadió que no se exige que dicho reconocimiento se alcance mediante la transcripción del certificado de nacimiento en el Registro Civil, pues puede alcanzarse por otras vías, como pueda ser la adopción del menor por la madre de intención, con la condición de que las modalidades previstas en el derecho interno garanticen la efectividad y la celeridad de su puesta en práctica, conforme al interés superior del menor. El

Tribunal entiende que, dadas las circunstancias del asunto planteado, no supone una carga excesiva, para los menores, el exigir que su madre de intención inicie un procedimiento de adopción. Por tanto, el rechazo de las autoridades francesas, a transcribir el certificado de nacimiento extranjero, no es desproporcionado en relación con los fines perseguidos (§§ 38-44).

En cuanto a la posible vulneración del artículo 14, en combinación con el artículo 8, que supone imponer a los demandantes una suerte de adopción-sanción como forma de reproche a un tipo de concepción, la gestación subrogada, de la que los menores no son responsables, el TEDH se remite a los principios generales sobre discriminación que se deducen de su jurisprudencia, tal y como fueron enunciados en la sentencia del asunto *Biao c. Dinamarca*, nº 38590/10, §§ 88-93 de la sentencia de 24 de mayo de 2016, de donde resulta que para aplicar el artículo 14 debe existir una diferencia de trato a distintas personas, en situaciones análogas o comparables, y que una diferencia es discriminatoria cuando no reposa en una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo o cuando no existe proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. En este caso, suponiendo que la situación de los menores nacidos en el extranjero de una gestación subrogada y los otros menores nacidos en el extranjero fuera análoga o comparable, la negativa a la transcripción del certificado de nacimiento necesitaría de una justificación razonable. Pero dicha justificación razonable existe, pues la diferencia de trato se justifica en el control jurisdiccional, ligado al procedimiento de adopción o de otro tipo, que permite asegurar, en cada caso concreto, que se protege el interés superior del menor nacido de una gestación subrogada en el extranjero. El Tribunal recuerda su opinión consultiva sobre la materia en la que establece que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de adoptar el mecanismo jurídico que permita el reconocimiento del vínculo entre el menor y los padres de intención. Por tanto, la diferencia de trato responde a una justificación objetiva y razonable, por lo que no existe discriminación (§§ 51-53).

En el asunto *D c. Francia* (2020) fue planteada ante el Tribunal la posible vulneración del artículo 14, en relación con el artículo 8 del Convenio, pues las

autoridades francesas transcribieron el certificado de nacimiento extranjero con origen en una gestación subrogada de manera parcial, solo transcribieron la filiación del padre de intención que también era padre biológico, mientras que no transcribieron la filiación materna.

La novedad de este asunto, y su interés, reside en que la madre de intención es también la madre genética, por lo que los demandantes alegan que la madre ha sido discriminada, en relación con el padre. Sin embargo, el Tribunal no resuelve la cuestión sustantiva planteada porque los demandantes han puesto en conocimiento del Tribunal que la madre de intención también es la madre genética de manera extemporánea, no fue alegada ante la jurisdicción interna, ni siquiera ante el propio TEDH, pues no fue puesta en conocimiento del Tribunal hasta el 12 de septiembre de 2019, habiéndose omitido dicha información tan relevante en la demanda presentada el 2 de marzo de 2018. Asimismo, esta nueva alegación, planteada extemporáneamente, ha incumplido el plazo de seis meses establecido en el artículo 35 § 1 del Convenio, por lo que debe ser inadmitida. A causa de dicho defecto procesal se ha perdido una oportunidad para que el Tribunal responda a la pregunta sobre la posible discriminación de la madre de intención que también es madre genética frente al padre de intención que también lo es (§§ 81-83).

III.1.3. El derecho a la vida familiar y el reconocimiento de la filiación

Ninguno de los asuntos resueltos por el TEDH, en los que ha sido alegada la vulneración del derecho a la vida familiar ante la negativa estatal a reconocer la filiación del menor, derivada de un acuerdo de gestación subrogada, ha concluido con una sentencia en la que el Tribunal haya estimado la vulneración del derecho a la vida familiar, del artículo 8 del Convenio, con fundamento en dicha negativa a reconocer la filiación.

Lo anterior no implica que sea imposible imaginar un supuesto de hecho en el que el rechazo a reconocer la filiación, derivada de una gestación subrogada, determine la vulneración del derecho a la vida familiar, ya sea de los padres de intención o del menor. Sería perfectamente posible un supuesto de hecho en el que las dificultades en el desarrollo de la vida familiar, asociadas a la falta de reconocimiento de la filiación, determinasen la vulneración del derecho a la vida familiar de los menores, incluso de los padres de intención. Al menos dicha situación es imaginable, como supuesto teórico, y podría darse en la práctica, aunque en los casos que han llegado hasta el Tribunal no haya sido estimada la vulneración del derecho a la vida familiar, con fundamento en el rechazo a reconocer la filiación. En realidad, un supuesto de hecho que habría permitido apreciar la vulneración del derecho a la vida familiar sí ha llegado al Tribunal, se trata del planteado en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017). Se trata de un caso en el que es alegada la falta de reconocimiento de la filiación y la vulneración del derecho a la vida familiar, aunque el Tribunal no resuelve la cuestión de fondo, pues inadmite la queja fundada en la falta de reconocimiento de la filiación, por un defecto procesal, como ya ha sido comentado y volveremos a examinar más adelante, desde otro punto de vista.

Sin embargo, desde el estudio de la jurisprudencia del Tribunal es posible defender que la relación entre reconocimiento de la filiación, derivada de una gestación subrogada, y derecho a la vida familiar no es una relación del tipo de la que encontramos, en esa misma jurisprudencia, entre reconocimiento de la filiación, derivada de una gestación subrogada, y derecho a la vida privada de los menores.

La conexión entre el reconocimiento de la filiación del menor y el derecho a la vida privada del menor, nacido de una gestación subrogada, ya ha sido señalada y comentada en el apartado anterior, en el que hemos visto que existe una relación de implicación, pues negar al menor el reconocimiento de la filiación, cuando el padre de intención es también el biológico, implica una vulneración del derecho a la vida privada del menor, ya que el respeto a su identidad personal exige que su filiación biológica sea reconocida.

Mientras que negar el reconocimiento de la filiación del menor no implica que su derecho a la vida familiar haya sido vulnerado, pues puede ocurrir, es lo que de hecho ha ocurrido, en los supuestos que han sido planteados ante el Tribunal, que el Estado permita un desarrollo normal de la vida familiar, es decir, el acceso del menor a los servicios de educación y sanidad, la concesión de prestaciones de la seguridad social, que se le permita residir y convivir con sus padres sin diferencias importantes con las otras familias. En dichos supuestos de hecho, el Tribunal concluirá que la vida familiar no ha sido vulnerada. Vemos que la falta de reconocimiento de la filiación no es una causa suficiente para estimar la vulneración de la vida familiar. No existe una relación de implicación. Sin embargo, algún tipo de conexión existe.

Pero comprender la naturaleza de la conexión entre el reconocimiento de la filiación, derivada de una gestación subrogada, y el derecho a la vida familiar, exige estudiar detalladamente los distintos pronunciamientos del Tribunal, lo que haremos a continuación.

En el primero de los asuntos, en el que se plantea el problema de la gestación subrogada ante el Tribunal, el asunto *Menesson c. Francia* (2014), ya aparece la necesidad de distinguir entre derecho a la vida familiar, de una parte, y derecho a la vida privada, de la otra; cuando se plantea la posible vulneración de estos derechos, ante la negativa estatal a reconocer la filiación determinada en un certificado registral extranjero, derivado de una gestación subrogada.

Tanto el derecho a la vida familiar como el derecho a la vida privada se recogen en el artículo 8 del Convenio y aunque guarden relación entre ellos se trata de derechos diferentes, como veremos seguidamente.

En el asunto *Menesson c. Francia*, los demandantes, las hijas menores y los padres de intención, alegan que la negativa de las autoridades francesas a reconocer la filiación, determinada en el certificado de nacimiento californiano,

derivado de una gestación subrogada, vulnera tanto el derecho a la vida familiar de los padres de intención como de las menores³⁰.

El TEDH examina la admisibilidad de dicha queja, que exige la existencia de vida familiar, elemento fáctico previo a su admisión. En este sentido recuerda que en el asunto *X, Y y Z c. Reino Unido*, nº 2183/93, §§ 36-37 de la sentencia de 22 de abril de 1997, la existencia de vínculos familiares *de facto* permitió la aplicación del artículo 8 del Convenio. En aquel caso dichos vínculos familiares existían entre un niño nacido por inseminación artificial con gametos de un donante y el compañero transexual de la madre, compañero que se comportó con el menor como un padre desde su nacimiento. El Tribunal también reconoció la existencia de vida familiar *de facto* en el asunto *Wagner y J. M. W. L. c. Luxemburgo*, nº 76240/2001, § 17 de la sentencia de 28 de junio de 2007, entre un niño y su madre adoptiva, aunque la adopción, constituida en el extranjero, no hubiera sido reconocida en el derecho luxemburgués. Lo que importa en estos casos es la realidad concreta de las relaciones entre los interesados. Por tanto, en este asunto, *Menneson c. Francia* (2014), dado que los padres de intención se ocupan de las menores como padre y madre, desde el nacimiento de las mismas, y que los cuatro conviven de una manera que se corresponde con la idea habitual de lo que es una familia, el Tribunal concluye que existe vida familiar *de facto* y que es aplicable el derecho a que sea respetada su vida familiar, conforme al artículo 8 del Convenio.

Los demandantes enumeran las dificultades concretas que han encontrado en el desarrollo de su vida familiar, como consecuencia de la medida enjuiciada que consiste en la negativa estatal a reconocer la filiación, con la finalidad de justificar la violación del derecho a la vida familiar. Entre esas dificultades se encuentra la negativa a reconocer la nacionalidad francesa de las menores, así como a librar un pasaporte francés o un permiso de residencia. Es cierto que no pueden ser expulsadas de Francia, conforme a la legislación

³⁰ Véase JIMÉNEZ 2018: 47, donde analiza las notas que definen el supuesto de hecho planteado en *Menneson c. Francia* (2014) y que permiten al TEDH construir su doctrina: la existencia de un vínculo genético, la larga duración de la convivencia familiar y la admisión de las demandas que fueron presentadas ante la jurisdicción estatal.

francesa, ya que son menores; pero la incertidumbre sobre su situación, cuando alcancen la mayoría de edad, produce una inseguridad jurídica evidente, pues podrían ser expulsadas, al no disponer de permiso de residencia. Asimismo, podrían encontrar dificultades a la hora de heredar de los comitentes. Añaden que, en caso de fallecimiento del padre de intención, que también es el padre biológico, la madre de intención, que no es madre biológica, podría verse privada de la patria potestad o de la guarda sobre las menores. Por otra parte, ante cualquier gestión administrativa, los trámites burocráticos se complican, pues deben presentar el certificado de nacimiento extranjero, debidamente acompañado de una traducción jurada, y habitualmente se cierne sobre los demandantes la sospecha, de los funcionarios de la Administración francesa, sobre la posible comisión de una ilegalidad o al menos de una irregularidad, lo que complica cualquier trámite administrativo.

El TEDH responde aclarando, en primer lugar, que es necesario distinguir entre el derecho a la vida familiar de los demandantes, por una parte, y el derecho a la vida privada, por otra; para añadir a continuación que la falta de reconocimiento, en derecho francés, de la filiación entre los padres de intención y las menores, es cierto que afecta necesariamente al desarrollo de su vida familiar y produce dificultades concretas, como ya puso de manifiesto el Informe de 2009, sobre revisión de las leyes bioéticas, del Consejo de Estado francés. Sin embargo, el Tribunal señala que dichas dificultades, sufridas por los demandantes, no han sido insuperables en la práctica y no ha sido probado que la imposibilidad de obtener, en derecho francés, el reconocimiento del vínculo de filiación les haya impedido beneficiarse en Francia de su derecho al respeto de la vida familiar. En dicho sentido, ha quedado acreditado que los padres de intención y las menores han podido establecerse en Francia, poco después del nacimiento de las menores, donde viven en condiciones comparables a las de otras familias. Asimismo, han disfrutado de los servicios públicos de educación y sanidad, han obtenido prestaciones de la seguridad social, no han visto perturbada su convivencia familiar, y no parece que exista riesgo de que dicha situación vaya a cambiar en el futuro. Por tanto, el Tribunal entiende que no se ha producido la vulneración del derecho a la vida familiar ante la simple negativa a reconocer la filiación, pues las autoridades francesas han permitido que la vida

familiar de los padres de intención y las menores se desarrolle en términos comparables a los de cualquier otra familia (§§ 27, 45, 65-68, 86-92).

De esta manera ha quedado justificado, mediante el argumento jurídico esbozado por el Tribunal, que la negativa a reconocer la filiación derivada de una gestación subrogada no implica necesariamente la vulneración del derecho a que sea respetada la vida familiar.

En cuanto al supuesto de hecho contemplado en el asunto *Labasse c. Francia* (2014) es comparable al planteado en el caso *Menesson c. Francia* (2014), por lo que la conclusión a la que llega el Tribunal, en relación con la posible vulneración del derecho a la vida familiar, es análoga en ambos casos. De hecho, la sentencia del caso *Labasse* se remite expresamente a la sentencia del asunto *Menesson*. Ambas sentencias se dictaron en la misma fecha, el 26 de junio de 2014, por lo que no se trata tanto de la consolidación de una doctrina jurisprudencial como de una primera aparición de dicha doctrina por medio de dos sentencias que resuelven casos semejantes.

En el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017) también es alegada la vulneración del derecho a la vida familiar, ante la negativa estatal a reconocer la filiación determinada por un certificado registral extranjero, en este caso ruso, derivada de una gestación subrogada celebrada en aquel país. Sin embargo, el Tribunal no se pronunciará sobre el fondo de la queja referida, pues la inadmite porque los demandantes no recurrieron en casación la medida consistente en la negativa a reconocer la filiación, recurso que habría sido pertinente, para permitir a la jurisdicción italiana subsanar la vulneración alegada, así como crear una doctrina jurisprudencial estatal sobre la materia. En efecto, al no presentar dicho recurso, los demandantes han incumplido la obligación de agotar los recursos internos, requisito exigido por el artículo 35.1 del Convenio, así como por el principio de subsidiariedad, construido jurisprudencialmente, por lo que dicha queja es inadmitida por el TEDH, tanto en la sentencia que dicta la Sala, el 27 de enero de 2015, como en la sentencia definitiva dictada por la Gran Sala, el 24 de enero de 2017, ya que la Gran Sala quedó vinculada por las decisiones procesales adoptadas por la Sala, el tribunal *a quo*.

No obstante, la sentencia de la Sala estimará finalmente la vulneración del derecho a la vida familiar, pero no por la queja ante la falta de reconocimiento de la filiación, sino por la separación entre el menor y los padres de intención, su puesta bajo la guarda de los servicios sociales y el inicio de un procedimiento para su adopción por otra familia, medidas todas ellas adoptadas por las autoridades italianas³¹.

Para estimar la vulneración del derecho a la vida familiar, por esas otras medidas referidas, la Sala debe en primer lugar examinar si existe vida familiar, pues es el presupuesto procesal para admitir dicha queja. Y en esta primera sentencia, del caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, dictada por la Sala un 27 de enero de 2015, el Tribunal entiende que existe vida familiar *de facto*, pues los comitentes y el menor han convivido durante seis meses en Italia, a los que habría que sumar dos meses más en Rusia, de convivencia entre la madre de intención y el menor, habiéndose establecido vínculos afectivos de calidad entre ellos, añade que los padres de intención se han comportado con el menor como padres del mismo (§ 69 de la sentencia de la Sala).

Estas conclusiones de la Sala serán enmendadas por la Gran Sala, mediante una sentencia definitiva en la que niega la existencia de vida familiar, pues a su juicio la convivencia ha sido muy breve, ninguno de los padres de intención mantiene un vínculo biológico con el menor y la precariedad del vínculo jurídico es consecuencia de la actuación contraria al derecho italiano de los padres de intención. Por todo ello la queja sobre la posible vulneración del derecho a que la vida familiar sea respetada es inadmitida, ya que no existe vida familiar, a juicio de la Gran Sala (§§ 142-148 de la sentencia de la Gran Sala)³².

³¹ Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2019: 461-485, donde presenta un comentario sistemático de las dos sentencias del TEDH en el asunto *Paradiso y Campanelli*, que le lleva a concluir que, a pesar de las semejanzas entre los problemas jurídicos que plantea la adopción internacional y la gestación subrogada, existe una diferencia fundamental entre ambas materias, pues mientras que la prohibición de la adopción internacional carece de sentido sí puede tenerlo defender la prohibición de la gestación subrogada.

³² Pueden consultarse distintos comentarios, que amplían el argumento presentado, en VALERO 2014: 426-430, FARNÓS 2017: 232-234 y OLAYA 2018: 123-124.

Los anteriores argumentos jurídicos, tomados de la jurisprudencia del Tribunal, así como de su interpretación por la doctrina, muestran que la vulneración del derecho a la vida familiar puede ser estimada por el Tribunal. De hecho, lo fue en la sentencia de la Sala, en el asunto *Paradiso y Campanelli*. Sin embargo, difícilmente podrá serlo con base en la falta de reconocimiento de la filiación, pues requerirá de una injerencia en el derecho de mayor entidad. El derecho a la vida familiar puede ser vulnerado, pero por otro tipo de medidas estatales, diferentes de la mera falta de reconocimiento de la filiación, como podrían ser las medidas de separación del menor de su familia o la apertura de un procedimiento de adopción, medidas que suponen una injerencia relevante en el derecho.

En los últimos asuntos, que han sido planteados ante el Tribunal, lo que se cuestiona es la negativa a reconocer la filiación de la madre de intención, en aquellos supuestos en los que se reconoce la filiación del padre de intención, estando ambas filiaciones recogidas en el certificado registral extranjero. Se trata de los asuntos *C c. Francia* y *E c. Francia*, resueltos conjuntamente, por una decisión de 19 de noviembre de 2019; así como del asunto *D c. Francia*, resuelto por una sentencia, de 16 de julio de 2020. Cabe destacar, en estos casos, que los demandantes no alegan la vulneración del derecho a la vida familiar junto a la del derecho a la vida privada, como había sido lo habitual en los asuntos planteados ante el Tribunal con anterioridad. La explicación más plausible de esta novedad es que los demandantes, más en general podríamos hablar de los operadores jurídicos, han asumido la doctrina del Tribunal, que niega la vulneración del derecho a la vida familiar ante la simple negativa estatal a reconocer la filiación determinada en un certificado registral extranjero derivado de una gestación subrogada. Esta conclusión se vería confirmada por el Dictamen de la Gran Sala, sobre la opinión consultiva correspondiente a la demanda nº P16-2018-001, de 10 de abril de 2019, que ha sido comentada y que se refiere a la obligación para los Estados de reconocer la filiación materna establecida en un certificado registral extranjero y derivada de una gestación subrogada, cuando el padre de intención también es el padre biológico y ha visto reconocida su filiación. Se vería confirmada por dicho Dictamen porque la opinión jurídica que ofrece no se basa en el derecho a la vida familiar, sino únicamente

en el derecho a la vida privada del menor, así como en la protección del interés superior del menor. Recordemos que esta opinión consultiva establece que la filiación materna debe ser reconocida por el Estado en el supuesto planteado, pues debe tenerse en cuenta el derecho a la vida privada del menor, en el que está incluido el derecho a la identidad personal, ya que la identidad personal viene en parte definida por la filiación, por lo que la protección del interés superior del menor exige que la filiación materna sea reconocida, cuando se cumplan los requisitos comentados (§ 46 de la opinión consultiva).

Por tanto, la doctrina del Tribunal que desestima la vulneración del derecho a la vida familiar, en relación con la negativa estatal a reconocer la filiación establecida en un certificado registral extranjero derivada de una gestación subrogada, es una doctrina consolidada en la jurisprudencia del Tribunal, que ha sido asumida por los operadores jurídicos.

Una doctrina que ha sido aplicada en la sentencia de 18 de mayo de 2021, dictada en el asunto *Fjölнисdóttir y otros c. Islandia*, nº 71552/20217, de la Sección 3ª del TEDH, donde éste concluye que ni se ha producido violación del derecho a la vida familiar ni del derecho a la vida privada, ante la negativa estatal a reconocer la filiación derivada de una gestación subrogada. Se trata de un supuesto de hecho en el que no existe vínculo biológico entre el menor y sus padres de intención. El TEDH entiende que los demandantes han podido desarrollar su vida familiar de manera adecuada, por lo que la prohibición estatal de la gestación subrogada y la negativa a reconocerle efectos, que entra dentro del margen de apreciación reconocido al Estado, no ha supuesto una vulneración del derecho a la vida familiar. En cuanto a la posible vulneración de la vida privada, el TEDH mantiene que la argumentación jurídica que ha seguido en relación con el derecho a la vida familiar le es aplicable por analogía, y concluye que tampoco se ha producido vulneración de este derecho (§ 75-76).

Esta sentencia, del asunto *Fjölнисdóttir y otros c. Islandia*, incluye una opinión separada del juez Lemmens que se muestra conforme con la argumentación seguida por el TEDH, en relación con la desestimación de la vulneración del derecho a la vida familiar, pero que confiesa sus dudas sobre la aplicación de esos razonamientos al derecho a la vida privada (§§ 1 y 2 de la

opinión separada). Nos recuerda el juez Lemmens que, en la doctrina del TEDH sobre esta materia, el derecho a la vida privada exige reconocer la filiación en los supuestos en los que exista un vínculo biológico entre el menor y los padres de intención, dada su importancia para la identidad personal del menor, un problema jurídico que no habría sido abordado por el TEDH en este asunto. Y añade que no puede ser excluido un desarrollo futuro de esta doctrina del TEDH que termine exigiendo el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada en los supuestos en los que no exista vínculo biológico. De ahí las dudas que expresa en su opinión separada (§§ 4 y 5 de la opinión separada).

Con la sentencia del asunto *Fjölinsdóttir y otros c. Islandia* (2021), comprobamos que el TEDH ha desperdiciado, una vez más, una oportunidad preciosa para desarrollar su doctrina sobre el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada en aquellos casos en los que el menor no guarda vínculo biológico con los padres de intención.

III.2. Una doctrina procesal incoherente que dificulta el desarrollo de una doctrina sustantiva

III.2.1. Un concepto incoherente de competencia *ratione personae*

En la mayoría de los asuntos planteados ante el TEDH ha sido admitida la legitimación activa del menor nacido de una gestación subrogada, su condición de víctima directa, así como la capacidad de los padres de intención para representarlo ante el Tribunal, es decir, el menor ha sido admitido como demandante. Concretamente, ha ocurrido así en todos los casos, excepto en uno de ellos. En efecto, las quejas en nombre del menor fueron inadmitidas en el

asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017), es decir, en el caso más polémico y controvertido resuelto por el Tribunal. En las sentencias dictadas en este asunto, por la Sala y por la Gran Sala, la inadmisión de las quejas presentadas en nombre del menor desempeña un papel importante, pues limita el objeto del proceso, por lo que el Tribunal solo entrará a conocer de los derechos de los padres de intención, no así de los derechos del menor.

En la sentencia dictada por la Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2015) el Tribunal no niega realmente la legitimación activa del menor, ni su posible condición de víctima. Lo que hace el Tribunal es negar a los padres de intención el derecho a representar al menor ante el Tribunal, por lo que las quejas presentadas en nombre del menor son inadmitidas por falta de competencia *ratione personae*.

Sin embargo, dicha inadmisión por falta de competencia *ratione personae* tiene los mismos efectos procesales que hubiera tenido negar la legitimación activa del menor, pues aunque no se niega la condición de víctima del menor, en la práctica se deja a una posible víctima, el menor, sin tutela judicial efectiva, o mejor, para decirlo con el lenguaje del TEDH, la inadmisión por falta de competencia *ratione personae* incumple, en este caso, el principio de efectividad, que exige que los derechos sean garantizados³³.

En la práctica, ocurrirá que el Tribunal no examinará la posible vulneración de los derechos del menor ante la actuación de las autoridades italianas, no lo hará ni en la sentencia dictada por la Sala ni en la dictada por la Gran Sala, pues esta última entiende que queda vinculada por los pronunciamientos procesales de la Sala. Únicamente examinarán, tanto la Sala como la Gran Sala, la posible violación de los derechos de los padres de intención, limitación del objeto del proceso que será determinante en la conclusión del asunto, pues ya sabemos que el Tribunal en su jurisprudencia, sobre esta materia, solamente ha estimado la vulneración del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio en aquellos casos en los que el titular del derecho es el menor y siempre para

³³ Véase HARRIS 2018: 6-19, sobre los distintos principios en la interpretación del Convenio entre los que se encuentra el de efectividad.

proteger el interés superior del menor, mientras que ha desestimado las alegaciones sobre vulneración de los derechos de los padres de intención. Al menos, ha ocurrido así cada vez que los padres de intención han planteado una queja por la vulneración de sus derechos incluidos en el artículo 8 del Convenio ante la negativa estatal a reconocer la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada, por lo que podemos entender que se trata de una doctrina del Tribunal consolidada.

La Sala del Tribunal entiende que carece de competencia *ratione personae*, respecto de las quejas presentadas en nombre del menor por los padres de intención en el asunto *Paradiso y Campenelli c. Italia* (sentencia de 2015) por los siguientes motivos: ninguno de los padres de intención es progenitor biológico del menor, los comitentes no actuaron ante la jurisdicción italiana en nombre del menor, el menor ya dispone de un representante nombrado por las autoridades italianas y, finalmente, los padres de intención carecen de un poder firmado por el representante legal del menor, el defensor nombrado por la justicia italiana, que podría servir de autorización para demandar en nombre del menor.

Las razones dadas por el Tribunal, que le sirven para justificar la inadmisión de la queja presentada en nombre del menor, son muy débiles como argumentos jurídicos, así como incoherentes con la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal sobre legitimación activa y competencia *ratione personae*, lo que mostramos seguidamente.

Recordemos que una de las características que define el sistema de protección establecido por el Convenio es que permite a los particulares demandar directamente a los Estados ante el TEDH.

En virtud del artículo 34 del Convenio, cualquier persona física que se considere víctima de una violación de sus derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos adicionales puede presentar una demanda ante el Tribunal contra el Estado que haya vulnerado sus derechos. Aunque el anterior derecho está limitado por el artículo 35 del Convenio, donde se recoge la obligación para

el Tribunal de declarar inadmisibles cualquier demanda individual incompatible con las disposiciones del Convenio, manifiestamente mal fundada o abusiva³⁴.

Dichas nociones, la de incompatibilidad con el Convenio, estar mal fundada, u otras causas de inadmisión por falta de competencia del Tribunal, son nociones autónomas. Es decir, son nociones cuyo contenido no viene determinado por el derecho de los Estados, ni siquiera por el derecho internacional público. Al contrario, son nociones jurídicas cuyo contenido y reglas de aplicación no dependen del derecho estatal o internacional, sino que deben ser definidas por el Tribunal en su jurisprudencia, como nociones autónomas respecto de los derechos estatales y del derecho internacional³⁵.

III.2.1.1. Una noción autónoma de víctima, legitimación activa e incompetencia *rationae personae* para el menor nacido de una gestación subrogada

Las nociones autónomas de víctima, legitimación activa e incompetencia *ratione personae* han sido definidas jurisprudencialmente por el TEDH creando una doctrina que le permite decidir cuándo una demanda individual debe ser inadmitida por no reunir la condición de víctima, por falta de legitimación activa o por otra causa que determine la incompetencia *ratione personae* del Tribunal.

El Tribunal reconoce la condición de víctima independientemente de lo que pueda establecer el derecho estatal, por lo que puede aceptar como víctima

³⁴ Puede consultarse LÓPEZ GUERRA 2021: 29-32, sobre el recurso individual ante el TEDH.

³⁵ Puede consultarse HARRIS 2018: 20-23, sobre las nociones autónomas que define el TEDH de manera independiente a los ordenamientos estatales en el ejercicio de su competencia para interpretar el Convenio.

a quien carece de capacidad procesal en derecho interno, pues define la condición de víctima sin que sean determinantes la nacionalidad, el lugar de residencia, el estado civil, o la capacidad jurídica o de obrar.

Mientras que la noción autónoma de competencia *ratione personae*, próxima a lo que en los derechos estatales se entiende por falta de legitimación activa o pasiva, en derecho procesal, aunque no completamente coincidente con dicho concepto procesal estatal, pues se refiere más bien: por una parte, a la exigencia de que el Estado demandado sea el responsable de la actuación que supuestamente vulnera alguno de los derechos protegidos, por otra, se refiere a la exigencia de que el demandante reúna una serie de requisitos para que su condición de demandante pueda ser admitida, requisitos que tienen que ver con su condición de víctima, sea directa, indirecta o potencial, y con la legitimación activa, requisitos que exigen entre otras condiciones, por ejemplo, que se trate de un individuo bajo la jurisdicción del Estado demandado. Si no se cumple con estos requisitos, entre otros, la demanda será inadmitida por falta de competencia *ratione personae*³⁶.

En cuanto a la condición de víctima se adquiere por aquella persona que ha visto vulnerados sus derechos protegidos por el Convenio o sus Protocolos. La existencia de una presunta vulneración de un derecho de una persona concreta, la víctima, como condición para demandar, es un elemento esencial. Por tanto, no se admite ningún tipo de *actio popularis*, es decir, no es posible demandar sin que exista una presunta violación de los propios derechos en concreto, es decir, no es admisible demandar a un Estado porque haya aprobado una legislación o actuado en contra del Convenio, si el demandante no es víctima de dicha legislación o actuación, al menos como víctima potencial. De manera que no es posible un control de la convencionalidad de una ley estatal a semejanza de las cuestiones de constitucionalidad o de los recursos de constitucionalidad que encontramos en la justicia constitucional estatal. El recurso ante el TEDH se parecería más bien a un recurso de amparo, aunque la

³⁶ Véase MORTE 2020: 226-227 y 241-243, sobre la noción de víctima y el derecho al recurso individual. Esta obra puede ser consultada como un excelente manual actualizado sobre el derecho procesal que aplica el TEDH.

comparación tampoco es completamente acertada, dadas las diferencias entre los efectos de las sentencias de los tribunales constitucionales estatales y de las sentencias del TEDH cuya eficacia no alcanza a anular disposición normativa alguna, no pueden anular disposiciones normativas estatales por lo que carecen de efectos de cosa juzgada, aunque sí producen efectos de cosa interpretada frente a los propios tribunales constitucionales estatales, también frente a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, que deben respetar la doctrina jurisprudencial del TEDH³⁷.

Pero, presentada la doctrina general del TEDH sobre los requisitos para la admisibilidad de la demanda, a partir de las nociones autónomas que el Tribunal ha construido en su jurisprudencia, debemos examinar cómo se concreta esta doctrina cuando se trata de la admisión de las demandas presentadas por los padres de intención en nombre de los hijos menores nacidos de una gestación subrogada.

Encontramos una coincidencia en los asuntos en los que el TEDH ha admitido la demanda presentada por los padres de intención en nombre del menor nacido de una gestación subrogada. La coincidencia consiste en que alguno de los comitentes es también el padre biológico, es decir, el Tribunal ha admitido las demandas presentadas por los padres en nombre del menor cuando alguno de los padres de intención es también padre biológico.

En efecto, en el asunto *Mennesson c. Francia* (2014) los demandantes son el padre y la madre de intención junto a las dos menores nacidas de una gestación subrogada en California. Los padres de intención alegan la vulneración de su derecho a la vida privada y a la vida familiar, pero también la vulneración de los derechos a la vida privada y familiar de las menores cuyo padre biológico es también el padre de intención. El Tribunal admite dichas demandas, en relación con el derecho a la vida privada, sin mayores aclaraciones, y en relación con el derecho a la vida familiar examina la existencia de dicha vida familiar que una vez constatada por el Tribunal le permite admitir la demanda también en

³⁷ Puede consultarse SUDRE 2017: 883-891, donde se presenta la noción autónoma de víctima a partir de la jurisprudencia del TEDH.

relación con dicho derecho. De esta manera el Tribunal admite las quejas relativas al derecho a la vida privada y a la vida familiar, admite como demandantes tanto a los padres de intención como a las hijas menores cuyos padres han presentado la demanda en nombre propio y en nombre de las menores (§§ 1-4, 9 y 45).

El supuesto de hecho y la conclusión a la que llega el Tribunal en el asunto *Labasse c. Francia* (2014) coincide, en sus rasgos esenciales, con la del caso anterior por lo que basta remitirse al mismo, aunque es importante destacar que también en este asunto el padre de intención es el padre biológico de la menor nacida de una gestación subrogada en Minesota (§§ 6-10).

Por su parte, en el asunto *D y otros c. Bélgica* (2014) los padres de intención presentan una demanda para la defensa de sus derechos, pero también la presentan en nombre del menor nacido de una gestación subrogada en Ucrania. Alegan la vulneración del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 y del derecho a no sufrir trato degradante o inhumano del artículo 3, tanto de los padres de intención como del menor. El padre de intención es padre biológico del menor. El Tribunal admite las quejas relativas al artículo 8 y al artículo 3, relativas a los padres de intención, así como las presentadas en nombre del menor. En relación con el derecho a la vida familiar, el Tribunal examina si concurre el requisito de admisibilidad que consiste en la existencia de vida familiar y una vez confirmada la existencia de vida familiar, admite esta queja tanto en relación con los comitentes como en relación con el menor. Finalmente, el Tribunal inadmitirá la demanda, pero por otros motivos que ya han sido comentados en los apartados anteriores; en cualquier caso, no por falta de competencia *ratione personae*, que es lo relevante en este momento del argumento (§§ 48-64).

En los casos *Foulon y Bouvet c. Francia* (2016), tramitados y resueltos por el Tribunal en una sola sentencia, encontramos un supuesto de hecho diferente a los anteriores, pues no existe una madre de intención, solo el padre de intención, en ambos supuestos. Pero lo que sí se repite es que el padre de intención es, en ambos asuntos, el padre biológico de los menores nacidos de una gestación subrogada, en este caso en la India. El Tribunal admite ambas

demandas, incluidas las quejas en nombre de los menores, sobre una posible vulneración del derecho a la vida privada y familiar, remitiéndose directamente a su jurisprudencia anterior, iniciada con el asunto *Menesson c. Francia* (§§ 55-58).

A partir de lo comentado, sobre las anteriores sentencias y decisiones, parece claro que la doctrina construida por el Tribunal permite a los padres de intención presentar una demanda en nombre de los menores nacidos de una gestación subrogada cuando alguno de los padres de intención también es el padre biológico del menor lo que supone admitir la condición de víctima del menor y su legitimación activa para demandar en dichos supuestos.

La pregunta que cabe formular es si el Tribunal podría aceptar que los padres de intención presenten una demanda en nombre de los menores cuando ninguno de los padres de intención sea el padre biológico del menor nacido de una gestación subrogada.

La respuesta a la pregunta anterior parece ser negativa. El Tribunal no admitiría la presentación de una demanda en nombre del menor por el padre de intención que no sea padre biológico, si atendemos a las sentencias dictadas por la Sala y la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017). Sin embargo, dicha respuesta negativa puede no ser concluyente, pues los argumentos ofrecidos por el Tribunal no son todo lo convincentes que cabría esperar. Pero veamos los términos en los que se plantea la pregunta en dicho asunto y la respuesta que ofrece la Sala del Tribunal en la sentencia dictada el 27 de enero de 2015, la primera de las sentencias que se dictan en este asunto, la dictada por la Gran Sala el 24 de enero de 2017 será comentada seguidamente.

En el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, los padres de intención, los demandantes, celebran un acuerdo de gestación subrogada en Rusia donde nace un niño de una madre gestante a la que le fue implantado un embrión generado a partir de gametos masculinos y femeninos de donantes anónimos, por lo que los padres de intención carecen de vínculo genético alguno con el menor.

Tras la entrada en Italia de la madre de intención con el menor y la solicitud de inscripción del nacimiento, el ministerio público italiano solicitó al Tribunal de Menores de Campobasso la apertura de un expediente de adopción, pues el menor fue declarado en estado de desamparo. El Tribunal de Menores italiano nombró un defensor del menor y abrió un procedimiento de adopción (§§ 1-14).

Los padres de intención demandan en nombre propio y en nombre del menor, se quejan en nombre del menor de la imposibilidad de obtener el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, así como de las medidas estatales de separación del menor de los padres de intención. Alegan la violación del artículo 8 y 14 del Convenio.

Según el Gobierno italiano, los padres de intención no pueden representar al menor ante el TEDH, pues el menor ya dispone de un defensor que ha intervenido ante la jurisdicción italiana, nombrado por el Tribunal de Menores de Campobasso y confirmado por el Tribunal de Apelación, por lo que la queja de los padres de intención en nombre del menor debería ser inadmitida por falta de competencia *ratione personae*.

De manera un tanto incongruente, la Sala del TEDH recuerda que a la hora de decidir si los padres de intención pueden representar a los hijos nacidos de una gestación subrogada debe ser evitada una aproximación restrictiva o puramente técnica, en particular deben tenerse en cuenta los vínculos entre el menor y los representantes, el objeto y la finalidad de la demanda, así como la eventual existencia de un conflicto de intereses entre el representante y el representado. Pues bien, en este asunto la Sala del Tribunal añade que los padres de intención no guardan ningún vínculo genético con el menor, que además fue representado por un defensor judicial ante la jurisdicción italiana. Subraya que el procedimiento de adopción en Italia está pendiente, procedimiento en el que los demandantes, los padres de intención, han sido descartados como posibles adoptantes del menor. Recoge que el menor convive con una familia de acogida, a la espera de ser adoptado. Recuerda que ningún poder ha sido firmado a fin de que los padres de intención puedan representar al menor. Por tanto, según la Sala, los padres de intención no están legitimados jurídicamente para representar los intereses del menor en un procedimiento

judicial, es decir, carecen de la capacidad para actuar ante el TEDH en nombre del menor, por lo que la queja presentada en nombre del menor debe ser inadmitida por falta de competencia *ratione personae*, conforme al artículo 35.3 y 35.4 del Convenio. Vemos que los argumentos del Tribunal se basan en un punto de vista restrictivo y puramente técnico, un defecto que pretendía evitar, según sus propias palabras expresadas al inicio de su argumentación jurídica (§§ 45-50).

La conclusión anterior, contenida en la sentencia dictada por la Sala del Tribunal, fue confirmada por la sentencia de fecha 24 de enero de 2017 de la Gran Sala, tras el reenvío solicitado por el Gobierno italiano.

Sin embargo, los padres de intención, los demandantes, insisten y solicitan nuevamente ante la Gran Sala que sea admita la demanda presentada en nombre del menor, sostienen que el interés superior del menor no fue tenido en cuenta por las autoridades italianas. La Gran Sala responde que la Sala ya estimó que los demandantes, los padres de intención, no pueden actuar ante el TEDH en nombre del menor por lo que inadmitió la queja presentada en su nombre, por incompetencia *ratione personae*. Por tanto, dicha queja relativa al menor no será resuelta por la Gran Sala que queda vinculada por la decisión de la Sala. Sin embargo, añade que en la decisión de las cuestiones sobre las que sí se pronunciará tendrá en cuenta el interés superior del menor. Nuevamente encontramos, ahora en la decisión de la Gran Sala, que su aproximación es excesivamente formal y técnica olvidando su obligación de trabajar para que los derechos del Convenio obtengan una garantía efectiva, olvidando la protección de los derechos del menor que no cuenta con un defensor judicial ante el TEDH (§§ 82-87).

Ninguna de las razones ofrecidas por la Sala para justificar la inadmisión de la demanda presentada en nombre del menor se nos muestra como convincente.

La ausencia de un vínculo genético no es una razón suficiente para inadmitir la demanda en nombre del menor porque podría existir un vínculo jurídico entre los padres de intención y el menor que justifique la admisión de la queja en su nombre, lo contrario supondría admitir una diferencia entre los hijos

biológicos y los que no lo son, en contra de la jurisprudencia del propio Tribunal³⁸. En otro orden de cosas, recordemos que el derecho a que quede determinada la propia filiación beneficia a todos los menores, sin que pueda establecerse diferencia entre la filiación de los hijos legítimos y la de los naturales, pues sería discriminatoria, conforme al artículo 14 del Convenio, lo mismo cabría afirmar respecto de una distinción entre los hijos biológicos y los que no lo son a la hora de atribuirles o negarles un derecho según su condición (*Marckx c. Bélgica*, nº 6833/74, , § 31 de la sentencia de 13 de junio de 1979)³⁹.

La Sala podría responder al argumento anterior diciendo que el vínculo jurídico, entre los padres de intención y el menor, en el asunto *Paradiso y Campanelli* es muy precario, dado que los padres de intención han incumplido la legislación italiana sobre adopción internacional y sobre reproducción asistida, a lo que añadiría que el menor convive con una familia de acogida y está a la espera de ser adoptado por una pareja distinta de los padres comitentes que han presentado la demanda.

Pero esta respuesta no es convincente, pues precisamente la validez del vínculo jurídico, su precariedad o solidez, es lo que debe decidir el Tribunal, forma parte del objeto del proceso. Una vez que el Tribunal haya decidido sobre la validez del vínculo jurídico que existe entre los padres de intención y el menor, entonces podrá resolver el resto de cuestiones que le han sido planteadas, tanto en nombre del menor como en nombre de los padres de intención y eventualmente podría desestimar la demanda si entiende que el vínculo jurídico no es válido e impide que sea reconocida a los padres de intención capacidad para representar al menor ante el TEDH. Lo que no parece razonable es inadmitir la demanda presentada en nombre del menor antes de resolver la cuestión de

³⁸ El TEDH excluye la diferenciación entre familia natural y familia legítima, pues construye una noción autónoma de vida familiar para la que es suficiente la existencia de vida familiar *de facto*, véase LÉCUYER 2017: 22.

³⁹ Véase SUDRE 2017: 648-649, donde comenta que el principio *mater semper certa est* quedó recogido en la doctrina del TEDH, en el asunto *Marckx c. Bélgica* (1979), cuando estableció que la filiación debe ser reconocida tanto a los hijos legítimos como a los naturales, sin que pueda existir discriminación entre ellos en este aspecto, pues el reconocimiento de la filiación deriva del vínculo biológico.

fondo que sirve de fundamento al Tribunal para justificar la inadmisión del menor como parte demandante, dicho argumento incurre en un círculo vicioso que deja al menor completamente desprotegido.

Por tanto, la cuestión de la admisibilidad de la demanda presentada en nombre de los menores es una cuestión procesal, pero que no puede ser decidida al margen de la resolución de las cuestiones sustantivas, al menos de la cuestión relativa a la validez del vínculo de filiación, por lo que debería haber sido admitida, aunque finalmente pudiera ser desestimada o incluso inadmitida, pero en el fallo de la sentencia, nunca previamente, por lo que la Sala del Tribunal se habría equivocado al inadmitir la queja presentada en nombre del menor, sin entrar en el fondo del asunto.

En cuanto a las razones del Tribunal sobre la falta de un poder firmado por el defensor judicial del menor, para que los padres de intención puedan demandar en su nombre, se trata de un argumento excesivamente formal, muy alejado del principio de efectividad que exige que el Tribunal garantice los derechos convencionales de manera real. Porque al negar el derecho de los padres de intención a demandar en nombre del menor sin establecer al mismo tiempo un mecanismo procesal alternativo, mediante un defensor judicial ante el TEDH, para que los derechos del menor puedan ser alegados y protegidos, estamos situando al menor en una situación de indefensión, pues los únicos dispuestos a defender sus derechos, los padres de intención, han visto inadmitidas las quejas que han presentado en nombre del menor.

Pero, al margen de lo acertado o desacertado de las decisiones de la Sala y de la Gran Sala, debemos examinar qué doctrina está construyendo el Tribunal con sus decisiones.

Lo que podemos concluir a partir de la jurisprudencia del TEDH es que la filiación biológica tiene una importancia determinante, no solo cuando examina la cuestión sustantiva, sino también cuando resuelve los aspectos procesales, incluidos los requisitos de admisibilidad de la demanda, en especial cuando ha sido presentada por los padres de intención en nombre del menor.

Por tanto, si el padre de intención es también el padre biológico, entonces existe una fuerte presunción favorable a la admisión de las demandas presentadas por el padre biológico en nombre menor. No se trata de una presunción absoluta, pues podría quedar desvirtuada, por ejemplo, en caso de conflicto entre los intereses del padre de intención y del menor, pero que opera como una presunción cuyo rechazo requiere de una justificación razonable.

Por el contrario, si los padres de intención carecen de vínculo biológico con el menor, entonces existe una fuerte presunción contraria a la admisión de la demanda presentada en nombre del menor. Se trata de una presunción que podría ser desvirtuada, para lo que se exigiría, por ejemplo, la existencia de vínculos jurídicos sólidos, es decir, una filiación válidamente constituida. Es decir, una exigencia que, a primera vista, parece contraria a la jurisprudencia del propio Tribunal, en la que basta la existencia de vida familiar *de facto* para admitir las demandas en las que se pretende la protección de los derechos de los menores, nuevamente nos topamos con una incongruencia doctrinal del TEDH.

Lo anterior muestra nuevamente la importancia que la doctrina del TEDH atribuye a la filiación biológica, cuando se trata de la gestación subrogada, una importancia que puede ser cuestionada como hemos visto en este apartado y veremos de nuevo en el apartado siguiente.

III.2.2. La existencia de vida familiar *de facto* como requisito de admisibilidad

La existencia de vida familiar es un requisito de admisibilidad para aquellas quejas en las que los demandantes alegan la vulneración del derecho a la vida familiar, del artículo 8 del Convenio, pues no basta el mero deseo de

fundar una familia, ya que la familia debe existir previamente, debe existir realmente, aunque lo sea bajo la forma de una vida familiar *de facto*⁴⁰.

Cuando la filiación del menor, derivada de una gestación subrogada, es cuestionada, tenemos que si existe vida familiar ésta será *de facto*. Por tanto, en las sentencias relativas a la gestación subrogada el Tribunal examina la existencia de vida familiar *de facto*, como una cuestión previa que supone un requisito de admisibilidad de la queja relativa a la posible violación del derecho a la vida familiar⁴¹.

El problema es, como veremos a continuación, que la jurisprudencia del Tribunal es incoherente. En primer lugar, porque en un mismo asunto, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, encontramos dos sentencias, dictadas por la Sala y por la Gran Sala, contradictorias entre sí, pues en la sentencia de 27 de enero de 2015 la Sala entiende que existe vida familiar *de facto* lo que le permite admitir la queja relativa a la violación de la vida familiar de los padres de intención, entrar a conocer el fondo del asunto y estimar finalmente que se ha producido la vulneración del derecho a la vida familiar de los padres de intención en este caso; mientras que, en la sentencia dictada el 24 de enero de 2017, la Gran Sala entiende que no existe vida familiar *de facto*, por lo que inadmite la queja relativa a la violación de la vida familiar y desestima la vulneración del derecho de los padres de intención a que su vida familiar sea respetada, resolviéndose el asunto mediante un argumento meramente procesal⁴².

⁴⁰ Véase HARRIS 2018: 505-507.

⁴¹ Véase MORTE 2020: 219-220, sobre los requisitos de admisibilidad del artículo 8 del Convenio, entre los que encontramos la existencia de vida familiar, cuando es alegada la violación del derecho a la vida familiar como uno de los aspectos incluidos en artículo 8.

⁴² Puede consultarse PINTO DE ALBUQUERQUE y PRECIADO 2020: 601-617, donde se expone la doctrina del TEDH sobre la gestación subrogada, a partir de las sentencias del TEDH, pero en relación con la regulación de la gestación subrogada en España, así como la doctrina jurisprudencial española sobre la materia. Esta obra conjunta de Carlos Hugo Preciado, magistrado del TSJ de Cataluña, y de Paulo Pinto de Albuquerque, juez del TEDH, también incluye un extenso y exhaustivo análisis de los votos particulares emitidos por Pinto de Albuquerque. Estos votos particulares han sido muy influyentes en la doctrina y muestran una preocupación constante por la garantía de los derechos contenidos en el Convenio. En relación con la gestación subrogada, Pinto de Albuquerque se ha mostrado crítico con el amplio margen de apreciación reconocido a

A lo anterior debemos añadir que las opiniones separadas a la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), incluyen comentarios críticos sobre la definición de vida familiar *de facto* que utiliza la Gran Sala. Se trata de comentarios que critican dicha definición como demasiado laxa en una de las opiniones separadas a la sentencia y como demasiado estricta en otra de dichas opiniones separadas, como comentaremos más adelante. Se pone de manifiesto que en el seno del Tribunal existen nociones de lo que significa la existencia de vida familiar *de facto* tan contrapuestas que resulta imposible ofrecer una solución consensuada sobre el problema, por lo que no es de extrañar que hayan sido dictadas sendas sentencias contradictorias, parece que el sentido de la resolución definitiva de los asuntos que puedan ser planteados ante el Tribunal en un futuro dependerá de la composición de la Sala o de la Gran Sala que decida la cuestión, más que de la aplicación de una doctrina mínimamente coherente.

Todo ello teniendo en cuenta que, con la excepción de la sentencia de la Gran Sala referida, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, en el resto de sentencias dictadas por el TEDH éste ha entendido que existía vida familiar *de facto* y ha admitido la queja sobre la posible vulneración del derecho a que dicha vida familiar sea respetada, aunque finalmente no haya estimado la vulneración del derecho a la vida familiar.

Pero veamos los términos concretos en los que se ha producido dicha jurisprudencia contradictoria en el seno del Tribunal.

En la sentencia de 26 de junio de 2014 dictada en el asunto *Menesson c. Francia* (2014) el Tribunal admite la queja de los demandantes sobre la posible vulneración del derecho a que sea respetada su vida familiar, tras recordar que debe existir una vida familiar como elemento fáctico previo a dicha admisión, como requisito de admisibilidad.

El Tribunal añade que lo importante en estos casos es la realidad concreta de las relaciones entre los interesados. Por tanto, dado que es cierto que, en

los Estados en la regulación de esta materia, pues considera que la gestación subrogada fácilmente puede suponer una vulneración de la dignidad humana.

este asunto que está enjuiciando, los padres de intención se ocuparon de las menores nacidas de una gestación subrogada como padre y madre desde el nacimiento de las menores y que los cuatro conviven de tal manera que su vida familiar no se diferencia de la idea habitual de lo que entendemos por familia, podemos afirmar que el artículo 8 es aplicable en su aspecto de protección de la vida familiar. Asimismo, debemos recordar que el padre de intención es también el padre biológico de las menores (§§ 44-45).

La queja sobre la vulneración del derecho a que sea respetada la vida familiar será admitida, aunque finalmente desestimada por el Tribunal, pues los demandantes han podido convivir como una familia, ya que han sido capaces de superar las dificultades, en el desarrollo de su vida familiar, que la falta de reconocimiento de la filiación ha generado, todo ello a juicio del Tribunal. Mientras que la queja relativa a la vulneración del derecho a la vida privada de las menores sí será estimada, pues el Tribunal entiende que se ha producido la violación del derecho a la identidad personal de las menores, incluido en el derecho a la vida privada, ya que tiene en cuenta el interés superior de las menores que exige el reconocimiento de la filiación basada en un vínculo biológico.

En la sentencia dictada el 26 de junio de 2014 en el asunto *Labasse c. Francia*, tanto el supuesto de hecho como la decisión incluidos en la misma son análogos al asunto *Menesson c. Francia* (2014) por lo que me remito a lo dicho en los párrafos anteriores sobre la misma.

En la sentencia de 21 de julio de 2016 el Tribunal resuelve sendos asuntos que ha tramitado conjuntamente, por la analogía existente entre sus supuestos de hecho, en los que los padres de intención son también los padres biológicos de los menores. Se trata de los asuntos *Foulon y Bouvet c. Francia*. En esta sentencia el Tribunal se remite a los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia del asunto *Menesson c. Francia* y concluye en este caso, como hizo en aquella sentencia, que no ha existido violación del derecho a la vida familiar, pero que sí ha existido violación del derecho a que sea respetada la vida privada de los menores nacidos de una gestación subrogada. Con esta conclusión el Tribunal confirma su doctrina y da por supuesta la existencia de vida familiar de

facto, así como la admisión de la queja relativa a la vulneración del derecho a que sea respetada la vida familiar. Puede darla por supuesta porque entiende que su doctrina sobre la existencia de vida familiar *de facto*, en este tipo de supuestos, debe quedar como consolidada.

En efecto, vemos que la doctrina jurisprudencial del TEDH, construida a partir de los asuntos mencionados, establece que existe vida familiar *de facto* en aquellos supuestos en los que el padre de intención es también el padre biológico del menor nacido de una gestación subrogada, si al mismo tiempo existen vínculos afectivos de calidad y una duración de la convivencia suficiente entre los padres y los menores. Existencia de vida familiar que constituye un requisito procesal para la admisión de las quejas sobre vulneración del derecho a que sea respetada la vida familiar de los padres de intención y de los menores nacidos de una gestación por sustitución (§§ 55-58).

III.2.2.1. Sobre la existencia de vida familiar *de facto* cuando ninguno de los padres de intención es progenitor biológico

Establecida jurisprudencialmente la doctrina que ha sido comentada, debemos examinar si el TEDH reconoce en su jurisprudencia la existencia de vida familiar *de facto* en aquellos supuestos en los que ninguno de los padres de intención es progenitor biológico del menor nacido de una gestación subrogada.

Una primera respuesta a la pregunta diría, con base en lo resuelto por la Sala del Tribunal en la sentencia del asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2015), que sí existe vida familiar en dicho supuesto, análogo a los contemplados en el apartado precedente, excepto en que ninguno de los comitentes es padre biológico del menor. Esta respuesta se sigue de lo resuelto por la primera sentencia dictada en 2015 en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, en la que

la Sala entiende que existe vida familiar *de facto*, por lo que admite la queja y finalmente concluye que ha sido vulnerado el derecho a la vida familiar de los padres de intención, pues la medida de separación del menor para entregarlo a una familia de acogida y la apertura de un procedimiento de adopción del menor, que terminará con su adopción por otra pareja, supone una medida extraordinaria y desproporcionada⁴³.

Una segunda respuesta diría, con base en la segunda sentencia dictada en 2017 por la Gran Sala del Tribunal en el mismo asunto, sentencia definitiva que corrige a la anterior, que no existe vida familiar en dicho supuesto, por lo que debe ser inadmitida la queja sobre la posible vulneración del derecho a la vida familiar de los padres de intención, de tal manera que no puede concluirse que haya sido vulnerado el derecho a la vida familiar, pues no existió.

Sin embargo, si prestamos atención a los detalles de la sentencia de la Gran Sala, observamos que a la hora de concluir la inexistencia de vida familiar *de facto* no ofrece un único motivo. Dicha sentencia afirma que, a pesar de que los vínculos afectivos son de calidad, lo que pesa a favor de la existencia de vida familiar, otras razones juegan en su contra, como son que el padre de intención no es el padre biológico, que la convivencia fue muy corta, pues en total no duró más de ocho meses, y finalmente que el vínculo jurídico es muy precario como consecuencia de la actuación ilegal de los padres de intención. Por tanto, no podemos afirmar sin más que la inexistencia de vínculo biológico entre los padres de intención y el menor determine de manera necesaria la inexistencia de vida familiar *de facto*, porque podría ocurrir que el motivo que justifica dicha conclusión fuera la breve convivencia o el vínculo jurídico precario. También podría ocurrir que fuese una combinación de los tres motivos o de dos de cualquiera de ellos. No es posible descartar ninguna de dichas combinaciones.

Por tanto, lo que podemos hacer, para aclarar la cuestión, es describir los siguientes supuestos de hecho, hipotéticos todos ellos, en relación con la

⁴³ Véase DÍAZ GREGO 2017: 192-194, donde comenta la importancia de la existencia de vida familiar para la resolución del asunto *Paradiso y Campanelli*.

existencia de vida familiar *de facto*, a fin de determinar los elementos cuya existencia permitiría afirmar que existe vida familiar.

En un primer supuesto de hecho hipotético, meramente teórico, podemos considerar que el padre de intención es también el padre biológico del menor, existen lazos afectivos de calidad y la convivencia ha durado el tiempo suficiente, sin que sea posible determinar la duración mínima exigida. En este supuesto podríamos concluir que existe vida familiar *de facto*, se sigue de los asuntos resueltos por el Tribunal en los que ha estimado la existencia de vida familiar *de facto* (*Mennesson, Labasse, Foulon y Bouvet*, así como *Laborie*).

En un segundo supuesto hipotético, teórico, podemos considerar que ni el padre ni la madre de intención mantienen vínculo biológico alguno con el menor, el vínculo jurídico es precario a causa de la actuación ilegal de los padres de intención, pero existen lazos afectivos de calidad, aunque la convivencia ha sido demasiado breve, sin que sea posible determinar la duración exacta de una convivencia breve. En este supuesto podríamos concluir que no existe vida familiar *de facto*, pues se sigue de la sentencia dictada por la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli*.

Cada uno de dichos supuestos hipotéticos planteados corresponde a una pregunta que la jurisprudencia del Tribunal ha respondido. De manera que los supuestos de hecho reales que pudiéramos subsumir bajo dichos supuestos teóricos obtienen una solución desde la jurisprudencia del Tribunal que efectivamente está dando los primeros pasos en la construcción de una doctrina.

Sin embargo, podemos plantear otros supuestos que no obtienen una respuesta desde la jurisprudencia del Tribunal. Veamos algún ejemplo.

Supongamos que ni el padre ni la madre mantienen vínculo biológico alguno con el menor, que el vínculo jurídico es precario debido a la actuación ilegal de los padres de intención, pero que los lazos afectivos son de calidad y la duración de la convivencia suficiente. ¿Existiría vida familiar *de facto* en este supuesto? A partir de la jurisprudencia del Tribunal no es posible responder esta pregunta. La doctrina del Tribunal es claramente una teoría incompleta, pues no responde la pregunta que hemos planteado.

Veamos un último supuesto. Supongamos que el padre de intención es también el padre biológico del menor, que se han creado lazos afectivos de calidad y la duración de la convivencia es suficiente, pero que el vínculo jurídico es precario debido a la actuación ilegal de los comitentes. ¿Existe vida familiar *de hecho* según la doctrina jurisprudencial del Tribunal? La jurisprudencia del Tribunal tampoco ofrece una respuesta a esta pregunta.

Podríamos construir otros ejemplos teóricos, a modo de preguntas que no obtendrían respuesta ni afirmativa ni negativa desde la jurisprudencia del Tribunal, lo que nos muestra que el TEDH es especialmente prudente en esta materia, pues se limita estrictamente a resolver los asuntos concretos planteados, sin ofrecer reglas más generales que permitirían construir una doctrina, una teoría, más general y exhaustiva, capaz de ser aplicada a distintos supuestos, que todavía no han sido planteados ante el Tribunal, pero que son perfectamente posibles y que previsiblemente llegarán al Tribunal.

Pero veamos con algo más de detalle cómo resuelve la Sala y la Gran Sala, en sus respectivas sentencias, el supuesto de hecho planteado en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017), así como las críticas contenidas en las opiniones separadas que acompañan a la sentencia de la Sala y de la Gran Sala, lo que podría arrojar luz sobre las posibles respuestas a esas preguntas que hemos planteado y que carecen todavía de una respuesta explícita en la jurisprudencia del TEDH.

III.2.2.2. Una redefinición de la noción autónoma de vida familiar para la gestación subrogada: el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*

En la primera de las sentencias dictadas en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencia de 2015), la Sala del Tribunal debe resolver sobre

la admisión de la queja relativa a la posible vulneración del derecho a la vida familiar de los padres de intención, pero sabemos que su admisión dependerá de si existe vida familiar, pues en caso contrario la queja debe ser inadmitida.

La Sala entiende, conforme a su jurisprudencia, que la existencia de vida familiar es una cuestión de hecho que depende de la existencia de vínculos personales estrechos entre los padres de intención y los menores (*Marckx c. Bélgica*, § 31 de la sentencia de 13 de junio de 1979). Por otra parte, el derecho a que sea respetada la vida familiar no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar (*E. B. c. Francia*, nº 43546/02, § 41 de la sentencia de 22 de enero de 2008). El derecho a que sea respetada la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia, más bien presupone la existencia de una familia (§ 67).

La Sala señala que este caso presenta similitudes con el asunto *Wagner y J. M. W. L. c. Luxemburgo* (sentencia de 2007) en el que se planteó la imposibilidad de obtener en el derecho de Luxemburgo el reconocimiento de una resolución judicial peruana que declaraba la adopción. El Tribunal reconoció en el caso *Wagner* la existencia de una vida familiar *de facto*, a pesar de que la adopción no hubiera sido reconocida en Luxemburgo, pues tuvo en cuenta la existencia de vínculos familiares *de facto*, tras más de diez años de convivencia del menor con la demandante quien se comportaba, a todos los efectos, como la madre del menor. Asimismo, encontramos analogías con el asunto *Moretti y Benedetti c. Italia*, nº 16318/07 (§§ 50-52 de la sentencia de 2010) en el que se trataba de una pareja que había acogido una niña de un mes de edad comportándose con ella como padres. Convivieron con la menor durante diecinueve meses hasta que la jurisdicción italiana decidió enviar a la menor con otra familia, para que fuera adoptada. El Tribunal concluyó que existía vida familiar *de facto*, confirmada por los informes periciales sobre la convivencia familiar, a pesar de la ausencia de cualquier relación jurídica de parentesco.

En este asunto *Paradiso y Campanelli* no existe relación jurídica de parentesco entre el menor y los padres de intención, pues la transcripción del certificado de nacimiento ruso fue rechazada, a pesar de que inicialmente los padres de intención ostentaron la patria potestad que fue finalmente suspendida.

Sin embargo, la Sala tiene en cuenta los vínculos familiares *de facto*, pues los padres de intención pasaron con el menor las primeras etapas importantes de su vida, seis meses en Italia a partir del tercer mes de vida del menor y algunas semanas previas en Rusia de convivencia entre el menor y la madre de intención. A pesar de la brevedad de dicho periodo de convivencia, la Sala tiene en cuenta que los padres de intención se han comportado con el menor como padres, por lo que concluye que existe vida familiar *de facto* y admite la queja relativa a la vulneración del derecho a la vida familiar de los padres de intención (§ 69).

En esta sentencia de 2015, dictada por la Sala, encontramos una opinión separada, en parte disidente, de los jueces Raimondi y Spano que nos pone sobre la pista de la controversia en el propio seno del Tribunal sobre la existencia de vida familiar en este supuesto. Los jueces disidentes opinan que la vida familiar *de facto*, entre los padres de intención y el menor, se funda en este caso en un vínculo debilitado, si tenemos en cuenta el período tan breve durante el que los comitentes habrían tenido la guarda del menor, por lo que entienden que la Sala debería haber tenido en cuenta las circunstancias en las que el menor llegó a estar bajo la guarda de los padres de intención. Añaden que el artículo 8 del Convenio no puede ser interpretado como un derecho que consagra la vida familiar entre un menor y personas que carecen de vínculo genético con dicho menor, especialmente cuando el origen de la guarda consiste en un acto ilegal, contrario al orden público, ilicitud cometida por los padres de intención. Añaden que tales circunstancias deberían haber sido tenidas en cuenta por la Sala que debería haber negado la existencia de vida familiar *de facto* (§ 3 de la opinión separada).

La anterior opinión crítica nos permite entender que la respuesta que nos ofrece en su sentencia la Sala, a la pregunta sobre la existencia de vida familiar en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, supone que a la hora de reconocer la existencia de vida familiar *de facto* la existencia de vínculo genético no es necesaria y que un vínculo jurídico precario no es un obstáculo insalvable, es decir, los elementos que deben concurrir obligatoriamente, en estos casos, son los lazos afectivos y la convivencia, pero esta última puede incluso ser breve, basta con unos meses, eso es lo que está suponiendo la Sala. Se trata de una

solución de la Sala muy favorable al reconocimiento de la existencia de vida familiar *de facto* y que le permitió finalmente concluir que había sido vulnerado el derecho a la vida familiar de los padres de intención, por la medida estatal de separar al menor de los padres de intención al ponerlo bajo la guarda de una familia de acogida, como un primer paso para la futura adopción del menor por otra familia.

Pero la solución anterior de la Sala fue corregida por el propio Tribunal cuando dicha sentencia fue reenviada por el Gobierno italiano ante la Gran Sala que dictó una sentencia, en el año 2017, en la que niega la existencia de vida familiar y concluye que no se ha producido ninguna de las vulneraciones de derechos alegadas por los padres de intención⁴⁴.

La Gran Sala del TEDH, en la sentencia que dicta en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italiana*, recuerda que la Sala, el tribunal *a quo*, concluyó que existía vida familiar *de facto*. En este momento, ante la Gran Sala, el Gobierno italiano cuestiona nuevamente la existencia de vida familiar, bajo el argumento de la falta de vínculo biológico, de la ilegalidad del comportamiento de los padres de intención que infringieron el derecho italiano en materia de adopción internacional y de reproducción asistida, así como de la brevedad de la convivencia que no habría alcanzado más allá de ocho meses. Por su parte, los padres de intención solicitan a la Gran Sala que reconozca la existencia de vida familiar, a pesar de la ausencia de vínculo biológico y de la falta de reconocimiento de la filiación en derecho italiano, pues su vínculo jurídico parental fue reconocido en Rusia y se establecieron lazos afectivos estrechos y de calidad con el menor tras una convivencia de ocho meses (§§ 136-139).

La Gran Sala responde a las alegaciones de las partes recordando que el problema de la existencia de vida familiar es una cuestión de hecho que depende de la existencia de lazos personales estrechos (*Marckx c. Bélgica*, § 31 de la sentencia de 13 de junio de 1979). Añade que la noción de familia contemplada en el artículo 8 se refiere a relaciones fundadas sobre el matrimonio, pero

⁴⁴ Puede consultarse FARNÓS 2017, donde comenta la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli*.

también se refiere a otros lazos familiares *de facto* cuando los interesados conviven al margen de un vínculo matrimonial en los casos en que otros factores muestran que existe una relación estable (*Kroon y otros c. Países Bajos*, § 30 de la sentencia de 27 de octubre de 1994; y *X, Y y Z c. Reino Unido*, § 36 de la sentencia de 22 de abril de 1997)⁴⁵.

Añade la Gran Sala que el derecho a que sea respetada la vida familiar no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar (*E. B. c. Francia*, nº 43546/02, § 41 de la sentencia de 22 de enero de 2008), no protege el derecho a fundar una familia porque presupone la existencia de una familia (*Marckx c. Bélgica*, nº 6833/74, § 31 de la sentencia de 1979).

Continúa diciendo que en este supuesto, el caso *Paradiso y Campanelli*, no existe vínculo biológico ni un reconocimiento jurídico del vínculo, por parte del Estado italiano, características que no son determinantes a la hora de negar la existencia de vida familiar, pues en la jurisprudencia del Tribunal ha sido estimada la existencia de vida familiar bajo el argumento de que existen fuertes lazos personales con el menor, es decir, en ausencia de vínculo biológico y de reconocimiento legal de la filiación (*Moretti y Benedetti c. Italia*, nº 16318/07, § 48 de la sentencia de 27 de abril de 2010; y *Kopf y Liberda c. Austria*, nº 1598/06, § 37 de la sentencia de 17 de enero de 2012). En el asunto *Moretti y Benedetti* (2010) el Tribunal concedió gran importancia al hecho de que el menor llegó a la familia con un mes de edad y que convivieron durante diecinueve meses, por lo que los demandantes vivieron con el menor las primeras etapas importantes de su vida, además de que existía un lazo interpersonal estrecho y los demandantes se comportaban con el menor como padres, en todos los aspectos, es decir, existía un vínculo familiar *de facto*.

También recuerda el asunto *Kopf y Liberda c. Austria*, nº 1598/06, sentencia de 17 de enero de 2012 de la Sección 5ª del TEDH, cuyo supuesto de hecho trataba de una familia de acogida que se ocupó durante cuarenta y seis

⁴⁵ Véase SUDRE 2017: 609-611, donde defiende que la existencia de vida familiar ha sido reconocida en la jurisprudencia del TEDH tanto en ausencia de parentesco como en ausencia de vínculo afectivo.

meses de un menor desde la edad de dos años. En este caso, el Tribunal también concluyó que existía vida familiar, dado que los demandantes se preocuparon del bienestar del menor y existía un vínculo afectivo (*Kopf y Liberda*, § 37).

En ninguno de dichos asuntos existía vínculo biológico ni reconocimiento jurídico del vínculo parental.

La Gran Sala subraya asimismo que en el asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, nº 76240/01, § 117 de la sentencia de 28 de junio de 2007, donde se trataba de la imposibilidad de obtener en Luxemburgo el reconocimiento de una adopción acordada en una resolución judicial peruana, el Tribunal reconoció la existencia de una vida familiar en ausencia de un reconocimiento jurídico de la resolución dictada en el extranjero, pues tuvo en cuenta la existencia de vínculos familiares *de facto* tras más de diez años de convivencia entre la madre adoptiva y el menor.

Por tanto, parece claro que de la inexistencia de un vínculo biológico y de un vínculo jurídico no cabe deducir sin más la inexistencia de vida familiar *de facto*, pues el Tribunal ha apreciado la existencia de vida familiar *de facto* en los supuestos referidos, supuestos en los que no concurría ni vínculo genético ni jurídico, sin que se trate de casos aislados, sino de una jurisprudencia consolidada y asumida por el propio Tribunal que la recuerda en la fundamentación jurídica de la sentencia comentada.

La Gran Sala continúa afirmando en su sentencia que es preciso examinar la calidad del vínculo, el papel asumido por los padres de intención hacia el menor y la duración de la convivencia entre ellos. La Gran Sala tiene en cuenta que los padres de intención concibieron un proyecto parental y asumieron el papel de padres. Asimismo, establecieron un fuerte lazo afectivo durante esas primeras etapas de la vida del menor, tan importantes para su desarrollo, todo ello fue acreditado por el informe del equipo de asistentes sociales que examinó a los padres de intención y al menor. En cuanto a la duración de la convivencia, la Gran Sala afirma que no es posible establecer una duración mínima de la convivencia que permita determinar la existencia de vida familiar *de facto*, pues debe tenerse en cuenta la calidad de la relación y el resto de las circunstancias

del caso. Sin embargo, mantiene que la duración de la convivencia es un factor clave para que el Tribunal pueda reconocer la existencia de vida familiar. En el asunto *Wagner y J. M. W. L.* (2007) la duración de la convivencia superaba los diez años. En nuestro caso la duración de la convivencia, no más de ocho meses, parece un espacio de tiempo demasiado breve, a juicio de la Gran Sala⁴⁶.

Por tanto, teniendo en cuenta la ausencia de un vínculo biológico, la corta duración de la convivencia, así como la precariedad del vínculo jurídico, a pesar de la existencia de un proyecto parental y de la calidad de los lazos afectivos, la Gran Sala concluye que no se cumplen las condiciones para afirmar la existencia de una vida familiar *de facto* (§§ 142-158).

Esta conclusión de la Gran Sala es criticada por dos de las opiniones separadas que acompañan a la sentencia, como veremos a continuación.

En la opinión concordante común de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov, éstos manifiestan que comparten la conclusión a la que ha llegado la Gran Sala, pero no la motivación que ofrece. Señalan que la aplicación del artículo 8 del Convenio requiere de una definición de su campo de aplicación más exigente que la ofrecida por la Gran Sala que entiende la existencia o ausencia de vida familiar como una cuestión de hecho, que depende de la existencia de lazos personales estrechos y de una convivencia lo suficientemente prolongada. La idea implícita sería que los lazos interpersonales deben beneficiarse de una protección, al menos *prima facie*, frente a las injerencias del Estado. Pero los lazos personales estrechos y estables pueden existir fuera del campo de la vida familiar. La sentencia de la Gran Sala no explica la naturaleza de los lazos interpersonales que constituyen la vida familiar. Parece que otorga gran importancia a los lazos afectivos, pero los lazos afectivos no crean por sí mismos una familia. Para avanzar ante esta dificultad debe tenerse en cuenta que las disposiciones del Convenio deben ser

⁴⁶ Puede consultarse DÍAZ GREGO 2017: 187-188, donde defiende que en el asunto *Paradiso y Campanelli* tenemos que ni la sentencia de la Sala puede ser interpretada como un pronunciamiento que reconozca la gestación subrogada ni la sentencia de la Gran Sala como uno contrario, pues las conclusiones a las que llega el TEDH en ambas sentencias deben ser matizadas y no arrojan un resultado definitivo.

interpretadas sistemáticamente, teniendo en cuenta el conjunto de artículos que componen el Convenio, así como otros tratados internacionales sobre derechos humanos que resulten pertinentes. En este sentido, el artículo 8 del Convenio debería ser leído a la luz del artículo 12, es decir, del mismo que garantiza el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia. Y ambos deberían ser puestos en el contexto del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como del artículo 23 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos. Esta última disposición recoge que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y por el Estado, asimismo el derecho a casarse y a formar una familia es reconocido al hombre y a la mujer a partir de la edad núbil. La redacción y la estructura del artículo 23 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 12 del Convenio establecen una relación entre la noción de familia y la de matrimonio que no debería ser ignorada (§§ 1-2).

A la luz de las disposiciones mencionadas, y conforme a una interpretación sistemática de las disposiciones del Convenio, así como de éste con otros instrumentos internacionales, la familia debe entenderse como un elemento natural y fundamental de la sociedad, instituido esencialmente mediante el matrimonio entre hombre y mujer, según el punto de vista de esta opinión separada. Pues la vida familiar engloba en primer lugar los vínculos entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, ya que casándose los cónyuges no solo se obligan jurídicamente, sino que eligen proteger jurídicamente su vida familiar. El Convenio ofrece una protección fuerte de la familia basada en el matrimonio. En los casos en los que los vínculos interpersonales son *de facto*, sin haber sido formalizados en derecho interno, es necesario tomar en consideración múltiples elementos a fin de determinar si existe vida familiar. Primeramente, deben existir vínculos interpersonales estables. En segundo lugar, debe examinarse la manera en la que los vínculos interpersonales han sido establecidos, pues no pueden proceder de la violación de las leyes o de los principios fundamentales de la moral. En el presente caso los vínculos entre los padres de intención y el menor tienen origen en una violación del derecho interno italiano, así como del derecho internacional, por lo que es correcta la conclusión de la Gran Sala en su

sentencia, aunque la motivación de la misma debería incluir los elementos esbozados, según los jueces firmantes de la opinión concordante (§§ 3-5).

Por su parte, en la opinión disidente común de los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev, éstos muestran su discrepancia, tanto con la conclusión a la que llega la Gran Sala como con la motivación que la fundamenta.

Los jueces disidentes consideran, en contra de la opinión de la mayoría de la Gran Sala, que ha existido injerencia en el derecho a la vida familiar, vida familiar que existe en este supuesto, injerencia que constituye una vulneración del derecho a que sea respetada la vida familiar de los padres de intención.

Limitándonos al problema de si existe o no vida familiar en este supuesto, los jueces disidentes entienden, y en este punto coinciden con la mayoría de la Gran Sala, que la existencia de vida familiar es una cuestión de hecho que depende de la existencia de vínculos personales estrechos, pues el artículo 8 del Convenio no distingue entre familia legítima y familia natural (*Marckx c. Bélgica*, § 31 de la sentencia de 13 de junio de 1979).

Los jueces disidentes señalan, en cuanto al vínculo familiar *de facto* en este caso concreto, que los padres de intención y el menor han convivido durante seis meses en Italia, tras un periodo de dos meses de convivencia en Rusia entre la madre de intención y el menor. Añaden que los padres de intención y el menor establecieron fuertes vínculos afectivos en las primeras etapas de la vida del menor y existía un auténtico proyecto parental. Sin embargo, la mayoría de la Gran Sala considera que la duración de la convivencia fue tan corta que no es suficiente para afirmar la existencia de una vida familiar *de facto*.

La opinión disidente no comparte dicha conclusión, pues entiende que no se ha dado la suficiente importancia al hecho de que la convivencia fue interrumpida por el Estado italiano. Es cierto que la mayoría de la Gran Sala rechaza el argumento anterior, pues entiende que la intervención estatal fue una consecuencia de la precariedad del vínculo jurídico entre los padres de intención y el menor, precariedad jurídica imputable a la actuación ilícita de los padres de intención, contraria al derecho italiano. El problema es que dicho argumento de

la Gran Sala permitiría recuperar la distinción entre familia legítima y familia natural, que ya fue rechazada por el Tribunal en su jurisprudencia y que es incoherente con el principio, consolidado jurisprudencialmente, que afirma la existencia de vida familiar como una cuestión de hecho. A lo anterior cabe añadir que, a pesar de la brevedad de la convivencia, los padres de intención se comportaron con el menor como padres por lo que existe en este asunto vida familiar *de facto*, según los jueces disidentes (§§ 1-4).

Tras la exposición de los argumentos sobre la existencia de vida familiar *de facto* en el asunto *Paradiso y Campanelli*, tanto en la sentencia de la Sala como de la Gran Sala, podemos decir que la decisión de la Sala, que estimó la existencia de vida familiar y la vulneración del derecho a la vida familiar de los padres de intención, fue la más coherente con la jurisprudencia precedente del Tribunal, relativa a la existencia de vida familiar, y la que mejor protege el derecho a que sea respetada la vida familiar; por el contrario, la conclusión a la que llega la sentencia dictada por la Gran Sala cuando afirma la inexistencia de vida familiar supone reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados, a la hora no solo de regular la gestación subrogada, sino también sus efectos cuando la gestación subrogada ha sido celebrada y practicada en el extranjero. De esta manera, la Gran Sala llega a una conclusión contradictoria con su jurisprudencia precedente, sobre el reconocimiento de la existencia de vida familiar *de facto*. La Gran Sala no ofrece una protección del derecho a la vida familiar eficaz, por lo que incumple su función de garantía de los derechos contenidos en el Convenio⁴⁷.

La Gran Sala podría responder diciendo que estimar la inexistencia de vida familiar en este supuesto no es contradictorio con su jurisprudencia anterior, pues se basa en un hecho nuevo en su jurisprudencia, el de la brevedad de la

⁴⁷ Véase DÍAZ GREGO 2017: 190-191, donde comenta que la litis del asunto *Paradiso y Campanelli* ante la Gran Sala quedó limitada por los pronunciamientos procesales, muy discutibles, de la Sala. Por ejemplo, la Sala estimó que los demandantes no estaban legitimados para demandar en nombre del menor, por lo que la queja en nombre del menor fue desestimada por la Sala, decisión entendida como vinculante por la Gran Sala que no pudo entrar a conocer de la presunta vulneración de los derechos del menor, como ha sido comentado.

convivencia observada en el supuesto de hecho. Nos recordaría que la necesidad de una convivencia suficientemente prolongada habría sido exigida en su jurisprudencia como uno de los requisitos para estimar la existencia de vida familiar *de facto*.

Sin embargo, dicha justificación no es convincente porque el elemento que recurrentemente aparece en la motivación de su decisión nos habla de la precariedad del vínculo jurídico, de la que serían responsables los padres de intención, por haber incumplido la legislación italiana sobre adopción internacional y reproducción asistida. No es convincente porque la Gran Sala nos dice que no es posible determinar una duración mínima de la convivencia necesaria para apreciar la existencia de vida familiar *de facto*, a lo que debemos añadir que ocho meses de convivencia durante los primeros meses de vida del menor no parece una duración de la convivencia desdeñable. A lo anterior, cabe sumar que la ruptura de la convivencia se debe a la actuación de las autoridades italianas y no a una decisión de los padres de intención, que no incumplieron ninguna norma italiana cuando celebraron una gestación subrogada en Rusia en cuyo derecho era perfectamente legal en aquel momento y lugar celebrar un acuerdo de gestación subrogada, a partir de gametos masculinos y femeninos donados. Pero aún en el supuesto de una hipotética actuación ilegal de los padres de intención, la medida extrema de la separación no estaría justificada, pues se trata de una medida excepcional que solo debería ser adoptada en casos de peligro para el menor, pues debe primar en todo momento el interés superior del menor, por encima de otros principios legales o morales del derecho estatal, ya que en eso consiste el principio que afirma la protección del interés superior del menor.

Por tanto, lo que parece quedar protegido, por encima de los derechos de los padres de intención, incluso del interés superior del menor, es el margen de apreciación del Estado italiano a la hora de regular los efectos de la gestación subrogada celebrada en el extranjero. Es decir, lo que ha hecho la Gran Sala en su sentencia es garantizar el margen de apreciación del Estado italiano a la hora de regular la gestación subrogada, así como sus efectos, frente al derecho a la

vida familiar de los padres de intención, contrariamente a lo que ordena el principio de efectividad, es decir, que los derechos sean garantizados.

III.3. La gestación subrogada y el derecho internacional privado

III.3.1. El reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada celebrada en el extranjero: conflicto de leyes frente a reconocimiento de una decisión extranjera

La mayoría de países miembros del Consejo de Europa prohíbe que los acuerdos de gestación subrogada produzcan efectos, entre ellos Francia e Italia, dos países que han sido demandados ante el TEDH por negarse a reconocer la filiación del menor nacido de una gestación subrogada celebrada en el extranjero, ante lo que el Tribunal ha respondido, en sus sentencias *Menesson c. Francia* (2014) y *Labasse c. Francia* (2014), que el Estado está obligado a reconocer los efectos de una gestación subrogada, al menos está obligado al reconocimiento de la filiación del menor que es hijo biológico del padre comitente, mientras que, en *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), la Gran Sala del Tribunal ha negado que se pueda obligar al Estado a reconocer la filiación de un menor, nacido de una gestación subrogada, cuando ninguno de los padres de intención guarda vínculo genético con el menor y no existe vida familiar. La otra cara de dicha conclusión es que tenemos un país, miembro del Consejo de Europa, que acepta la gestación subrogada comercial, es el caso de Rusia, que ha visto cómo un contrato de gestación subrogada, válidamente celebrado en derecho ruso,

deviene ineficaz en otro Estado miembro, en Italia, pues el TEDH, su Gran Sala, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), no ha obligado a Italia a reconocer la filiación del menor que fue válidamente establecida en el derecho ruso.

La contradicción anterior, planteada en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, ha sido comentada en los apartados precedentes. Ahora debemos añadir que se trata de un problema que no se reduce a las relaciones entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa. En el asunto *Paradiso y Campanelli* encontramos un conflicto jurídico entre normas italianas y rusas, entre Estados miembros del Consejo de Europa. Sin embargo, en el resto de asuntos que han sido planteados ante el Tribunal, sobre el reconocimiento de la filiación del menor, encontramos supuestos de hecho que nos hablan de acuerdos de gestación subrogada celebrados en California, Minnesota o la India, es decir, conflictos jurídicos con Estados que no son miembros del Consejo de Europa.

Los acuerdos de gestación subrogada son contratos que los padres de intención celebran en aquellos Estados extranjeros que les reconocen validez, pero con la intención de que produzcan efectos en el Estado del que son nacionales, en el que se prohíbe que la gestación subrogada produzca efectos. La intención de estos padres, que viajan al extranjero, es que la filiación determinada a partir de una gestación subrogada sea reconocida en el Estado que prohíbe los acuerdos de gestación subrogada, no sólo en el Estado de nacimiento del menor donde los contratos de gestación subrogada son válidos, es decir, que el contrato de gestación subrogada produzca efectos en un ordenamiento jurídico que se los niega. Los padres de intención pretenden eludir la aplicación de la legislación nacional, que prohíbe la gestación subrogada, se trata de un supuesto típico de elección de la norma aplicable, con la intención de que dicha norma elegida produzca efectos en el extranjero, en el Estado que prohíbe la gestación subrogada⁴⁸.

⁴⁸ Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2019: 454, donde analiza el dilema al que se enfrenta el Estado que niega validez a la gestación subrogada, pero al que se exige reconozca

Por tanto, el problema descrito es un caso típico de derecho internacional privado. En efecto, la gran disparidad en la regulación de la gestación subrogada, en los distintos Estados, junto a la aptitud de los acuerdos de gestación subrogada para producir efectos fuera del derecho estatal, en el que han sido válidamente celebrados, supone que nos encontramos ante un problema típico de contradicción normativa entre distintos sistemas jurídicos estatales, es decir, un caso típico de derecho internacional privado⁴⁹.

A lo anterior hay que añadir que no disponemos de un derecho internacional capaz de resolver el problema. No encontramos una solución en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional público. Pero tampoco en los tratados de derecho internacional privado, pues no disponemos de un tratado de derecho internacional privado que regule la filiación o la gestación subrogada, a semejanza de lo que ocurre con la adopción internacional, para la que sí disponemos de dicho instrumento internacional de derecho privado, el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

La protección de los derechos de la madre gestante, que ha celebrado un contrato de gestación subrogada, no está regulada en el derecho internacional.

Existen normas generales como el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. También podemos encontrar normas generales en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, adoptados en el marco de las Naciones Unidas. Asimismo, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza en el año 2000, que establece en su artículo 1 que la dignidad humana es inviolable y debe ser respetada y protegida, en su artículo 3 el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, mientras que en el artículo 4 recoge la prohibición de la

la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada válidamente celebrada en el extranjero.

⁴⁹ Puede consultarse FERNÁNDEZ ROZAS 2001: 26ss, donde expone los problemas jurídicos y las técnicas para su solución propios del derecho internacional privado.

tortura y de los tratos o penas degradantes o inhumanos, finalmente en su artículo 5 la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

Sin embargo, no encontramos en el derecho internacional normas que de manera específica se refieran a la gestación subrogada, por lo que se dificulta la protección de los derechos de la madre gestante y del menor nacido de una gestación subrogada. Un claro ejemplo lo encontramos en la propia jurisprudencia del TEDH, pues cuando resuelve cuestiones relativas a la gestación subrogada es incapaz de pronunciarse directamente sobre la misma, como mucho se refiere a sus efectos, ya que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no incluye derechos que claramente permitan validarla o prohibirla⁵⁰.

De esta manera, ya que la regulación de los efectos de los acuerdos de gestación subrogada es una cuestión que no puede resolverse a nivel nacional, se nos presenta como necesaria una regulación internacional que todavía no existe, por lo que los Estados que rechazan la gestación subrogada se encuentran ante un dilema: o bien aceptan que su regulación nacional sea incumplida en la práctica, si reconocen los efectos de la gestación subrogada celebrada válidamente en el extranjero, o bien afirman la eficacia de la prohibición contenida en su derecho, impidiendo que los acuerdos de gestación subrogada celebrados en el extranjero produzcan efectos, con lo que pueden perjudicar el interés superior de los menores contradiciendo finalmente, de manera indirecta, su propio derecho que incluye entre sus principios el de proteger el interés superior del menor. Se trata de una paradoja jurídica que solo puede ser resuelta desde el derecho internacional privado. Es preciso un marco internacional que regule los efectos de la gestación subrogada, al menos respecto de uno de los efectos de un contrato de gestación subrogada, quizás el más importante, como es el de la determinación de la filiación derivada de un

⁵⁰ Véase CZUBIK 2019: 512-515, donde sitúa los problemas asociados a la gestación subrogada en el contexto del derecho internacional privado como la mejor manera de proteger los derechos y la dignidad de la mujer.

acuerdo de gestación subrogada y su posible reconocimiento por otros Estados⁵¹.

Pues bien, si tenemos un problema de derecho internacional privado, como el descrito, entonces debemos aplicar a este problema, el del reconocimiento de la filiación del menor nacido de una gestación subrogada, alguna de las técnicas jurídicas propias del derecho internacional privado. Entre dichas técnicas, que *a priori* resultarían aplicables, encontramos: por una parte, el conflicto de leyes, que permitiría decidir qué legislación es la aplicable y conforme a la misma si debe ser reconocida la filiación; por otra parte, el reconocimiento de decisiones extranjeras, que permitiría decidir si es reconocida la filiación que figura en un certificado registral extranjero⁵².

El problema es que ni en la doctrina ni en las distintas jurisdicciones nacionales existe un acuerdo claro a la hora de decidir qué técnica jurídica es la que debemos aplicar, con exclusión de la contraria. Encontraremos defensores de la técnica del conflicto de leyes frente a quienes afirman la del reconocimiento de decisiones extranjeras, posturas enfrentadas tanto en la doctrina como en las jurisdicciones nacionales, tanto en el ámbito académico como en la práctica forense⁵³.

⁵¹ Puede consultarse VIVAS 2008: 467-490, donde concluye la necesidad de un estándar común de derecho internacional privado si queremos garantizar los derechos del niño frente a los riesgos de la gestación subrogada.

⁵² Véase FERNÁNDEZ ROZAS 2001:196-213 y 271-283.

⁵³ Como ejemplo, podemos señalar el caso español, en el que algunos estudiosos opinan que la filiación de los menores nacidos de una gestación subrogada celebrada en el extranjero debe determinarse mediante el derecho sustantivo español, es decir, debe aplicarse el artículo 10 de la ley 14/2006 de modo que la madre es siempre la que pare, la madre gestante. Esta tesis legeforista se basa en la negación del carácter de decisión al certificado registral extranjero que sería entendido como mero soporte documental de unos hechos, así como en la consideración de las normas españolas que determinan la filiación, derivada de una gestación subrogada, como normas internacionalmente imperativas, desde dicho punto de vista defienden no tanto la aplicación del artículo 9.4 del Código Civil, sino del artículo 10 de la ley 14/2006 que recoge que la filiación viene determinada por el parto. La tesis anterior ha sido cuestionada; de hecho, no ha sido seguida ni por la Dirección General de Registros y del Notariado ni por el Tribunal Supremo. Los críticos de la tesis legeforista han señalado que incurre en dos graves errores jurídicos. Un primer error consiste en considerar que el certificado registral extranjero no es una decisión extranjera, cuando sí lo es porque no solo hace constar hechos, sino hechos calificados jurídicamente, lo que supone una

Las dificultades señaladas nos ponen sobre la pista de cuál será la postura del TEDH, pues en ausencia de consenso entre los Estados, existe una fuerte presunción a favor de reconocerles un amplio margen de apreciación a la hora de elegir la técnica de derecho internacional privado aplicable, conflicto de leyes frente a reconocimiento de una decisión extranjera, cuando se plantee el problema del reconocimiento o rechazo de la filiación del menor nacido de una gestación subrogada celebrada válidamente en el extranjero.

III.3.1.1. El orden público internacional estatal frente al interés superior del menor

Un argumento favorable a la técnica del conflicto de leyes diría que es claro el punto de conexión con el Estado que prohíbe la gestación subrogada, cuyos ciudadanos viajan al extranjero para celebrar una gestación subrogada y vuelven con un menor y un certificado registral extranjero que pretenden produzca todos sus efectos típicos; de hecho, exigen el reconocimiento de la filiación, el efecto jurídico más importante de un convenio de gestación subrogada. En efecto, el lugar en el que los padres de intención y el menor van a desarrollar su vida familiar no es el país donde han acordado la gestación

auténtica decisión jurídica, es decir, una resolución jurídica. Un segundo error consiste en otorgar al artículo 10 de la ley 14/2006 un ámbito de aplicación universal. En realidad, al tratarse de un problema sobre el reconocimiento de una decisión extranjera y no sobre la determinación de la filiación, tenemos que no sería aplicable ninguna de las normas españolas que regulan la determinación de la filiación en los procesos declarativos o cognitivos. Dicho artículo 10 se aplicaría a los casos que no presentan elemento alguno de extranjería y a los que sí lo presentan, pero cuando queden regulados por la ley española, debido a la nacionalidad española del presunto hijo, en virtud del artículo 9.4 del Código Civil. Estos argumentos, debidamente desarrollados, pueden consultarse en CALVO 2015: 51-59. Asimismo, un comentario a las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, así como de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, relativa al reconocimiento de la filiación derivada de un convenio de gestación subrogada, puede ser consultado en ARECHEDERRA 2018: 208-2017 y 223-239

subrogada, sino el Estado en el que está prohibida, por dicha razón parece razonable afirmar que la conexión es más estrecha con este segundo Estado. A lo anterior hay que añadir que las normas que prohíben la gestación subrogada son entendidas como normas que pertenecen al orden público internacional del Estado que la prohíbe, pues se trata de reglas consideradas como fundamentales, ya que se proponen defender los derechos de los menores y de las mujeres gestantes, así como la moral. Frente a dicho orden público internacional del Estado, los padres de intención harán valer el interés superior del menor, por lo que la decisión final favorable o contraria al reconocimiento de la filiación no será mecánica, dependerá del supuesto de hecho concreto y precisará de la construcción de una doctrina por parte del TEDH aplicable a estos supuestos y que permita resolver la contradicción señalada, entre orden público estatal y protección del interés superior del menor.

Contrariamente, un argumento favorable a la técnica del reconocimiento de decisiones extranjeras, frente a la del conflicto de leyes, diría que ante un certificado registral extranjero, que establece la filiación de un menor nacido de una gestación subrogada, carece de sentido aplicar la legislación del Estado en el que se pretende el reconocimiento de dicho certificado y cuya legislación prohíbe la gestación subrogada y le niega efectos, pues dicha legislación, que prohíbe la gestación subrogada, carece de efectos extraterritoriales. Los padres de intención que han celebrado una gestación subrogada en un Estado en el que está regulada y es válida no han cometido ningún ilícito penal ni civil, porque en dicho Estado no se aplica la legislación que prohíbe la gestación subrogada. En consecuencia, el certificado registral extranjero debería ser reconocido, si es válido formalmente, ha sido dictado por la autoridad competente y no es falso, y siempre que no sea contrario al orden público internacional del Estado que prohíbe la gestación subrogada, orden público que pretende defender los derechos de los menores y de las mujeres gestantes. Pero también en este caso, junto al orden público internacional del Estado, debe ser tenido en cuenta el interés superior del menor. Por tanto, la decisión final tampoco será mecánica, si aplicamos esta técnica de derecho internacional privado, pues deben tenerse en cuenta todas circunstancias del caso concreto, nuevamente se impone la necesidad de una doctrina del TEDH, en cuya construcción está dando los

primeros pasos, que tenga en cuenta tanto el orden público estatal como la protección del interés superior del menor.

Vemos que, tanto si elegimos la técnica del conflicto de leyes como si aplicamos la del reconocimiento de decisiones extranjeras, finalmente llegamos al mismo punto, en el que se encuentra la clave de la resolución del problema jurídico planteado, que nos exigirá ponderar entre: por un lado, el orden público internacional del Estado, que pretende proteger a los menores, a las mujeres gestantes y a la moral; por otro, el interés superior del menor que debe ser respetado, en las decisiones que puedan afectarle⁵⁴.

Comentaremos, más adelante, que el TEDH, en su jurisprudencia, ha defendido, con base en el interés superior del menor, en unas ocasiones el reconocimiento de la filiación, pero en otras el rechazo a dicho reconocimiento de la filiación del menor nacido de una gestación subrogada y sus efectos. ¿Cómo es posible? Porque si el interés superior del menor lo afirmamos realmente como superior, como se establece en el artículo 3.1 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, entonces debería imponerse sobre el orden público internacional del Estado y establecerse una fuerte presunción a favor del reconocimiento de la filiación determinada en el

⁵⁴ Para ilustrar esta conclusión, pueden ser examinadas dos sentencias del Tribunal Supremo español, en relación con la gestación subrogada, la sentencia nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014, dictada en el recurso de casación nº 245/2012, y la sentencia nº 277/2022, de fecha 31 de marzo de 2022, dictada en el recurso de casación nº 907/2022. En la primera de estas sentencias, el Tribunal Supremo se muestra favorable a la técnica del reconocimiento de una resolución extranjera, cuando se plantea el problema de la transcripción de un certificado registral extranjero derivado de una gestación subrogada. En la segunda, el Tribunal Supremo defiende la aplicación de la técnica del conflicto de leyes, cuando se plantea el problema del reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada. Es decir, ante problemas diferentes, transcripción frente a reconocimiento, cabe aplicar diferentes técnicas de derecho internacional privado, reconocimiento de resolución extranjera frente a determinación de la ley aplicable. En cualquier caso, tanto si aplicamos una técnica como la otra, el Tribunal Supremo concluye, en ambas sentencias, que lo determinante para resolver la cuestión es ponderar entre el orden público español, constituido por los derechos fundamentales, y el interés superior del menor, que debe ser interpretado en concreto cuando exista vida familiar *de facto*; de donde concluye que la filiación derivada de una gestación subrogada debe ser reconocida, tanto en la primera de las sentencias referidas, como en la segunda, pues en ambos casos existe vida familiar *de facto*, por lo que el derecho a la vida privada del menor debe ser protegido. Llega a la conclusión anterior a partir de la doctrina jurisprudencial del TEDH, a la que se remite explícitamente.

certificado registral extranjero, vinculante para los Estados que prohíben la gestación subrogada. Pero esto no es lo que encontramos en la jurisprudencia del TEDH, al menos cuando ha afirmado que rechazar el reconocimiento de la filiación extranjera del menor nacido de una gestación subrogada entra dentro del margen de apreciación del Estado, lo que además ha sido justificado porque serviría mejor al interés superior del menor. Se trata de una nueva paradoja jurídica. Esta conclusión la encontramos en la sentencia de la Gran Sala del asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), cuando paradójicamente concluye que la protección de los menores en general justifica las medidas adoptadas por Italia, en contra del interés superior del menor en concreto, interés superior del menor en concreto desde el que difícilmente podríamos justificar las medidas adoptadas por las autoridades italianas que afectaron negativamente al menor en dicho asunto.

Debemos examinar los motivos que llevan al TEDH a reconocer, en unos casos, y a rechazar, en otros, la filiación del menor, justificándolo en ambos casos en el interés superior del menor. En realidad, ya hemos avanzado la respuesta, consiste en que la expresión «interés superior del menor» es empleada en la jurisprudencia del Tribunal con dos significados distintos. En ocasiones el TEDH interpreta el interés superior del menor en concreto mientras que en otras ocasiones lo interpreta en abstracto. El interés superior del menor en concreto se refiere al interés en la protección del menor con nombre y apellidos, al que se refiere el supuesto de hecho enjuiciado. El interés superior del menor en abstracto se refiere al interés en la protección de todos los menores que pudieran verse en las mismas circunstancias descritas en el supuesto de hecho, no se trata de este menor con nombre y apellidos, sino de la protección de los menores en general, de la protección de la infancia.

Si tenemos en cuenta el interés superior del menor en concreto, entonces existe una fuerte presunción a favor del reconocimiento de la filiación del menor nacido de una gestación subrogada válidamente celebrada en el extranjero.

Sin embargo, si concedemos mayor importancia al interés superior del menor interpretado en abstracto, entonces la presunción puede ser favorable a rechazar el reconocimiento de dicha filiación, al menos en aquellos casos en los

que ninguno de los padres de intención es padre biológico y no existe vida familiar *de facto*, esta ha sido la conclusión a la que parece haber llegado el TEDH en su jurisprudencia.

Pero, entonces ¿estamos afirmando que entender el interés superior del menor en concreto o en abstracto depende de si existe vínculo biológico o vida familiar *de facto*? Lo que parece deducirse de la doctrina que el TEDH está construyendo paso a paso en su jurisprudencia es lo siguiente. En aquellos supuestos en los que concurre vínculo biológico o vida familiar *de facto*, tenemos que el interés superior del menor es entendido en concreto por lo que existirá una fuerte presunción a favor del reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada. Mientras que en aquellos supuestos en los que no existe vínculo genético ni vida familiar *de facto*, el Tribunal parece inclinarse por una interpretación del interés superior del menor en abstracto, aunque sin olvidar del todo el interés superior del menor en concreto, pues el daño sufrido por el menor debe ser un daño del que pueda recuperarse fácilmente y debe ser un daño proporcionado; al menos, es lo que encontramos en la sentencia de la Gran Sala del asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017).

Pero nuevamente la solución del problema, es decir, la construcción de una doctrina, se nos escapa, emigra a otro lugar, porque si bien la existencia de vínculo biológico es una cuestión de hecho cuya constatación no plantea mayores problemas, no ocurre lo mismo con la existencia de vida familiar *de facto*. Recordemos lo que ocurrió, ya fue comentado en los apartados anteriores, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017). En este asunto la Sala del Tribunal concluyó que sí existía vida familiar *de facto*, lo que le permitió estimar la vulneración del derecho a la vida familiar de los padres de intención, mientras que la Gran Sala del Tribunal concluyó, en el mismo asunto, en su sentencia definitiva, que no existía vida familiar *de facto*, lo que le permitió desestimar la vulneración del derecho a la vida familiar de los padres de intención.

Por otra parte, la Gran Sala concluyó que en *Paradiso y Campanelli* no había sido violado el derecho a la vida privada, pues las medidas adoptadas por las autoridades italianas perseguían la defensa del interés superior del menor,

entendido en abstracto claro está, la Gran Sala añade que el perjuicio sufrido por el menor, a causa de su separación de los padres de intención, perjuicio concreto, sería rápidamente superado por él, dada la breve duración de la convivencia y su corta edad, es decir, el perjuicio para el interés superior del menor, entendido en concreto, existe, es cierto, pero aparece como proporcionado con la protección del interés superior de los menores en abstracto, que es un fin legítimo que el Estado persigue para la defensa de los menores en general, para proteger a la infancia del tráfico de menores. Lo que vemos en la doctrina que construye el Tribunal es que cuando admite la existencia de vida familiar, entonces hace una interpretación del interés superior del menor en concreto, recordemos el asunto *Menesson*. En efecto, si existe vida familiar, entonces el interés superior del menor es interpretado en concreto, pues tiene un mayor peso que la protección en general de los menores. Mientras que cuando no existe vida familiar *de facto*, es decir, cuando no existe vínculo genético o la duración de la convivencia es demasiado breve o no existen vínculos afectivos de calidad o el vínculo jurídico es precario, encontramos que la doctrina construida por el Tribunal reconoce un amplio margen de apreciación al Estado que le permite dar mayor importancia al interés superior de los menores interpretado en abstracto frente al interés superior del menor interpretado en concreto, aunque siempre con un límite que consistiría en que el daño sufrido por el menor sea de escasa importancia y siempre proporcionado, un daño del que pueda recuperarse fácilmente y en poco tiempo, es decir, un daño concreto que guarde proporción con la defensa del interés superior de los menores en general. Parece que estas serían las líneas básicas que ha trazado el Tribunal, a la hora construir su doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la gestación subrogada y el reconocimiento de la filiación.

III.3.1.2. La gestación subrogada como un problema de derecho internacional privado ante el TEDH

Analicemos la jurisprudencia del Tribunal en detalle para comprobar que lo explicado en los apartados precedentes se corresponde con el contenido de las sentencias dictadas por el TEDH.

En primer lugar, veremos la postura del Tribunal ante la pregunta sobre qué técnica de derecho internacional privado debe ser empleada, si debemos aplicar la técnica del conflicto de leyes o más bien la del reconocimiento de decisiones extranjeras, lo examinaremos mediante el comentario de la sentencia *Menesson c. Francia* (2014), cuyos razonamientos jurídicos ha repetido el Tribunal en diversas sentencias posteriores.

En segundo lugar, pero en el apartado siguiente, veremos que, en la sentencia de la Gran Sala sobre el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), aparece la distinción entre interés superior del menor en abstracto frente a interés superior del menor en concreto, así como la relación que existe entre ambas nociones, como elemento que determina en parte la resolución del asunto. Aparece dicha distinción no de manera explícita, pero sí implícitamente y con el sentido que ya hemos adelantado en el apartado precedente, como se pondrá de manifiesto en el comentario de dicha sentencia.

Pues bien, recordemos que en el asunto *Menesson c. Francia* (2014) el TEDH examina un supuesto de hecho en el que una pareja de ciudadanos franceses viaja a California para celebrar una gestación subrogada de la que nacen dos gemelas, hay que subrayar que el padre de intención es también padre biológico, pues ha donado sus gametos, no así la madre de intención. En California fueron librados sendos certificados de nacimiento, pues existía una sentencia previa que reconocía la validez del acuerdo de gestación subrogada, todo ello conforme al derecho californiano, sentencia y certificados que

reconocen a los padres de intención como los padres legales de las menores (§§ 7-10).

Los padres de intención y las menores entran en Francia donde el Ministerio Fiscal permite la transcripción de los certificados de nacimiento en el Registro Civil francés para seguidamente impugnar la inscripción resultante ante los tribunales franceses.

Debe señalarse que el 18 de marzo de 2010 el Tribunal de Apelación de París dicta una sentencia en la que acuerda la anulación de la inscripción. Sobre el fondo del asunto, el Tribunal francés consideró que el reconocimiento de una decisión extranjera, no sometida a tratado específico alguno en derecho francés, debe cumplir tres requisitos: que la decisión haya sido adoptada por la autoridad competente, que sea conforme con el orden público internacional francés y que no incurra en fraude de ley. También consideró que, conforme al derecho francés, todo convenio de gestación subrogada es nulo por lo que la sentencia del tribunal californiano que validó el acuerdo de gestación subrogada es contraria al orden público internacional francés, lo que implica que, independientemente de si ha existido fraude de ley, la inscripción del certificado de nacimiento debe ser anulada. En cuanto al interés superior de las menores, alegado por los padres de intención, el Tribunal de Apelación francés concluye que la ausencia de transcripción del certificado de nacimiento californiano no priva a las menores de su estado civil americano ni cuestiona la filiación de las menores, determinada conforme al derecho californiano, por lo que el interés superior de las menores no había sido vulnerado (§§ 22-24).

Los demandantes recurrieron en casación alegando que no había sido tenido en cuenta el interés superior de las menores, conforme al artículo 3.1 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, pues no había sido tenido en cuenta el derecho de las menores a ver reconocida su filiación de manera estable. Asimismo, alegaron la violación del artículo 8 del Convenio, tanto aisladamente considerado como en combinación con el artículo 14 que prohíbe la discriminación.

Pero la Sala del Tribunal de Casación francés, que conoció del recurso contra la sentencia del Tribunal de Apelación, lo desestimó por el siguiente

motivo. La negativa a transcribir el certificado de nacimiento extranjero, basada en que es contrario el orden público internacional francés, es correcta, pues el derecho francés vigente se basa en el principio de la indisponibilidad del estado civil de las personas que incluye la filiación. Un convenio de gestación subrogada lícito en el extranjero es ilegal en derecho francés, con una nulidad de orden público, en los términos de los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés. Por tanto, es correcta la anulación de la inscripción del certificado de nacimiento extranjero, pues se trata de una anulación que no priva a las menores de la filiación materna y paterna que les reconoce el derecho californiano, por lo que pueden vivir con los padres de intención en Francia como nacionales americanas.

Los padres de intención alegan que, en contra del interés superior de las menores, les ha sido negado en Francia el reconocimiento de la filiación legalmente establecida en el extranjero, por lo que se habría producido una violación del derecho a la vida privada y familiar de las menores incluido en el artículo 8 del Convenio.

Por su parte, el Gobierno francés entiende que la injerencia estaba prevista por la ley. Señala que el artículo 16-7 del Código Civil dispone que todo convenio de gestación subrogada es nulo, disposición que es de orden público, como el Tribunal de Casación señaló en sendas sentencias de 31 de mayo y de 29 de junio de 1994, cuando afirmó que los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil se oponen a que la condición de madre o padre sea decidida por un contrato, pues se trata de principios que pertenecen al orden público y que se oponen a que un convenio de gestación subrogada produzca efectos (§§ 27, 43 y 55).

Ante las alegaciones anteriores, el TEDH nos recuerda que, según su jurisprudencia, el requisito de previsión legal de la injerencia sufrida exige que la medida tenga una base legal en el derecho interno, base legal a la que se exige cierta cualidad, que incluye que debe ser una ley accesible y previsible para el justiciable. La condición de previsibilidad se satisface cuando la ley enuncia con precisión suficiente las condiciones en las que una medida puede ser aplicada, a fin de permitir a las personas afectadas regular su conducta, para lo que

pueden necesitar de un asesoramiento jurídico. El TEDH entiende que dichas condiciones se cumplen en este caso, pues los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés establecen expresamente la nulidad de los convenios de gestación subrogada y enuncian que se trata de una nulidad de orden público.

En cuanto al fin perseguido, el Tribunal entiende que el rechazo de Francia a transcribir un certificado de nacimiento extranjero, basado en un convenio de gestación subrogada, pretende desalentar a sus ciudadanos para que no recurran en el extranjero a un convenio de gestación subrogada, con el fin de proteger los derechos de los menores y de las mujeres gestantes. Por tanto, concurren dos fines legítimos, la protección de la salud y de los derechos de los demás, recogidos en el artículo 8.2 del Convenio.

Por lo que se refiere a la necesidad de la medida en una sociedad democrática, exigida por el artículo 8.2 del Convenio, los padres de intención alegan que la contradicción de la medida con el interés superior de las menores es especialmente chocante en relación con el padre biológico, ya que se les niega el reconocimiento de dicha filiación biológica en el derecho francés. Los efectos de esta falta de reconocimiento de la filiación biológica son los siguientes. A las menores no se les reconoce la nacionalidad francesa, carecen de pasaporte francés, de permiso de residencia, aunque es cierto que no pueden ser expulsados de Francia porque son menores de edad, pero cuando alcancen la mayoría de edad no podrán votar y podría serles denegado el permiso de residencia, podrían encontrar dificultades a la hora de heredar de sus padres de intención, en caso de fallecimiento del padre de intención, que es también el padre biológico, podría ocurrir que la madre de intención, que no es madre biológica, fuese privada de todo derecho sobre las menores. Finalmente, ante cualquier gestión administrativa deben presentar el certificado de nacimiento americano, debidamente acompañado de su traducción jurada (§§ 57-68).

El Gobierno francés responde que la ausencia de transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros no impide que produzcan todos sus efectos en territorio francés. En primer lugar, certificados de nacionalidad francesa son librados sobre el fundamento de tales certificados extranjeros, cuando queda acreditado que uno de los padres es francés, lo que ocurre en

este caso; asimismo, los menores no pueden ser expulsados de Francia. En segundo lugar, los padres de intención ejercen plenamente su autoridad parental, sobre las menores, con fundamento en el certificado de nacimiento americano. En tercer lugar, si los padres de intención se divorciasen, el juez de familia francés decidiría sobre el régimen de visitas y el lugar de residencia, conforme al certificado de nacimiento extranjero. En cuarto lugar, las menores podrían heredar, con base en el derecho americano, en aplicación de las normas de conflicto francesas de derecho internacional privado. El Gobierno francés añade que los padres de intención han podido inscribir a las menores en la escuela, en la seguridad social, así como beneficiarse de las ayudas sociales a las familias, por lo que cuestiona el alcance real de las dificultades alegadas, que parecen reducirse a la imposibilidad de que sea inscrito el nacimiento en el Registro Civil francés (§ 73).

El TEDH recuerda que cuando no hay consenso en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa, especialmente cuando se trata de cuestiones morales o éticas delicadas, el margen de apreciación que se les reconoce es amplio. Sin embargo, cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad de un individuo entra en juego, el margen de apreciación de los Estados se reduce. En esta materia no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, pues plantea delicadas cuestiones éticas. No obstante, debe ser tenido en cuenta que la filiación es un aspecto esencial de la identidad de los individuos. Por tanto, debe limitarse el margen de apreciación del que dispone el Estado en esta materia. Al margen de lo anterior, las decisiones del Estado, incluso dentro del margen de apreciación reconocido, no escapan al control del TEDH, que debe buscar un punto de equilibrio ante los intereses del Estado y el de los individuos directamente afectados por las medidas estatales. El TEDH añade que en este supuesto dicho justo equilibrio no puede perder de vista el interés superior de las menores.

El TEDH subraya que el Tribunal de Casación francés juzgó que el orden público internacional francés constituía un obstáculo para la transcripción, en el Registro Civil francés, del certificado de nacimiento extranjero, pues vulnera principios esenciales del derecho francés, ya que en derecho francés la

gestación subrogada es nula, con una nulidad de orden público, porque es contraria al principio de indisponibilidad del estado civil, en el que queda incluida la filiación.

El TEDH constata de esta manera que el Tribunal de Casación francés ha fundamentado su decisión en la aplicación de la excepción de orden público internacional que no pretende cuestionar en cuanto tal, aunque sí debe, en este caso, verificar si el juez nacional ha ponderado de manera justa el interés de la colectividad, en que sean respetadas sus decisiones, frente al interés de los padres de intención y de las menores, en disfrutar plenamente de sus derechos a la vida familiar y a la vida privada (§§ 75-84).

Sabemos que el TEDH concluirá en este asunto que ha sido vulnerado el derecho a la vida privada de las menores, pues tienen derecho a que la filiación biológica, la paterna en este caso, sea reconocida en derecho francés, de lo contrario se habría vulnerado el derecho de las menores a su identidad personal que incluye la determinación de la filiación biológica.

Lo que debemos subrayar, en este comentario a la sentencia del asunto *Mennesson c. Francia* (2014), es que el TEDH no presta demasiada atención al problema sobre qué técnica de derecho internacional público es la más adecuada, si la del conflicto de leyes o más bien la del reconocimiento de decisiones extranjeras, pues da por supuesto que es una cuestión que cae bajo el margen de apreciación de los Estados, quienes pueden legislar la cuestión como mejor les parezca.

Sin embargo, lo que sí examina el TEDH es la aplicación de la excepción de orden público internacional, que debe ser tenida en cuenta tanto si elegimos la técnica del conflicto de leyes como si nos decantamos por la del reconocimiento de una decisión extranjera. Afirma explícitamente que se trata de una institución propia del derecho internacional privado que no cuestiona como tal, pero sí su aplicación, que debe ser examinada, pues podría incumplir con la exigencia de protección del interés superior del menor que, por otra parte, estaría incluida en el orden público internacional del Estado. Es decir, el Estado puede aplicar la excepción de orden público internacional, pues entra dentro de su margen de apreciación, pero siempre que no vaya en contra del interés del

menor, que es superior a cualquier otra consideración, cuando se trata de adoptar una decisión que le afecte directamente.

En este caso, el interés superior de las menores, que se concreta en su derecho a ver reconocida su filiación biológica, lleva al TEDH a desestimar la excepción de orden público internacional, basada en el carácter indisponible en derecho francés del estado civil, en el que se incluye la filiación, por lo que el TEDH exige a Francia el reconocimiento de la filiación de las menores nacidas de una gestación subrogada.

Por tanto, en este asunto el TEDH protege el interés superior del menor frente a la excepción de orden público, le concede un mayor peso en este supuesto de hecho, es decir, cuando está en juego el reconocimiento de la filiación biológica que forma parte del derecho a la identidad personal, incluido en el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio, independientemente de que dicha filiación biológica tenga su origen en un contrato de gestación subrogada, el Tribunal concede un mayor peso al interés superior del menor interpretado en concreto que a la excepción de orden público estatal.

III.3.2. El interés superior del menor interpretado en concreto frente al interés superior del menor interpretado en abstracto

Como ha sido comentado, los acuerdos de gestación subrogada en los que existe un elemento de extranjería, es decir, padres de intención que viajan al extranjero para celebrar un contrato de gestación subrogada que posteriormente pretenden que produzca efectos en su país de origen, plantean problemas típicos de derecho internacional privado que directa o indirectamente tienen que ver con el reconocimiento de la filiación y en cuya resolución desempeña un papel importante la protección del interés superior del menor.

El problema que se presenta ante el Estado, que prohíbe la gestación subrogada y sus efectos, consiste en que debe proteger tanto el interés superior del menor nacido de una gestación subrogada como el interés superior de los menores que pudieran ser objeto de compraventa o de trata. Es decir, puede darse, al menos en ciertos supuestos de hecho, una contradicción entre el interés superior del menor interpretado en concreto y el interés superior del menor interpretado en abstracto, entre el interés de un menor y el interés de los menores en general, la protección de la infancia.

Esta paradoja, en la interpretación del interés superior del menor, aparece con claridad en la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), se trata de una sentencia en la que podemos distinguir entre una interpretación del interés superior del menor en concreto frente a una interpretación del interés superior del menor en abstracto. La Gran Sala concluye en este asunto que las medidas adoptadas por las autoridades italianas quedan incluidas dentro del margen de apreciación estatal. La razón es que Italia persigue la protección de todos los menores que pudieran verse en una situación comparable a la del menor que ha sido separado de su familia biológica de manera ilegal, según el Gobierno italiano. La finalidad que persigue Italia es la de evitar la trata de menores, la compraventa de menores, es decir, persigue la protección del interés superior de los menores, pero interpretado en abstracto, la protección del interés superior de todos los menores en general. Sin embargo, lo anterior no significa que el Tribunal se desentienda completamente del interés superior del menor considerado en concreto, pues examina si Italia ha incumplido su obligación de protección del interés superior del menor interpretado en concreto, la protección del menor con nombre y apellidos, nacido de una gestación subrogada, que ha sido separado de sus padres de intención y entregado a los servicios sociales, con vistas a su adopción por otra familia. Lo que ocurre es que la Gran Sala acepta como razonable y conforme con el Convenio el argumento defendido por el Gobierno italiano cuando afirma que la medida adoptada no afecta gravemente al menor porque la convivencia con los padres de intención fue muy breve y, dada la corta edad del menor, es previsible

que podrá sobreponerse relativamente pronto del perjuicio que ha sufrido a causa de la medida estatal⁵⁵.

Lo que nos está diciendo la Gran Sala es que entra dentro del margen de apreciación de los Estados otorgar mayor importancia a la protección de los menores en abstracto que a la protección de los menores en concreto, al menos en determinadas circunstancias que serán precisadas seguidamente con base en la jurisprudencia del TEDH.

¿Qué requisitos exige el Tribunal para que la contradicción se resuelva a favor de la protección de los menores en general frente a la del menor protagonista en concreto del supuesto de hecho planteado?

Un primer elemento determinante será la existencia de vínculo genético entre el menor y alguno de los padres de intención, pues en dicho caso el interés superior del menor, interpretado en concreto, debería prevalecer, tanto si se trata del reconocimiento de la filiación con base en el derecho a la vida privada del menor que incluye su identidad personal, conforme a lo ya comentado en relación con el asunto *Mennesson c. Francia* (2014), como si se trata de medidas que suponen una injerencia en los derechos del menor, análogas a las contempladas en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), pues aún en el supuesto de un breve periodo de convivencia tenemos que el vínculo genético sería determinante a la hora de afirmar la existencia de vida familiar *de facto* lo que obligaría a proteger el interés superior del menor interpretado en concreto frente a la protección de los menores en abstracto, al menos es lo que parece más coherente con lo dicho por el Tribunal en su jurisprudencia.

Un segundo elemento determinante, a la hora de dar mayor importancia a la interpretación en concreto frente a la interpretación en abstracto, es la existencia de vida familiar, para lo que bastará que se trate de vida familiar *de facto*. Ya hemos aludido a la importancia del vínculo genético a la hora de reconocer la existencia de vida familiar *de facto*, pero no es un requisito necesario porque según la jurisprudencia del Tribunal existe vida familiar *de facto*

⁵⁵ Véase JIMÉNEZ MUÑOZ 2018: 49-53.

si concurren vínculos afectivos de calidad junto a una convivencia durante un tiempo suficiente, aunque no exista vínculo biológico.

La sentencia de la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017) concluye que no existe vida familiar *de facto*, contrariamente a lo que concluyó la Sala en este mismo asunto, porque entiende que, a pesar de los vínculos afectivos de calidad que se establecieron, debe tenerse en cuenta que la duración de la convivencia fue muy breve, no más allá de ocho meses, a lo que añade que no existe vínculo genético, mientras que el vínculo jurídico es muy precario, dado que los padres de intención vulneraron la legislación italiana sobre adopción y sobre reproducción asistida. En cualquier caso, en aquellos supuestos en los que exista vida familiar, aunque solo sea una vida familiar *de facto*, habría que afirmar una fuerte presunción a favor de la protección del menor en concreto, es decir, la protección del interés superior del menor interpretado en concreto tendría en dichos casos un mayor peso que la protección del interés superior de los menores interpretada en abstracto.

Por tanto, la protección de los menores en general frente a la protección de un menor en concreto, la interpretación en abstracto frente a la interpretación en concreto, solo puede plantearse en aquellos supuestos en los que no exista vínculo genético ni vida familiar y en los que además pueda afirmarse que el daño sufrido por el menor nacido de una gestación subrogada es de poca entidad y fácilmente superable por el menor. En el resto de supuestos debería ser protegido el interés superior del menor en concreto frente al interés de los menores en abstracto. Pero en el supuesto de hecho contemplado en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017) no existe vínculo genético ni se reconoce la existencia de vida familiar, a lo que se une que el daño sufrido por el menor es de poca entidad y fácilmente superable por el menor, por todo ello la Gran Sala concluye que la interpretación en abstracto del interés superior del menor, alegada por el Gobierno italiano, entra dentro del margen de apreciación del Estado italiano, por lo que las medidas que fueron adoptadas son conformes con el Convenio.

De esta manera el Tribunal permite a los Estados que, en determinados supuestos de hecho en los que se cumplen los requisitos que hemos comentado,

puedan dar mayor importancia a la interpretación en abstracto que a la interpretación en concreto, es decir, se permite a los Estados otorgar un mayor peso a la protección de los menores en general que a la protección de un menor en concreto.

III.3.2.1. El interés superior del menor interpretado en abstracto en la sentencia de la Gran Sala del asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*

Ahora debemos exponer aquellos elementos, incluidos en la sentencia dictada por la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), de los que se sigue la doctrina que ha sido expuesta en los apartados precedentes.

Recordemos que los demandantes son una pareja italiana casada que, ante la imposibilidad de tener hijos biológicos y tras intentar en vano la adopción, celebraron en Rusia un convenio de gestación subrogada. El menor nació en Moscú el 27 de febrero de 2011, de una madre gestante que consintió fuera determinada la filiación a favor de los comitentes. Ninguno de los padres de intención guarda vínculo biológico con el menor. El 10 de marzo de 2011 los demandantes fueron inscritos en el Registro Civil de Moscú como padres del recién nacido, conforme a la legislación rusa. El certificado de nacimiento librado por las autoridades rusas fue apostillado, conforme a lo dispuesto en el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, que exime de la exigencia de legalización de los actos públicos extranjeros. La madre de intención obtuvo, del consulado italiano en Moscú, la documentación necesaria para regresar a Italia con el menor. El padre de intención solicitó, ante el ayuntamiento de Colletorto, la transcripción del certificado de nacimiento. El consulado italiano en Moscú comunicó al Tribunal de Menores de Campobasso, al Ministerio de asuntos exteriores italiano, a la policía y al Ayuntamiento de Colletorto que el expediente sobre el nacimiento del menor contenía datos falsos.

Por su parte, el Ministerio Público inició una investigación sobre el asunto y solicitó al Tribunal de Menores de Campobaso la apertura de un expediente de adopción del menor. El Tribunal de Menores nombró un defensor judicial del menor, solicitó la suspensión de la guarda y custodia de los padres de intención, asimismo ordenó un test de ADN del que resultó que el padre de intención no era el padre biológico, como había sido alegado. El Ministerio del Interior pidió al Registro Civil que rechazase la transcripción del certificado de nacimiento ruso, a lo que accedió (§§ 9-33).

El Tribunal de Menores ordenó la separación entre los padres de intención y el menor que fue entregado a los servicios sociales y atendido en un hogar de acogida. El Tribunal de Menores entendió que se había producido una violación manifiesta, por los padres de intención, de las normas que rigen la adopción internacional, así como de las normas que prohíben el recurso a la reproducción asistida heteróloga, de donde concluyó la necesidad de alejar al menor de los padres de intención, a fin de que fuera adoptado por una familia idónea. Añadió que el menor se encontraba jurídicamente en una situación de desamparo, desprovisto de padres biológicos y de familia. Reconoce que el menor puede sufrir un perjuicio, por el hecho de la separación, pero teniendo en cuenta su corta edad y el escaso período de tiempo de convivencia con los padres de intención, concluye que el trauma de la separación no es irreparable, pues el menor es capaz de adaptarse a su nueva situación (34-37).

La Gran Sala del TEDH conoce de este asunto, tras el reenvío planteado por Italia de la sentencia que fue dictada por la Sala, conforme al artículo 43 del Convenio. La Gran Sala nos recuerda parte del contenido de la sentencia que fue dictada por la Sala. La sentencia de la Sala estimó que existía vida familiar *de facto*, en el sentido del artículo 8 del Convenio, a pesar de no existir vínculo jurídico entre los padres de intención y el menor por no haber sido reconocido en derecho italiano el certificado de nacimiento ruso. Llegó a dicha conclusión porque los padres de intención pasaron con el menor las primeras etapas de su vida y se comportaron como padres. Añadió que las medidas objeto de litigio suponen una injerencia tanto en el derecho a la vida familiar como en el derecho a la vida privada de los padres de intención (§ 70 de la sentencia de la Sala).

Tras reconocer la existencia de vida familiar *de facto*, la Sala consideró los intereses privados de los padres de intención y el interés superior del menor conjuntamente y los ponderó con el interés público. La Sala no quedó convencida de las razones alegadas por las autoridades italianas con las que pretendían justificar que el menor hubiera sido puesto bajo la guarda de los servicios sociales, pues la Sala entiende que la separación del menor de su familia supone una medida extrema a la que solo debería recurrirse como última opción y siempre para proteger al menor frente a un peligro inmediato (*Scozzari y Giunta c. Italia*, nº 39221/98 y 41963/98, § 148, y *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, nº 41615/07, § 136). La Sala concluyó en su sentencia que la jurisdicción nacional tomó sus decisiones sin evaluar las condiciones de vida del menor, su convivencia con los padres de intención, ni el interés superior del menor, por lo que se produjo una violación del artículo 8 del Convenio, debido a que las autoridades italianas no ponderaron adecuadamente los intereses privados y los intereses generales en juego (§§ 75-85 de la sentencia de la Sala).

Volviendo al contenido específico de la sentencia de la Gran Sala, tenemos que los padres de intención alegan que las medidas adoptadas por las autoridades italianas no estaban previstas por una ley, pues la legislación italiana fue interpretada de manera irracional; ya que, en ausencia de una cláusula de extraterritorialidad, las autoridades italianas no pueden castigar por la celebración de un acuerdo de gestación subrogada válidamente celebrado en el extranjero. Los padres de intención cuestionan que la finalidad de la medida sea proteger los derechos y libertades del menor, pues son medidas cuyo único propósito es sancionar el comportamiento de los padres de intención, por lo que el interés superior del menor no habría sido tenido en cuenta. En cuanto a la necesidad de la medida, los padres de intención entienden que tampoco ha sido tenido en cuenta el interés superior del menor, pues la separación supuso riesgos graves y persistentes para la salud y bienestar del menor.

El Gobierno italiano alega que goza de un amplio margen de apreciación en materia de gestación subrogada y de reproducción asistida. Añade que el derecho italiano solo reconoce la filiación biológica y la adoptiva, pero esta última siempre que sea respetuosa con las garantías previstas en su ley de adopción.

Añade que pretende proteger el interés superior del menor, conforme a lo que exige el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (§§ 102-130).

En cuanto a la existencia de vida familiar, la Gran Sala concluye en su sentencia que no existe vida familiar *de facto*, pues argumenta que la duración de la convivencia es un factor esencial para que el Tribunal pueda reconocer la existencia de vida familiar, si bien no es posible establecer una duración mínima de la convivencia, que sea suficiente para concluir que existe vida familiar *de facto*. Por tanto, teniendo en cuenta la ausencia de un vínculo biológico, la corta duración de la convivencia en este caso, así como la precariedad del vínculo jurídico, a pesar de la existencia de un proyecto parental y de la calidad de los lazos afectivos, la Gran Sala estima que no se cumplen las condiciones para afirmar la existencia de vida familiar *de facto* (§§ 142-158).

En cuanto al derecho a la vida privada, la Gran Sala entiende que no existe ninguna razón válida que permita excluir de la noción de «vida privada» los lazos afectivos nacidos y desarrollados entre los padres de intención y el menor, de manera que las medidas adoptadas por las autoridades italianas, la separación del menor de los padres de intención y su entrega a una familia de acogida, constituyen una injerencia en el derecho a la vida privada de los padres de intención. Añade que la decisión de los tribunales italianos de aplicar el derecho italiano que regula la adopción y con el que justifican su rechazo a la transcripción del certificado de nacimiento ruso es compatible con lo establecido en el Convenio de La Haya de 1961. En efecto, conforme al artículo 5 de dicho Convenio, la apostilla solo tiene por efecto certificar la autenticidad de la firma, la cualidad del signatario y la autenticidad del sello que certifica el documento. Se deduce del informe explicativo del Convenio de 1961 que la apostilla no acredita la veracidad del contenido que sirve de fundamento del documento apostillado. Esta limitación de los efectos jurídicos de la apostilla, que deriva del Convenio de La Haya, tiene como finalidad preservar el derecho de los Estados signatarios a la hora de aplicar sus propias reglas en materia de conflicto de leyes cuando deben decidir sobre el contenido del documento apostillado. En este caso, el Tribunal de Menores italiano aplicó la regla de conflicto de leyes

italiana que establece que la filiación se determina por la ley nacional del menor en el momento del nacimiento. Sin embargo, el menor es fruto de gametos de donantes desconocidos, por lo que su nacionalidad no resulta determinada, según la jurisdicción italiana. El artículo 37 bis de la Ley sobre adopción italiana prevé su aplicación a los menores extranjeros, en cuanto a la adopción, la residencia y las medidas urgentes. La situación del menor en este supuesto, cuya nacionalidad no ha podido ser determinada, se asimila a la de un menor extranjero. En esta situación, la Gran Sala estima que era previsible que la aplicación del derecho italiano por la jurisdicción nacional terminase con una declaración de la situación de desamparo del menor por lo que concluye que la injerencia estaba prevista en la ley italiana (§§ 168-174).

Por lo que se refiere a la legitimidad de las medidas, la Gran Sala estima que los padres de intención incumplieron la legislación sobre adopción, así como la prohibición, en derecho italiano, de la reproducción asistida heteróloga, por lo que comparte con la Sala, el tribunal *a quo*, que las medidas cuestionadas perseguían como fin legítimo la defensa del orden. También admite que estas medidas perseguían la protección de los derechos y libertades de los demás, pues la voluntad de las autoridades italianas de preservar su autonomía y reconocer solo la filiación biológica y la adoptiva persigue proteger a los menores. Por tanto, las medidas persiguen dichos fines legítimos incluidos en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio.

En el examen de la necesidad de las medidas, en una sociedad democrática, es decir, por lo que se refiere al control de la proporcionalidad de las medidas, la Gran Sala señala que los tribunales italianos fundaron sus decisiones en la ausencia de vínculo biológico entre los padres de intención y el menor, así como en la violación de la legislación nacional relativa a la adopción internacional y la reproducción asistida. En su decisión de 20 de octubre de 2011 el Tribunal de Menores de Campobasso tuvo en cuenta que los demandantes se encontraban en una situación ilegal, puesto que habían entrado en Italia con un menor incumpliendo la ley de adopción, también tuvo en cuenta que el acuerdo de gestación subrogada celebrado en Rusia fue contrario a la legislación italiana que prohíbe la reproducción asistida heteróloga. Era necesario poner fin a dicha

situación ilegal lo que solo podía hacerse realidad mediante la separación entre los padres de intención y el menor. El Tribunal de Menores ponderó el perjuicio que el menor podría sufrir por la separación definitiva de los padres de intención y entendió que no era especialmente importante dada la corta edad del menor y el breve espacio de tiempo de convivencia que mantuvo con los padres de intención. El Tribunal de Apelación de Campobasso confirmó la decisión del Tribunal de Menores y aceptó la declaración de situación de desamparo del menor, en sentido jurídico, conforme a lo establecido en la ley italiana que regula la adopción (§§ 175-178, 185-191).

La Gran Sala observa que los hechos enjuiciados en este asunto se refieren a materias éticamente sensibles, por lo que debe reconocerse a los Estados un amplio margen de apreciación en esta materia. Sin embargo, a pesar del amplio margen de apreciación reconocido a los Estados, ni el asunto ni la materia escapan al control del TEDH que debe examinar si han sido justamente ponderados los intereses del Estado y los derechos de los individuos.

La Gran Sala concluye que no ignora ni subestima el dolor moral sentido por los padres de intención. Sin embargo, considera que el interés general en juego pesa más en la balanza. Haber aceptado que los padres de intención siguieran conviviendo con el menor, hubiera significado legalizar la situación creada por los padres de intención, en violación del derecho italiano. La Gran Sala admite el razonamiento que fue seguido por la jurisdicción italiana cuando afirmó que el perjuicio sufrido por el menor, a causa de la separación, ni era grave ni irreparable, lo que permitió justificar la proporcionalidad de la medida que pretendía proteger el interés superior de los menores en general sin dañar desproporcionadamente el interés del menor interpretado en concreto. Por tanto, no ha existido violación del derecho a la vida privada incluido en el artículo 8 del Convenio, a juicio de la Gran Sala, pues la medida es proporcionada al fin perseguido (§§ 192-195, 215-216).

Del contenido de la sentencia dictada por la Gran Sala, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), podemos deducir las dos tesis siguientes.

En primer lugar, el TEDH no se pronuncia, ni parece que tenga intención de hacerlo en un futuro, sobre la gestación subrogada en sí misma considerada.

Al contrario, adopta un punto de vista próximo al del derecho internacional privado desde el que solo se plantea examinar si los distintos efectos de los acuerdos de gestación subrogada, que reclaman los demandantes, deben ser protegidos desde el Convenio o más bien deben ser incluidos dentro del margen de apreciación reconocido a los Estados en esta materia.

En segundo lugar, el TEDH acepta que los Estados, dentro del margen de apreciación que les es reconocido, interpreten el interés superior del menor en abstracto, como protección de los menores en general, al menos cuando concurren una serie de requisitos que han sido examinados en los apartados precedentes. De esta manera, el interés superior del menor en concreto, del menor con nombre y apellidos, cuyo caso es enjuiciado ante el Tribunal, cede ante el interés superior de los menores en general. Por tanto, el interés superior del menor en concreto, que con carácter preferente debería ser tenido en cuenta a la hora de adoptar cualquier medida que le afecte, pierde su carácter de principio superior y se convierte en inferior frente al interés de los menores en general, interpretado en abstracto, afirmado este sí como el realmente superior. El vuelco descrito, en la interpretación del interés superior del menor, es posible gracias al uso que hace el TEDH de la doctrina del margen de apreciación estatal.

Ambas tesis han sido criticadas en la propia sentencia de la Gran Sala, en las opiniones separadas que la acompañan. La primera tesis ha sido criticada desde una postura contraria a la gestación subrogada y la segunda desde un punto de vista favorable a la misma. Veamos el contenido esencial de dichas opiniones disidentes y concordantes.

La opinión concordante del juez Dedov no es crítica con la sentencia, más bien elogia el punto de vista adoptado por la Gran Sala. Sin embargo, pretende completar la sentencia mediante una serie de afirmaciones sobre la gestación subrogada que la Gran Sala ha evitado en todo momento, pues no pretende valorar la gestación subrogada en sí misma considerada, sino solo en relación con sus efectos.

El juez Dedov, en su opinión concordante, comparte con la Gran Sala que la legislación italiana pretende proteger a los menores contra prácticas ilícitas

que pueden ser asimiladas a la trata de seres humanos. Entiende que la trata de seres humanos estaría estrechamente relacionada con la gestación subrogada, como muestran claramente este caso, en el que parece ocultarse un supuesto de venta de niños. Continúa recordando que la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea prevé, en su artículo 3, la prohibición de la mercantilización del cuerpo humano, a fin de proteger el derecho de toda persona a su integridad física y moral. La gestación subrogada no constituiría un problema, si se recurriera a ella en ocasiones excepcionales, pero sabemos que se ha convertido en una actividad comercial importante, muy lucrativa, que utiliza a mujeres gestantes del tercer mundo. En cuanto a la maternidad subrogada de carácter solidario afirma que no es una propuesta honesta y sincera, pues la solidaridad sirve para ayudar a quienes ven su vida en riesgo, pero no a los que tienen el deseo de disfrutar de una vida privada o familiar plena. Las estadísticas muestran que los padres comitentes suelen provenir de los países desarrollados mientras que las mujeres gestantes pertenecen a países pobres. Es extremadamente hipócrita prohibir la maternidad subrogada en el propio país, para proteger a las mujeres que viven en él, al mismo tiempo que se permite el recurso a la maternidad subrogada en el extranjero. Por las razones anteriores, el Estado italiano habría tomado una posición muy honesta y sin cesiones, con la prohibición de todo tipo de maternidad subrogada y sus efectos, que parece estar claramente basada en valores cristianos. El juez Dedov concluye afirmando que el TEDH debería decidir a partir de valores, en lugar de esconderse tras el reconocimiento de un amplio margen de apreciación estatal, si quiere impedir la degradación moral y ética de la sociedad.

La opinión separada común de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov es concordante con la sentencia, pero al mismo tiempo crítica con la misma, pues entiende que el TEDH debería haberse pronunciado explícitamente sobre la incompatibilidad de la gestación subrogada con los derechos humanos, ya que a su juicio dispone de elementos suficientes para llegar a dicha conclusión, desde lo establecido en los distintos convenios sobre derechos humanos. Es decir, esta opinión comparte la conclusión, pero no la motivación de la sentencia.

Según esta opinión separada, en este asunto el menor ha sido víctima de trata de seres humanos, pues fue encargado y comprado por los padres de intención. Debe subrayarse que los hechos de la causa pueden subsumirse bajo múltiples instrumentos internacionales. En primer lugar, el Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. En virtud de este Convenio, una adopción en la que haya mediado pago u otra contrapartida es inválida. En segundo lugar, el artículo 35 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño también sería aplicable cuando dispone que los Estados parte deben establecer todas las medidas necesarias para impedir la venta o trata de menores, esta disposición ha sido completada mediante un Protocolo adicional, cuyo artículo 1 prohíbe la venta de niños, que viene definida en su artículo 2 como aquella transacción por la que un menor es entregado contra remuneración u otra ventaja. Se trata de una definición de venta de niños muy amplia que es aplicable a aquellos contratos concluidos con el fin de adquirir derechos parentales, lo que ocurre en los contratos de gestación subrogada. Estos tratados internacionales son testimonio de una tendencia internacional hacia la limitación de la libertad contractual hasta prohibir cualquier contrato que tenga por objeto la transmisión de niños o de derechos parentales. Por tanto, la gestación subrogada, esté o no regulada, puede subsumirse bajo el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, por lo que es ilegal, conforme al derecho internacional. Hoy en día prácticamente todos los Estados europeos prohíben la gestación subrogada con fines comerciales. La gestación subrogada, sea o no remunerada, es incompatible con la dignidad humana, constituye un trato degradante, no solo para el menor, sino también para la madre gestante. En otro orden de cosas, la medicina moderna muestra la importancia del periodo prenatal para el desarrollo posterior de la vida humana. En los acuerdos de gestación subrogada ni el niño ni la madre gestante son tratados como fines en sí mismos, sino como medios para un fin, por lo que dicha práctica no es compatible con los valores del Convenio (§§ 6-7 de la opinión separada).

Una tercera opinión separada, en este caso disidente, se la debemos a los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev, quienes reprochan al TEDH que haya aceptado como buena la declaración de

desamparo del menor, acordada por los tribunales italianos. Se trata de una declaración de desamparo sorprendente y contradictoria con la finalidad que los tribunales italianos dicen perseguir, es decir, con la protección del menor, pues dicha jurisdicción no se ha planteado proteger el interés superior del menor interpretado en concreto, proteger al menor con nombre y apellidos de este supuesto de hecho en concreto, sino el interés superior de los menores en general.

En efecto, esta opinión separada disidente entiende, en relación con la injerencia en la vida familiar, cuya existencia como vida familiar *de facto* defiende en este supuesto, que en materia de adopción es primordial el interés superior del menor (*Johansen c. Noruega*, nº 17383/90, § 78; *Kearns c. Francia*, nº 35991/04, § 79; *R. y H. c. Reino Unido*, nº 35348/06, §§ 73 y 81 y *Y. C. c. Reino Unido*, nº 4547/10, § 134). Para proteger el interés superior del menor en un asunto concreto debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que deben mantenerse los vínculos entre el menor y su familia, salvo en los casos en que mantenerlos vaya en contra de la dignidad del menor; en segundo lugar, que debe protegerse el desarrollo del menor en un ambiente sano (*Neulinger y Shuruk c. Suiza*, nº 41615/07, § 136).

Continúa su argumentación señalando que a la hora de examinar la injerencia en el derecho a la vida familiar es importante distinguir entre la justificación dada por el Tribunal de Menores de Campobasso y por el Tribunal de Apelación italiano. El Tribunal de Menores fundamenta su decisión en la necesidad de impedir que se perpetúe una situación que deriva de la actuación ilegal de los padres de intención, que habían incumplido la legislación italiana sobre adopción y sobre reproducción asistida heteróloga. Por el contrario, el Tribunal de apelación se basa en un razonamiento diferente, pues no habla de que los padres de intención hayan incurrido en una situación ilegal a la que haya de ponerse término. Lo que el Tribunal de Apelación concluye es que el menor se encontraba en situación de desamparo, en el sentido atribuido a dicha situación en el derecho italiano, pues no recibía asistencia moral ni material de su «familia natural». Según el Tribunal de Apelación, este estado de desamparo justificaría las medidas adoptadas por el Tribunal de Menores, medidas de

naturaleza protectora y urgente. De tal manera que los argumentos a examinar deberían ser exclusivamente los aportados por el Tribunal de Apelación que desarrolla su argumentación jurídica desde el punto de vista del interés superior del menor. Primero debe comprobarse si la medida estaba prevista en una ley. El Tribunal de Apelación entiende que la legislación sobre adopción italiana prevé que puede ser declarado en estado de adoptabilidad todo menor en situación de desamparo, es decir, desprovisto de toda asistencia moral o material por parte de sus padres o familia. El Tribunal de Apelación rechaza considerar a los padres de intención como familia del menor, por lo que entiende que se encuentra en una situación de desamparo.

Los jueces disidentes manifiestan que solo pueden expresar sorpresa, en cuanto a la conclusión que afirma la situación de desamparo del menor basada en unas razones excesivamente formales, que no atienden a la realidad material de la relación entre el menor y los padres de intención. Supongamos, a pesar de todo, que la injerencia estaba prevista en la ley, entonces debemos examinar si concurren fines legítimos. El fin legítimo perseguido es la protección del menor, se pretende protegerlo frente a una situación de desamparo. Pero la mayoría de la Gran Sala entiende que también se persigue la «defensa del orden» como fin legítimo, pues se trata de que la vulneración de la legislación sobre adopción y sobre reproducción asistida heteróloga sea castigada, aunque este fin legítimo solo habría sido contemplado por el Tribunal de Menores, no por el Tribunal de Apelación. Aquí es donde residiría el error de la Gran Sala, según los jueces disidentes, pues debería haber tenido en cuenta únicamente el interés legítimo contemplado por el Tribunal de Apelación y descartar la defensa del orden como fin legítimo protegido. Debe finalmente comprobarse si la medida es necesaria en una sociedad democrática. En cuanto a la necesidad de la medida, los jueces disidentes recuerdan que el derecho italiano no tiene efectos extraterritoriales. Cuando una pareja celebra un convenio de gestación subrogada en el extranjero, en un país donde está permitida, no resulta fácilmente comprensible la actitud del Estado italiano cuya injerencia en los derechos de los padres de intención pretende justificar como una medida de disuasión dirigida a los ciudadanos italianos, para que no recurran en el extranjero a una práctica prohibida en Italia. Añaden que no parece que el Estado italiano haya ponderado adecuadamente

los intereses en juego. En ningún momento los tribunales italianos se han planteado si el interés del menor podría consistir en permanecer con los padres de intención. No parece que las autoridades italianas hayan sopesado adecuadamente el impacto que la separación de los padres de intención tiene en el menor. Los padres de intención, en su día, fueron declarados por la administración italiana como idóneos para adoptar y el informe de los servicios sociales reflejó que se ocupaban del menor de manera óptima. En conclusión, las autoridades italianas no habrían ponderado adecuadamente los intereses planteados en este asunto, según la opinión disidente comentada.

III.3.3. El paradigma de la adopción internacional como modelo para la gestación subrogada

Recordemos que la existencia de divergentes regulaciones estatales de la gestación subrogada permite a los candidatos a padres de intención elegir alguna de las legislaciones que autorizan los acuerdos de gestación subrogada lo que implica toda una serie de problemas típicos del derecho internacional privado relacionados con los efectos extraterritoriales de los contratos de gestación subrogada válidamente celebrados en el extranjero. En efecto, los padres de intención cuyos países prohíben la gestación subrogada viajan a otros países, en los que la gestación subrogada es válida, y posteriormente reclaman que los convenios de gestación subrogada produzcan efectos en el Estado que la prohíbe, en particular pretenden que sea reconocida la filiación del menor⁵⁶.

En Europa podemos distinguir dos modelos en la regulación de la gestación subrogada: el griego y el británico. En el modelo griego el consentimiento de la madre gestante es irrevocable, en el británico el niño

⁵⁶ Véase CALVO 2015: 49, donde defiende el punto de vista del derecho internacional privado y sus técnicas jurídicas como la mejor manera de enfrentarse a los problemas jurídicos que plantea la gestación subrogada.

pertenece a la madre gestante, desde el primer momento del embarazo hasta el último, y ésta dispone de un tiempo después del parto para que consienta la cesión del menor a favor de los padres de intención. El modelo griego es insatisfactorio porque incide en el derecho fundamental al desarrollo de la personalidad de la madre gestante, pues no se le permite revocar su consentimiento. El británico también lo es, en otro sentido, porque genera inseguridad jurídica para los padres comitentes, ya que la madre gestante puede decidir quedarse con el menor. También existen otras formas de regulación que consisten en prohibir la gestación subrogada o declarar la nulidad de cualquier acuerdo de gestación subrogada, así como sus efectos⁵⁷.

Este problema, la diversa y divergente regulación de la gestación subrogada en los distintos países, requiere de una solución desde el derecho internacional privado, es decir, exige que sea elaborado un convenio de derecho internacional privado que regule, al menos, la filiación derivada de una gestación subrogada, pues el reconocimiento de la filiación, con origen en una gestación subrogada, plantea problemas entre los distintos derechos estatales que solo pueden ser resueltos desde las técnicas propias del derecho internacional privado⁵⁸.

De hecho, la elaboración de dicho convenio ya fue acordada, en el año 2015 por el Consejo sobre asuntos generales y políticos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, mediante la constitución de un Grupo de Expertos encargado de estudiar la filiación, en general, así como la filiación derivada de una gestación por sustitución, en particular. Este Grupo de Expertos se reunió por primera vez en el año 2016 y desde entonces ha venido reuniéndose anualmente. El propósito de dichas reuniones es elaborar un instrumento general de derecho internacional privado sobre filiación, así como

⁵⁷ Véase CABRERA CARO 2019: 547-549, donde analiza los distintos modelos que cabe seguir en la regulación de la gestación subrogada. Concluye que sería necesaria una regulación internacional inspirada en el respeto de los derechos humanos y de la dignidad humana.

⁵⁸ Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2019: 451, donde plantea los problemas que genera el turismo reproductivo y su posible solución desde el derecho internacional privado.

un protocolo adicional sobre filiación derivada de los acuerdos de gestación subrogada en los que concurra un elemento de extranjería⁵⁹.

En las últimas reuniones del Grupo de Expertos, celebradas en el mes de julio de 2021 y de noviembre de 2021, fueron acordadas nuevas reuniones que deben ser convocadas durante el 2022, a fin de concluir un informe final que será presentado después de la última reunión del Grupo prevista para el año 2023. Por tanto, es de esperar que en el año 2023 dispongamos de un informe del Grupo de expertos sobre la materia⁶⁰.

Parte de la doctrina ha propuesto que en la elaboración del Protocolo sobre la filiación derivada de un convenio de gestación subrogada se tome como modelo el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, elaborado el 29 de mayo de 1993 en el seno de la Conferencia Internacional de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Es decir, parte de la doctrina propone el paradigma de la adopción internacional a la hora de regular la filiación derivada de una gestación subrogada en la que concurra un elemento de extranjería⁶¹.

Debemos examinar las dificultades que previsiblemente va a encontrar el Grupo de Expertos en la elaboración de un instrumento internacional sobre la filiación derivada de una gestación subrogada internacional, si toma como modelo la adopción internacional.

⁵⁹ Puede consultarse VIVAS 2019: 483-486, donde desde un punto de vista crítico con la gestación subrogada, pues supone un riesgo para los derechos de las mujeres y los menores, plantea la necesidad de una regulación internacional que garantice los derechos humanos.

⁶⁰ Puede consultarse: <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>, consultada por última vez el 18-9-2021.

⁶¹ Puede consultarse MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2019: 484-485, donde tras exponer que los contratos de gestación subrogada están gobernados por la lógica del contrato comercial que otorga a los padres de intención un fuerte control sobre el cuerpo, la salud y la vida de la mujer gestante, concluye que las normas adoptadas en el seno de la Conferencia de la Haya para la regulación de la adopción internacional podrían servir como modelo para una regulación internacional de los efectos de los contratos de gestación subrogada, pero adaptándolas para evitar la venta de niños y la explotación de la madre gestante.

Una primera dificultad, a la hora de elaborar un instrumento internacional que regule el reconocimiento de la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada, reside en que existen buenos argumentos contrarios a la gestación subrogada, a diferencia de lo que ocurre con la adopción internacional para la que difícilmente vamos a encontrar argumentos sólidos en su contra, pues no parece razonable negar a un menor, en situación de desamparo, la posibilidad de ser adoptado, aunque suponga recurrir a una adopción internacional.

III.3.3.1. Argumentos contrarios y favorables a los acuerdos de gestación subrogada

Los argumentos contrarios a la gestación subrogada más sólidos son de dos tipos. En primer lugar, aquellos que nos hablan de la injusticia sobre la que se sustentan los contratos de gestación subrogada. En segundo lugar, aquellos otros que ven en el embarazo y en la filiación natural una esfera que debería quedar fuera del mercado, si no queremos correr el riesgo de ver degradado el valor que les atribuimos socialmente⁶².

Los argumentos que alegan la injusticia, en la que incurren los acuerdos de gestación subrogada, se refieren a la situación de necesidad en la que suelen encontrarse las mujeres que gestan para otros, situación de vulnerabilidad económica y social que pone en duda la validez del consentimiento que presta la madre gestante ya que, aunque se trate de una declaración de voluntad formalmente válida, respondería materialmente a una situación de

⁶² Sobre la relevancia normativa del concepto de degradación en la resolución de los problemas bioéticos, puede consultarse GARCÍA MANRIQUE 2021. Sobre la aplicación de la idea de dignidad a materias de contenido bioético, puede consultarse CUADROS 2018: 183-192.

vulnerabilidad⁶³. De hecho, parte de la doctrina entiende que los contratos de gestación subrogada suponen una grave violación de los derechos humanos, en especial de la madre gestante ⁶⁴.

Esta situación de injusticia sería la condición que hace posible la celebración del contrato de gestación subrogada, pues difícilmente encontraremos mujeres de posición socioeconómica elevada que se presten a ser madres gestantes para padres comitentes de posición socioeconómica modesta, de manera que la gestación subrogada altruista no sería una propuesta seria, sino más bien residual⁶⁵.

Por su parte, las razones que se oponen a los contratos de gestación subrogada, no por razones de injusticia, sino porque degradan esferas importantes de nuestra vida, como son el embarazo y la filiación natural, cuestionan la gestación subrogada en sí misma, con independencia de si se produce en una situación de mayor o menor injusticia, de mayor o menor vulnerabilidad de las madres gestantes⁶⁶.

Sin embargo, también podemos encontrar argumentos que defienden los acuerdos de gestación subrogada como perfectamente legítimos, desde un punto de vista moral, porque entienden la gestación, independientemente de si es subrogada o no lo es, como un trabajo que realizan las mujeres. Se trata de

⁶³ Véase NUÑO 2020: 118-120, donde concluye que las madres gestantes son víctimas del mercado y del patriarcado, dos estructuras ideológicas y materiales que trabajarían conjuntamente para la expropiación sexual y reproductiva de las mujeres.

⁶⁴ Puede consultarse SALES 2019: 328, donde concluye desde un punto de vista muy crítico con la gestación subrogada que ésta siempre se produce con vulneración de los derechos humanos, tanto del menor como de la madre gestante.

⁶⁵ Véase TORRES 2019: 89-104, se trata de una obra donde la concepción liberal sobre la gestación subrogada es sometida a una crítica sistemática y bien argumentada.

⁶⁶ Véase SANDEL 2013: 75-77 y SANDEL 2016: 114-116. Michael Sandel comenta las críticas a la gestación subrogada basadas en la existencia de un vicio del consentimiento, ausencia de libertad formal, así como en una situación de injusticia económica o vulnerabilidad económica y social, ausencia de libertad material; críticas que pueden ser solventadas mediante soluciones *ad hoc*. Pero añade una tercera crítica basada en la degradación que supone para la maternidad, como institución social, para la que no encuentra una solución, pues la maternidad sería una de esas cosas que no se compran ni se venden sin que vea degradado su valor.

argumentos que parten de la idea de que el embarazo y el parto son un trabajo que no es retribuido económicamente en nuestras sociedades, un trabajo que realiza la mujer con gran desgaste físico, psíquico y emocional, pero que se da por descontado. Se trata de un trabajo que sí se vería reconocido en los acuerdos de gestación subrogada, en la medida en que ponen un precio a dicho trabajo, lo que permitiría al resto de mujeres, que llevan adelante un embarazo y paren fuera del contexto de la gestación subrogada, tomar conciencia del trabajo que realizan, así como de su valor económico, oculto hasta ahora por un contrato sexual que permitiría el acceso al cuerpo de la mujer de forma gratuita, o al menos pagando un precio muy inferior al que le sería atribuido en el mercado. Las mujeres podrían empezar a reivindicar una retribución económica para ese trabajo, tan importante para la sociedad, que consiste en la gestación, el parto, la cría y el cuidado de los menores. Se trataría de un primer paso en la rescisión o la renegociación de las cláusulas de ese contrato sexual que permite a los hombres tener acceso y servirse de los cuerpos de las mujeres gratuitamente⁶⁷.

Desde dicho punto de vista feminista, se añade que, si se permite a las mujeres interrumpir su embarazo, no se entiende muy bien por qué no se les permite también proseguir con el mismo para entregar finalmente su fruto a los padres de intención, pues quien puede lo más también puede lo menos.

Tampoco se entiende que se permita a las mujeres dar un hijo en adopción, pero que no se les permita entregarlo a unos padres de intención, especialmente en aquellos casos en los que el hijo no es hijo biológico de la

⁶⁷ Puede consultarse PATEMAN 2019: 404-418, se trata de una obra ya clásica sobre el contrato sexual que permite, en las sociedades patriarcales, el acceso al cuerpo de la mujer, acceso sexual y reproductivo, un contrato implícito pero que rige y gobierna nuestras sociedades. Véase también IGAREDA 2018-I: 223-225 y 2018-II: 62-63, donde contempla la gestación subrogada como una manera de cuestionar la maternidad tradicional, pues separa la maternidad gestacional, social y genética, lo que mostraría que nuestra manera tradicional de entender la maternidad es una construcción social que oculta entre sus funciones la de garantía de la posición privilegiada masculina. Añade que el rechazo a la gestación que pretende justificarse en el respeto a la dignidad humana es contradictorio, pues no utiliza argumentos análogos en el debate sobre la donación de gametos u órganos, al menos no lo hace con la misma intensidad.

madre gestante, sino de alguno de los padres de intención, que es el supuesto habitual.

Dichas contradicciones mostrarían que la justificación real, pero disimulada, del rechazo a la gestación subrogada estaría más bien en la voluntad de mantener oculto el contrato sexual que obliga a las mujeres a gestar y cuidar a sus hijos sin retribución económica alguna. En el mejor de los casos se les compensaría con reconocimiento social o sentimental, que es necesario pero insuficiente en una sociedad fuertemente mercantilizada, donde la cuantía de la retribución económica desempeña un papel importante a la hora de ordenar la relevancia de las distintas contribuciones de sus miembros. Por tanto, excluir la gestación humana del mercado no sería tanto una forma de reconocer su valor, sino más bien una estrategia ideológica de control de las mujeres a quienes se les privaría de una parte importante de su libertad y de su poder⁶⁸.

Otro argumento importante favorable a la gestación subrogada, menos radical que el anterior, afirma que el Estado no puede dictar una moral oficial a sus ciudadanos. Al contrario, debería tratarlos como mayores de edad capaces de autodeterminarse, de decidir qué es lo correcto, desde su fuero interno. De esta manera, el Estado no debería limitar la libertad de los ciudadanos, más allá de lo estrictamente necesario, es decir, solo debería limitar la libertad en la medida en que ponga en peligro la libertad de los demás. Este argumento liberal tan abstracto y formal, del que parece difícil deducir una aplicación concreta, sí sería útil y aplicable a la gestación subrogada, pues es posible defender que un acuerdo de gestación subrogada no pone en riesgo la libertad de los contratantes, suponiendo que el consentimiento de la madre gestante sea voluntario, libre e informado y que la misma no se encuentre en una situación de

⁶⁸ Puede consultarse BORRILLO 2018: 29-33, donde defiende que prohibir la gestación subrogada perpetúa una discriminación de género que permite a los hombres beneficiarse gratuitamente del trabajo reproductivo que supone la gestación. Concluye que la gestación subrogada podría ser calificada como la forma más feminista de reproducción porque afirma el derecho de las mujeres a disponer de su capacidad reproductiva y le pone un precio, muy alto, por cierto, a este trabajo que realizaban gratuitamente. Por tanto, el Estado debería regular la gestación subrogada, pero solo para evitar abusos, no para prohibirla.

vulnerabilidad económica o social. Al mismo tiempo puede afirmarse que es respetuoso con el interés superior del menor interpretado en concreto, tengamos en cuenta que el menor va a nacer gracias al acuerdo de gestación subrogada. Por tanto, no debería limitarse la libertad contractual, ni de la madre gestante ni de los padres de intención, en esta materia, aunque sí deberían establecerse requisitos y condiciones que garanticen los derechos de todas las partes involucradas, muy especialmente del menor y de la madre gestante.

Finalmente, una defensa de la regulación de la gestación subrogada, bajo el argumento de que siempre será más garantista, tanto para los derechos de la madre gestante como para el interés superior del menor, una regulación de la gestación subrogada que respete los derechos de todos los participantes frente a su alternativa que sería dejarla en la clandestinidad, ha sido mantenida por Eleonora Lamm⁶⁹.

III.3.3.2. Los requisitos para el reconocimiento de la filiación derivada de los acuerdos de gestación subrogada, desde el derecho internacional privado

Los argumentos contrarios y favorables a la gestación subrogada, que han sido señalados en el apartado anterior, muestran que la gran disparidad en la regulación de los acuerdos de gestación subrogada en los distintos países no será fácilmente resuelta ni en un sentido favorable ni en un sentido contrario en

⁶⁹ Véase LAMM 2013: 215-240. Se trata de una obra donde defiende que una regulación de la gestación subrogada respetuosa de los derechos humanos es posible, lo muestra mediante una propuesta de regulación. El punto de vista adoptado es liberal, desde un liberalismo que propone defender los derechos de las mujeres, un feminismo liberal. También puede consultarse LAMM 2008.

los próximos años, pues tanto los defensores como los detractores de la gestación subrogada disponen de argumentos de peso para sostener sus posturas contrapuestas⁷⁰.

Por las razones anteriores, es comprensible que la Conferencia de La Haya decidiera que su proyecto de elaboración de un instrumento internacional se limitara a la filiación derivada de una gestación subrogada, descartando un hipotético convenio internacional sobre los acuerdos de gestación subrogada en cuanto tales.

Dicha postura, limitarse a tratar los efectos de los acuerdos de gestación subrogada, en especial la filiación, sin entrar en el problema de la validez de los acuerdos en cuanto tales, nos resulta muy familiar, pues la hemos encontrado también en la jurisprudencia del TEDH, y ha sido comentada en los apartados precedentes. El TEDH se ha limitado en todo momento, al margen de las opiniones particulares que acompañan sus sentencias, a examinar los efectos de los acuerdos de gestación subrogada y la compatibilidad o incompatibilidad de dichos efectos con los derechos contenidos en el Convenio, sin entrar en la posible compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos de gestación subrogada en sí mismos considerados. Lo que sí ha hecho la jurisprudencia del TEDH ha sido resolver en cada caso, de manera directa o indirecta, el problema del reconocimiento de la filiación, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Este mismo punto de vista, desde el que se examina una posible regulación internacional de la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada, en el que concurre un elemento de extranjería, es el que adopta el Grupo de Expertos que trabaja en el seno de la Conferencia de La Haya, pero

⁷⁰ Recordemos que en el derecho comparado encontramos países como Rusia, diversos Estados de los EE. UU. o Ucrania, entre otros, que permiten los convenios de gestación subrogada de carácter comercial, mientras que otros países solo permiten la de carácter altruista, como Reino Unido o Portugal, aunque la mayor parte de países establecen la nulidad de dichos acuerdos, entre ellos Francia, Italia, Alemania o España, véase VILAR 2018: 167-260. Puede consultarse un listado ordenado de posibles respuestas a los argumentos contrarios a los contratos de gestación subrogada en FERNÁNDEZ CODINA 2019: 135-145.

con la vista puesta en un precedente que resultó exitoso, el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, es decir, tomando como modelo un instrumento que regula la adopción internacional.

Las dificultades que previsiblemente va a encontrar dicho Grupo de Expertos, en la elaboración del protocolo, se derivan de la necesidad de tomar en consideración tanto el interés superior del menor como el respeto de los derechos humanos.

Debemos examinar los requisitos mínimos exigibles para que la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada pueda ser reconocida, se trata de requisitos que deberían quedar recogidos en un hipotético instrumento de derecho internacional privado para la regulación de la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada.

El instrumento internacional proyectado debería partir del siguiente presupuesto, que sea tenido en cuenta el interés superior del menor y sean respetados los derechos humanos. Todo ello siguiendo el modelo contenido en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, conforme a lo dispuesto en su artículo 1. a). Asimismo, su finalidad debería consistir en permitir la cooperación entre los Estados y asegurar el reconocimiento de la filiación derivada de aquellos acuerdos de gestación subrogada que sean conformes con el instrumento internacional. Hasta aquí nada que objetar.

No obstante, si concretamos algo más, debería ser planteada y discutida una primera exigencia para el reconocimiento de la filiación, la necesidad de una declaración de idoneidad de los candidatos a padres de intención que debería ser examinada mediante un expediente administrativo o judicial, así como acreditada a través de un sistema de autoridades centrales, análogo al establecido en el Convenio de La Haya de 1993, que ha funcionado razonablemente bien para la adopción internacional. Dicha propuesta, que los Estados que prohíben los contratos de gestación subrogada, o declaran su nulidad, establezcan un procedimiento para declarar a los candidatos a padres de intención como idóneos para contratar en el extranjero una gestación subrogada, puede parecer excesiva por incoherente, desde el punto de vista del

derecho estatal. Sin embargo, no implica un reconocimiento de la validez de los contratos de gestación subrogada en cuanto tales y sí podría ayudar al reconocimiento de la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada, celebrado en el extranjero, cuyo respeto por los derechos humanos y por el interés superior del menor quedara acreditado. Por tanto, no sería una medida incoherente con el derecho estatal que prohíbe la gestación subrogada, sino compatible, en la medida en que dicho derecho estatal se propone la garantía de los derechos humanos y la protección del interés superior del menor, pues son las razones en las que fundamenta su prohibición de la gestación subrogada.

Una segunda exigencia se refiere a la necesidad de que el consentimiento de la madre gestante sea prestado de manera voluntaria, libre e informada. La madre gestante debería recibir información médica y psicológica suficiente, sobre los riesgos de una gestación subrogada y sus efectos secundarios tanto físicos como psicológicos. Esta exigencia no plantearía excesivas dificultades, pues podría establecerse un sistema de autoridades centrales, en los distintos Estados parte, a semejanza de lo que establece el Convenio de La Haya de 1993 para la Adopción Internacional, autoridades centrales que se encargarían de controlar que se ha seguido un expediente judicial o administrativo en el que haya quedado acreditado que la madre gestante ha prestado su consentimiento de manera voluntaria, libre e informada.

Una tercera exigencia, que debería ser planteada y debatida, se refiere a la necesidad de que el consentimiento de la madre gestante deba ser confirmado después del parto. Es decir, si debería reconocerse a la madre gestante un derecho al arrepentimiento que le permitiera quedarse con el menor tras el parto, sin que le fuera impuesta una cláusula de penalización desproporcionada, digamos una cláusula abusiva⁷¹. Se trataría de un derecho de la madre gestante

⁷¹ El informe del relator especial sobre la venta y explotación sexual de menores, incluida la prostitución y la pornografía, presentado en la trigésimo séptima sesión del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 6 de marzo de 2018, en Ginebra, propuso que los sistemas legales que permiten la gestación subrogada comercial deberían garantizar que la madre gestante tenga derecho a quedarse con el niño tras el nacimiento, incluso en el caso en el que no exista vínculo genético. Se trata de mantener firmemente el principio de que la madre es la mujer que gesta y pare. También recomienda que los tribunales y las autoridades supervisen la conclusión del acuerdo,

a rescindir el contrato, de manera que se viera obligada a devolver las cantidades recibidas de los padres de intención, pero sin que fuera posible imponerle penalización económica alguna por los perjuicios causados a los padres de intención, penalización que debería ser calificada como cláusula abusiva, en caso de haber sido incluida en el contrato.

Sin embargo, en relación con esta tercera exigencia planteada, parte de la doctrina ha defendido que introducir una cláusula de rescisión del contrato, como la descrita, convierte el acuerdo de gestación subrogada en un contrato imposible, pues dejaría en manos de la madre gestante la eficacia del mismo, así como desprotegidos los derechos de los padres de intención que eventualmente también podrían ser padres biológicos del menor; en cualquier caso, padres comitentes cuyos derechos también deben ser garantizados⁷².

La anterior dificultad nos obliga a preguntarnos por el objeto del contrato de gestación subrogada, que consistiría no solo en la gestación del niño, sino también en la transmisión de la filiación a los padres de intención, todo ello a cambio de una prestación económica. Pero la descripción anterior se parece mucho a lo que intuitivamente entendemos por una venta de niños. Sin embargo, se ha intentado negar que se trate de una venta de niños diciendo que el objeto del contrato no es la transmisión de la filiación, sino la gestación, por lo que estaríamos ante un contrato de prestación de servicios *intuitu personae*, la madre gestante se compromete a gestar un niño que es de los padres de intención. No obstante, lo cierto es que el contrato no se entiende cumplido hasta que la filiación del menor haya sido transmitida a los padres de intención. Por tanto, parece que finalmente debemos reconocer que se trata de una venta de niños. Aunque se nos dice que no es necesariamente así, pues sería posible

así como la ejecución del mismo. Asimismo, señala que una futura regulación internacional de la gestación subrogada debería proteger los derechos de la madre gestante, del menor y de los padres de intención, véase CZUBIK 2019: 524.

⁷² Véase ARROYO 2020: 54-66, donde examina la posibilidad de un contrato de gestación subrogada que reconozca un derecho al arrepentimiento de la madre gestante, que le permitiría quedarse con el menor tras el parto. Concluye que este contrato sería un contrasentido jurídico, pues en su aplicación generaría infinidad de problemas irresolubles.

argumentar que no se trata de una venta de niños, si modificamos los presupuestos del argumento diciendo que no se transmite la filiación, propiamente hablando, ya que la filiación no corresponde originariamente a la madre gestante, sino a los padres de intención. Dicha afirmación descansa, a su vez, en otro presupuesto que debemos explicitar y que consiste en la negación del principio *mater semper certa est*, es decir, la negación de la regla que atribuye la maternidad a la mujer que gesta y pare. De esta manera, la madre no será siempre la mujer que pare, pues cuando medie un acuerdo de gestación subrogada, válidamente celebrado, se propone que la madre de intención sea considerada como madre, independientemente de la existencia de un vínculo genético con el menor, pues se atribuye a dicho acuerdo, sin cuya celebración el menor no habría sido gestado ni habría nacido, el poder de constituir de manera originaria la filiación entre el menor y la madre de intención, negando de esta manera el principio tradicional de *mater semper certa est*, pues madre ya no será siempre la que pare, ya que en los contratos de gestación subrogada la madre de intención sería la madre, de manera originaria⁷³.

Vemos que la única manera de negar que un contrato de gestación subrogada constituya una venta de niños es negando la condición de madre a la mujer que gesta y pare, al mismo tiempo que afirmamos que los padres de intención son los padres originarios. Es decir, estamos suponiendo que la filiación entre el menor y los padres de intención queda constituida originariamente mediante un contrato de gestación subrogada válidamente celebrado.

Lo anterior puede parecer un artificio porque realmente lo es, pero no mayor que el artificio que suponen el resto de instituciones jurídicas, instituciones

⁷³ Puede consultarse ARECHEDERRA 2018: 68-72, donde defiende que el contrato de gestación subrogada es un contrato de transmisión de la filiación de carácter oneroso contrario a los derechos humanos y a la dignidad del menor y de la madre gestante. Se trata de una obra documentada y sistemática donde se expone la jurisprudencia española sobre la materia, así como los distintos argumentos favorables y contrarios al reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada. Concluye que el principio *mater semper certa est* debe ser mantenido, pues el nacimiento determina la personalidad, tanto en el caso de una gestación subrogada onerosa como gratuita, ya que no por ser gratuita es tolerable la donación de una persona.

no menos artificiales que la propuesta por los defensores de la gestación subrogada. Supongamos que aceptamos dicho artificio. Entonces podemos preguntarnos si la madre gestante sigue siendo titular del derecho a su salud reproductiva. Si le negamos dicho derecho, entonces se nos terminan los problemas y damos por resuelta la dificultad. Pero parece excesivo, contrario a nuestros sentimientos morales y a nuestra intuición, negar a la madre gestante el derecho a la salud reproductiva bajo la excusa de que la madre originaria es la madre de intención. Pues, aunque neguemos a la madre gestante la condición de madre originaria, no podemos negarle su libertad en relación con la gestación y el parto, sería excesivo negársela porque es imposible negar que la madre gestante es al menos eso, la gestante, la mujer que lleva adelante el embarazo y finalmente pare. Pero entonces, debemos reconocerle el derecho a la salud reproductiva, al menos en relación con la gestación y el parto, lo que nos obligaría a reconocerle el derecho a abortar, que no debería quedar limitado por el contrato. Pero entonces, ¿le reconocemos el derecho a abortar y le negamos el derecho al arrepentimiento después del parto? Parece, al menos, paradójico.

Los requiebros argumentativos anteriores nos muestran la dificultad a la hora de definir un contrato de gestación subrogada que reconozca a la madre gestante un derecho al arrepentimiento al mismo tiempo que afirmamos que no se trata de una venta de niños. De tal manera que se nos ha mostrado como contradictorio un contrato de gestación subrogada que reconozca a la madre gestante el derecho a rescindir el contrato, un derecho al arrepentimiento, mientras que negárselo nos parece contrario a nuestras intuiciones morales que se relacionan con el derecho a la salud reproductiva de la mujer.

Lo anterior nos lleva a concluir que lo más coherente para un hipotético convenio internacional, que regulase la filiación derivada de una gestación subrogada, sería exigir un control sobre la validez del consentimiento de la madre gestante en el momento de la celebración del acuerdo de gestación subrogada y renunciar al requisito de una cláusula de rescisión del contrato a favor de la madre gestante, es decir, renunciar a la exigencia de una cláusula de arrepentimiento para la madre gestante, dadas las paradojas y contradicciones jurídicas, que han sido comentadas.

A pesar de las dificultades descritas parece posible elaborar un protocolo sobre el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada que debería exigir como mínimo un control sobre la idoneidad de los padres de intención y sobre la validez del consentimiento prestado por la madre gestante, como condiciones para garantizar un reconocimiento automático de la filiación del menor entre los Estados que ratificasen el hipotético instrumento internacional, cuyo proyecto previsiblemente verá la luz durante el año 2023, en el seno del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya⁷⁴.

De esta manera, la adopción internacional puede servir como un modelo, al menos como una inspiración, a la hora de resolver los problemas asociados al reconocimiento de la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada.

Recapitulación

En este capítulo hemos visto que el TEDH no se pronuncia sobre un hipotético derecho a celebrar un acuerdo de gestación subrogada, pues no ha sido planteado en estos términos ante él y porque, en caso de que lo hubiera sido, de los propios argumentos del Tribunal cabe deducir que se habría remitido al amplio margen de apreciación que reconoce a los Estados en una materia tan controvertida.

Sin embargo, el Tribunal sí se ha pronunciado sobre el derecho del menor a que sea reconocida su filiación derivada de un contrato de gestación subrogada y sobre el derecho a que sea protegida la vida familiar derivada de dicho contrato.

⁷⁴ Sobre una propuesta de regulación favorable al reconocimiento de la gestación subrogada, véase IGAREDA 2018-I: 228 y 2018-II: 67-69, donde plantea la necesidad de admitir el consentimiento prestado por los comitentes como una forma de constitución de la filiación, una filiación determinada a partir de la intención, independiente del vínculo biológico. Para ello propone un modelo altruista y controlado por el Estado, para que los derechos de las partes, en especial de la madre gestante, sean respetados.

El Tribunal ha estimado el derecho del menor a ver reconocida la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada válidamente celebrado en el extranjero, en aquellos casos en los que el padre de intención es también el padre biológico del menor, pues estima que el derecho a la vida privada del menor incluye el derecho a la identidad personal del que es un aspecto importante la filiación biológica, por lo que la filiación biológica derivada de una gestación subrogada debe ser reconocida. En estos supuestos de hecho, en los que el padre de intención es también el padre biológico, el Tribunal añade que la filiación respecto de la madre de intención debe ser igualmente reconocida, con independencia de si es la madre genética. El reconocimiento tanto de la filiación paterna como el de la materna, en estos casos, es una obligación que el Estado puede cumplir de diferentes maneras: mediante la transcripción del certificado registral extranjero, mediante un procedimiento civil de reclamación de la filiación biológica, de adopción o de posesión de estado, u otro que el Estado pueda establecer, pues entra dentro del margen de apreciación estatal la manera en que se alcance dicho reconocimiento, siempre que se trate de un procedimiento rápido y eficaz, para que el menor no quede desprotegido.

En cuanto a la pregunta sobre la obligatoriedad del reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada en el resto de los casos, es decir, cuando ninguno de los padres de intención es progenitor genético, aunque se trata de una cuestión que ha sido planteada ante el Tribunal, no ha sido posible deducir una doctrina clara y concluyente, ni a partir de su jurisprudencia ni de la opinión consultiva que ha sido emitida sobre esta materia.

Ante el Tribunal no solo ha sido alegado el derecho a la vida privada, como ha sido comentado, sino también el derecho a la vida familiar. El Tribunal se ha visto obligado a definir una noción autónoma de vida familiar para la gestación subrogada, que le permite negar su existencia en aquellos casos en los que la duración de la convivencia es insuficiente y el vínculo jurídico precario, a causa del incumplimiento de la legislación estatal por los padres de intención que recurren a la subrogación en un tercer Estado. En dicho supuesto no existe vida familiar, ni siquiera *de facto*, independientemente de que se hayan creado vínculos afectivos de calidad entre el menor y los padres de intención, y de la

existencia de un proyecto parental. El Tribunal ha definido para la gestación subrogada una noción autónoma de vida familiar especialmente exigente, si la comparamos con la establecida por su jurisprudencia anterior, en la que le bastaba con la existencia de vínculos afectivos de calidad para concluir la existencia de vida familiar *de facto*.

La gestación subrogada, y los conflictos jurídicos que genera, han llegado hasta el Tribunal bajo el aspecto de un problema propio del derecho internacional privado, pues ha tenido que decidir si los acuerdos de subrogación, válidamente celebrados en el extranjero, deben producir efectos jurídicos en aquellos Estados que los prohíben o declaran nulos, negándoles eficacia.

En el tratamiento de este asunto, el Tribunal se muestra respetuoso con la soberanía estatal, pues reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados en la regulación de los conflictos propios del derecho internacional privado en general y, en especial, por lo que se refiere a la gestación subrogada.

Sin embargo, el margen de apreciación estatal encuentra en esta materia un límite en el interés superior del menor, pues debe ser respetado por los Estados.

No obstante, los Estados alegan la excepción de orden público, que se concreta en la protección de los derechos fundamentales de los menores, pero mediante una interpretación estatal que afirma como el fin más importante la protección de la infancia frente a la compraventa de niños, es decir, una interpretación en abstracto del interés superior del menor, lo que permite a estos Estados justificar su negativa a reconocer efectos jurídicos a los acuerdos de subrogación.

Por el contrario, los particulares, que demandan ante el Tribunal la garantía de sus derechos individuales, alegan que el interés superior del menor debe ser interpretado en concreto, lo que exige el reconocimiento de los efectos derivados de una subrogación válidamente celebrada en el extranjero.

Este conflicto, entre el interés superior del menor interpretado en concreto, alegado por los padres de intención, y el interés superior del menor interpretado en abstracto, alegado por los Estados como una excepción de orden público, ha

sido resuelto por el Tribunal en su jurisprudencia, mediante una doctrina que obliga a los Estados a interpretar el interés superior del menor en concreto cuando existe vida familiar mientras que les permite interpretar el interés superior del menor en abstracto, y aplicar la excepción de orden público, cuando no existe vida familiar.

La protección del interés superior del menor interpretado en concreto, exigida a los Estados cuando existe vida familiar, supone una fuerte presunción favorable al reconocimiento de los efectos jurídicos derivados de un acuerdo de gestación subrogada. Mientras que la protección del interés superior del menor interpretado en abstracto, permitida a los Estados cuando no existe vida familiar, supone una fuerte presunción contraria al reconocimiento de dichos efectos jurídicos. Se trata, en ambos casos, de presunciones que pueden quedar desvirtuadas en el asunto concreto enjuiciado, según las circunstancias que concurran, en cuanto a los fines legítimos perseguidos por la medida y la proporcionalidad de la injerencia en el derecho.

Podemos concluir que el Tribunal intenta resolver el conflicto entre la protección de los derechos de los particulares y el respeto a la soberanía estatal mediante una fórmula de compromiso que atribuye una gran importancia al vínculo biológico, a la hora de exigir el reconocimiento estatal de la filiación derivada de una gestación subrogada, y que otorga un papel determinante a la existencia de vida familiar, a la hora de permitir a los Estados una interpretación del interés superior del menor en abstracto, desde la que aplicar la excepción de orden público frente a la exigencia de reconocimiento de los efectos derivados de una gestación subrogada.

El capítulo termina con el examen de una propuesta de un sector de la doctrina que contempla en los instrumentos de derecho internacional privado que regulan la adopción internacional un modelo para la elaboración de un tratado que regule el reconocimiento de la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada.

CAPÍTULO IV:

EL DERECHO A DISPONER DE LA PROPIA VIDA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Introducción

El desarrollo de los tratamientos de soporte vital y de los cuidados médicos que permiten prolongar la vida ha supuesto, en ocasiones, que personas enfermas, con escasa calidad de vida, se vean obligadas a seguir viviendo en contra de su voluntad. Este problema ha sido planteado ante el TEDH en diferentes casos en los que ha sido reclamado el derecho al suicidio asistido.

Asimismo, ha sido planteado ante el TEDH el problema de la retirada o mantenimiento de los tratamientos médicos, cuando el paciente es incapaz de expresar su voluntad y no prestó voluntades anticipadas.

El primero de los problemas señalados puede ser contemplado como un conflicto entre un hipotético derecho a disponer de la propia vida frente a la soberanía estatal a la hora de reconocerlo y regularlo. Se trata de un derecho que ha sido alegado ante el TEDH como incluido en el derecho a la vida, del artículo 2, y en el derecho a la vida privada, del artículo 8, así como en el derecho

a no sufrir trato degradante e inhumano, del artículo 3, todos ellos del Convenio. Ante estas alegaciones el Tribunal concluirá que ni el derecho a disponer de la propia vida ni el derecho al suicidio asistido están incluidos en el derecho a la vida y que su negación por el Estado no supone que esté infligiendo un trato degradante e inhumano. Pero añadirá que el derecho a disponer de la propia vida y el derecho al suicidio asistido sí están incluidos en el derecho a la vida privada.

El segundo problema planteado ante el Tribunal se refiere a la retirada o mantenimiento de un tratamiento médico en aquellos casos en los que el paciente es incapaz de expresar su voluntad y no prestó voluntades anticipadas. Se trata de una serie de asuntos en los que el Tribunal tendrá que aclarar qué requisitos exige para aceptar la retirada de un tratamiento médico.

Para la solución de estos problemas, el Tribunal tendrá que definir una noción de víctima para esta materia, que a su vez dará lugar a tres nociones distintas, las de víctima directa, indirecta y potencial.

En relación con el reconocimiento del derecho al suicidio asistido, el Tribunal adoptará un punto de vista procedimental, es decir, reconocerá un amplio margen de apreciación estatal en cuanto al reconocimiento del derecho sustantivo, que en la práctica permitirá a los Estados prohibir el suicidio asistido, aunque haya sido reconocido por el TEDH como un aspecto del derecho a la vida privada. Al mismo tiempo, exigirá que aquellos Estados que reconocen, en alguna medida, el derecho al suicidio asistido lo regulen de manera coherente, de tal manera que los particulares puedan conocer las consecuencias jurídicas de su conducta. El resultado es el reconocimiento de un derecho al suicidio asistido teórico, pero sin eficacia, dado el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados que se basa en el riesgo que su reconocimiento efectivo podría suponer para los más vulnerables, incluido el candidato al suicidio.

En cuanto al problema sobre la retirada de los tratamientos médicos a pacientes incapaces para expresar su voluntad y que no prestaron voluntades anticipadas, el Tribunal ofrecerá una doctrina coherente y razonable que permite resolver los distintos casos que puedan plantearse.

IV.1. El derecho a disponer de la propia vida como derecho humano teórico, pero inefectivo

IV.1.1. La construcción del derecho a disponer de la propia vida desde una lectura evolutiva y sistemática del Convenio

Antes de presentar las sentencias del TEDH en las que ha sido planteado el derecho a disponer de la propia vida, debemos recordar que el derecho a la vida tiene una estructura peculiar, pues es el presupuesto lógico y ontológico del resto de derechos. Su violación tiene, por definición, carácter irreversible. La protección jurídica de la vida, incluida en el artículo 2 del Convenio, es un derecho de defensa de la persona frente a los poderes públicos del que se derivaría una prohibición y una obligación. Los Estados estarían vinculados mediante una obligación negativa, pues el artículo 2 del Convenio les prohíbe causar la muerte a través de sus agentes, salvo en los supuestos de recurso a la fuerza absolutamente necesario, que deben interpretarse de modo restrictivo, recogido en el apartado segundo del artículo 2 del Convenio. Pero los poderes públicos también estarían obligados en sentido positivo, la obligación positiva que consiste en establecer sistemas de protección jurídica del derecho a la vida en sus respectivos ordenamientos. Estas obligaciones negativas y positivas permiten examinar tanto la actuación de los Estados como sus omisiones, lo que hace posible ampliar el control sobre los Estados.

La dificultad, en relación con la eutanasia, que será planteada al Tribunal versará sobre si el derecho a la vida es un derecho de libertad, es decir, si sus titulares pueden, bajo ciertas condiciones, disponer de la propia vida. El Tribunal, en el caso *Pretty c. Reino Unido*, nº 2346/02, sentencia de 29 de abril de 2002 de la Sección cuarta del TEDH, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ello. De su sentencia no se deduce la incompatibilidad del suicidio asistido con el

Convenio, sino tan solo que no se encuentra amparado por el artículo 2 del mismo. Parte de la doctrina entiende que se trata de una sentencia dilatoria, en la que el Tribunal ha optado prudentemente por no zanjar de modo definitivo la discusión jurídica que divide hoy a los Estados y a la opinión pública. Sin embargo, lo que sí ha dejado claro el Tribunal es que del derecho a la vida del artículo 2 del Convenio no es deducible la facultad para su titular de disponer de ella, es decir, la vida es un bien jurídico protegido por el artículo 2 con independencia de la voluntad de su titular, lo que impide adscribirlo sin más a la categoría de los derechos subjetivos. Por tanto, el derecho a la vida consistiría en un bien indisponible, si tenemos en cuenta únicamente el derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del Convenio. No obstante, debemos plantearnos si es posible deducir un derecho a disponer de la propia vida desde otros derechos recogidos en el Convenio ¹.

El derecho a la vida del artículo 2 del Convenio es un derecho no derogable, pues no puede ser negado ni siquiera en caso de emergencia pública que ponga en peligro la existencia de la nación. Análogamente el artículo 3 del Convenio, que protege el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, también es un derecho inderogable, además de absoluto en el sistema del Convenio, por lo que las injerencias en él nunca estarán permitidas, ni siquiera cuando concurren razones de orden público².

¹ Véase REY 2009: 334-335.

² Puede consultarse RIETIKER 2012: 88-89, sobre la naturaleza del derecho a la vida del artículo 2 y del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio en relación con el suicidio asistido.

IV.1.1.1. El derecho a disponer de la propia vida como un aspecto del derecho a la vida privada: el asunto *Pretty c. Reino Unido*

En el asunto *Pretty c. Reino Unido*, nº 2346/02, sentencia de 29 de abril de 2002 de la Sección cuarta del TEDH, la demandante, una mujer que sufre parálisis generalizada en la fase terminal de su enfermedad, entiende que Reino Unido ha vulnerado sus derechos, al negarse a eximir de responsabilidad penal a su marido, en caso de que éste acceda a prestarle asistencia al suicidio. La demandante, que desea le sea prestada ayuda al suicidio y que está en pleno uso de sus facultades mentales, alega que el artículo 2 del Convenio no garantiza únicamente el derecho a la vida, pues debería ser interpretado como un derecho que incluye dentro de sí tanto el derecho a decidir continuar viviendo como el derecho a poner fin a la propia vida, pues la decisión de continuar viviendo o dejar de vivir sería una decisión que corresponde al individuo, como un corolario del derecho a la vida. De esta manera, el derecho a morir sería un derecho implícito en el derecho a la vida, pues el derecho a disponer de la propia vida serviría para evitar el sufrimiento y la indignidad que supondría obligar a vivir una vida no deseada, marcada por la enfermedad, el sufrimiento y la dependencia³.

El Tribunal responde que el artículo 2 del Convenio no puede ser interpretado como incluyendo un derecho a morir que es diametralmente opuesto a la protección de la vida incluida en el artículo 2. Del derecho a la vida no se derivaría un derecho a morir, pues el artículo 2 protege el derecho a la vida sin el cual el disfrute del resto de derechos y libertades garantizados por el Convenio sería ilusorio. El artículo 2 no contiene un derecho a la autodeterminación que sirva para reconocer el derecho a optar por la muerte antes que por la vida. De esta manera, cierra el Tribunal la posibilidad de un reconocimiento del derecho

³ Véase ADAMO 2016: 10.

a disponer de la propia vida deducible del derecho a la vida del artículo 2 del Convenio (§§ 37-40).

La demandante también alega la violación del artículo 3 del Convenio, pues su sufrimiento, ante la imposibilidad de poner fin a su vida, supondría un trato degradante e inhumano. Desde este punto de vista, el Estado tendría no solo la obligación de no causar directamente un trato degradante e inhumano, sino también la de adoptar aquellas medidas que eliminarían el sufrimiento de la demandante, de tal manera que si no evita dicho sufrimiento, pudiendo hacerlo, como ocurriría en este caso, el Estado sería responsable de infligir un trato degradante e inhumano, no por su actuación directa, pero sí por omisión, pues son exigibles al Estado tanto obligaciones negativas como positivas, así como sustantivas y procedimentales, derivadas del Convenio. La obligación positiva del Estado consistiría en establecer una legislación sustantiva que permitiera a la demandante ejercer su derecho a disponer de su vida, así como la obligación de garantizar el ejercicio de dicho derecho, es decir, el Estado tendría una obligación positiva sustantiva junto a una obligación positiva procedimental, ambas derivadas del artículo 3 del Convenio. Ante dicho argumento, el Tribunal responde que el Estado no ha impuesto tratamiento sanitario alguno a la demandante, por lo que difícilmente puede imputársele un trato degradante e inhumano, de tal manera que el Estado no habría vulnerado el artículo 3 del Convenio que prohíbe el trato degradante e inhumano⁴. Sin embargo, la respuesta ofrecida por el Tribunal no responde a las alegaciones de la demandante, pues la cuestión que ésta plantea no es si el Estado es responsable del sufrimiento que la propia enfermedad causa de modo natural, pues parece razonable afirmar que no lo es, sino la responsabilidad del Estado por el

⁴ El punto de vista de la demandante en este asunto puede entenderse mejor a partir de la distinta concepción de la dignidad humana que encontramos en el paradigma de la santidad de la vida y en el de la calidad de la vida, en este último se situaría la experiencia vital de la señora Pretty, véase ANSUÁTEGUI 1999: 93-106, sobre las diferencias entre las dos concepciones señaladas y donde concluye que la idea de dignidad defendida desde el paradigma de la calidad de la vida no minusvalora la vida, pues solo ocurre que atribuye al individuo la competencia para valorar por él mismo si la propia vida es digna de ser vivida.

sufrimiento derivado de la prohibición del derecho a disponer de la propia vida que produce un sufrimiento adicional, según la demandante⁵.

En cualquier caso, tenemos que el Tribunal también ha rechazado deducir un derecho a disponer de la propia vida desde el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio, pues considera que este artículo no ofrece protección directa contra el sufrimiento inherente a los imponderables de la vida, como pueda ser una enfermedad o un accidente. Además, subraya que esta disposición ha sido aplicada, la mayoría de las veces, para enjuiciar actos en los que el riesgo a ser sometido a trato degradante e inhumano procedía de actos infligidos intencionalmente por agentes del Estado. En este caso, dado que el sufrimiento de la demandante no era consecuencia de un comportamiento por acción u omisión de las autoridades públicas, el Tribunal concluye que no ha existido violación del artículo 3. Sin embargo, esta respuesta explícita ofrecida por el Tribunal, que ha sido criticada por una parte de la doctrina como desacertada, debe completarse con el verdadero fundamento de su conclusión que parece residir en la afirmación del Tribunal de que sería inaceptable y peligroso afirmar que el sufrimiento por una enfermedad afecta a la dignidad del ser humano, negando su humanidad, cuando ocurre que la imperfección y el sufrimiento derivados de la enfermedad son inherentes a nuestra naturaleza, máxime cuando mantener lo contrario abriría la puerta a la eugenesia. Por tanto, el Tribunal deja claro que no está dispuesto a reconocer un derecho a disponer de la propia vida incluido en el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio⁶.

La demandante incluye entre sus alegaciones la violación del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio, ante lo que el TEDH responde que en este caso no puede excluir que se haya producido una injerencia en el derecho

⁵ Veáse DE SCHUTTER 2020: 71-111 y ADAMO 2016: 11.

⁶ Puede consultarse BACHELET 2011: 114, donde concluye que el fundamento de la negativa del TEDH a admitir la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano reside en que sería inaceptable y peligroso considerar que el sufrimiento afecta a la dignidad humana cuando ocurre más bien que la imperfección y el sufrimiento son inherentes a la naturaleza humana.

a la vida privada de la demandante, pero añade que la *ratio legis* de la disposición que prohíbe disponer de la propia vida es la adecuada tutela de las personas vulnerables, pues existe un riesgo de abuso ante un posible reconocimiento del derecho al suicidio asistido, por lo que debe limitarse al máximo el riesgo de que se produzca el efecto de «pendiente resbaladiza» que comportaría la regulación solicitada por la demandante, pues las personas enfermas en estado terminal se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, situación que afectaría a la propia demandante⁷. El TEDH concluye, a partir de dichas razones, que la prohibición del suicidio asistido, recogida en la legislación de Reino Unido, se muestra como justificada en una sociedad democrática en cuanto es necesaria para la protección de los más vulnerables, es decir, se cumplen los requisitos recogidos en el apartado segundo del artículo 8, que sirven para justificar una injerencia en el derecho a la vida privada, además de ser una injerencia proporcionada al fin legítimo perseguido. Es decir, el Tribunal entiende que la medida estatal ha superado el juicio de proporcionalidad, en relación con el derecho a la vida privada (§§ 72-78).

Hemos visto, en la sentencia dictada en el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002), que el Tribunal niega que el derecho a disponer de la propia vida pueda ser deducido desde el derecho a la vida del artículo 2 o desde el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio. Al mismo tiempo afirma no poder descartar que se haya producido una injerencia en el derecho a la vida privada del artículo 8, con lo que se abre la posibilidad de deducir un derecho a disponer de la propia vida desde el derecho a la vida privada. Sin embargo, termina afirmando que incluso si aceptásemos que el derecho a disponer de la propia vida es un aspecto del derecho a la vida privada, debe reconocerse un margen de apreciación suficiente a los Estados que les permita

⁷ Véase POLI 2019: 14-15 y ADAMO 2016: 12. Sobre el argumento contrario al derecho a disponer de la propia vida que nos habla del riesgo de una pendiente resbaladiza que nos llevaría desde casos en que se aplicaría correctamente hasta casos en los que se ayudaría a suicidarse a personas incapaces de formar su voluntad con libertad. También puede consultarse DE LA TORRE 2019: 113-118, donde defiende cómo la legalización del suicidio asistido podría afectar a las personas más vulnerables.

prohibir la ayuda al suicidio con base en la protección de los derechos de las personas vulnerables⁸.

El Tribunal construye su argumento a partir de la metáfora, poco rigurosa jurídicamente, pero retóricamente convincente, de la *pendiente resbaladiza*, según la cual, si despenalizamos la asistencia al suicidio, en ciertos casos en los que el riesgo de abuso estaría ausente, nos deslizaríamos inevitablemente hacia una despenalización más amplia, en detrimento de la protección a la que tienen derecho las personas más vulnerables⁹.

Puede parecer un escaso avance en el reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida, por parte del Tribunal. Sin embargo, es una primera piedra en la construcción de dicho derecho, que nos dice dos cosas que marcarán su posterior desarrollo. En primer lugar, deja claro que el derecho a la vida, del artículo 2 del Convenio, no contiene un aspecto negativo, un derecho a quitarse la vida. El derecho a la vida del artículo 2 del Convenio no se parece al derecho a afiliarse a un sindicato que incluye un aspecto positivo, el derecho a afiliarse, pero también un aspecto negativo, el derecho a no afiliarse. En segundo lugar, afirma que no puede descartar que el derecho a disponer de la propia vida pueda constituir un aspecto del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, lo que equivale a afirmar que el derecho a disponer de la propia vida sería deducible del Convenio, aunque no como un derecho absoluto, pues las injerencias en el mismo podrían justificarse en la defensa de los derechos y libertades de las personas vulnerables, incluidos los propios candidatos al suicidio asistido, conforme al apartado segundo del artículo 8 del Convenio, en el que se recoge la defensa de los derechos de los demás como uno de los fines que permite justificar una injerencia en el derecho a la vida privada.

Por otra parte, recordemos que, según el Tribunal, el derecho recogido en el artículo 3 del Convenio, el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano,

⁸ Puede consultarse POLI 2019: 10-11, donde analiza las contradicciones de doctrina del TEDH, pero señala una apertura gradual al reconocimiento de un derecho a morir con dignidad al que llama el último derecho.

⁹ Véase BROSSET 2011: 96-97.

no puede incluir el derecho a disponer de la propia vida porque el sufrimiento que alega la demandante en el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002) no ha sido provocado por el Estado, por lo que no podría ser responsable del mismo. Dicho argumento no es demasiado convincente, pues lo que alega la demandante no es que su sufrimiento haya sido provocado por el Estado. La demandante padece una grave enfermedad que ciertamente no es resultado de una mala praxis médica ni de una actuación administrativa, más bien alega que la prohibición estatal de la ayuda al suicidio le impide poner fin a su vida, por lo que su sufrimiento se ve aumentado por una decisión estatal. No obstante, el Tribunal rechaza las alegaciones de la demandante porque si aceptara como válido su argumento, se vería en la obligación de reconocer sin más el derecho a disponer de la propia vida, pues el derecho reconocido por el artículo 3 es inderogable y no contiene cláusulas que lo limiten como las que contiene el artículo 8 del Convenio, ya que se trata de un derecho absoluto en el sistema del Convenio. Aunque una posible explicación más profunda del rechazo del Tribunal a que sea aplicado el artículo 3 en esta materia, pero que no aparece explícitamente en la jurisprudencia del Tribunal, apuntaría a que el artículo 3 del Convenio está más próximo al artículo 2, al derecho a la vida, que a un derecho a la autonomía deducible del artículo 8 del Convenio. Dicha proximidad entre los derechos contenidos en los artículos 3 y 2 del Convenio se fundamentaría en que ambos derechos son un presupuesto para el disfrute del resto, pues una vez garantizados, tanto el derecho a la vida como el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, podríamos exigir la protección del resto de los derechos, incluido el derecho a la vida privada.

Lo anterior permite comprender que el derecho a disponer de la propia vida puede ser limitado, pero solo desde la necesidad de protección que tienen las personas vulnerables, incluidos los candidatos a la ayuda al suicidio, cuya voluntad podría estar viciada por presiones reales o imaginadas, es decir, es la libertad de los demás, también la del propio candidato al suicidio, la que permite justificar las injerencias en el derecho a disponer de la propia vida incluido en el derecho a la vida privada, injerencias que pueden llevar incluso a la prohibición del suicidio asistido con carácter general por parte de los Estados, una prohibición sin excepciones, ante el riesgo que supondría para los más

vulnerables abrir la puerta al suicidio asistido, por lo que el Tribunal reconoce un amplio margen de apreciación estatal en esta materia.

Esta primera piedra en la construcción de un derecho a disponer de la propia vida, de un derecho al suicidio asistido, ha sido posible desde una interpretación evolutiva del Convenio, que tiene en cuenta los cambios sociales y la nueva sensibilidad ante la muerte, es decir, que tiene en cuenta nuestra experiencia histórica. Una lectura literal del Convenio no habría permitido al Tribunal plantearse un derecho a disponer de la propia vida, como un posible aspecto del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio, pues dicho derecho no aparece en la letra del artículo 8 ni de ningún otro artículo del Convenio. Una lectura originalista iría igualmente en contra de la interpretación dada por el Tribunal, pues en las negociaciones de los firmantes del Convenio no aparece un hipotético derecho al suicidio asistido. Por tanto, en esta primera fase en la definición de este nuevo derecho es fundamental el criterio de interpretación evolutivo o dinámico que tiene en cuenta los cambios producidos en la sociedad.

En la sentencia del asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002) han sido fijados los términos que permitirán un progresivo reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida. Aunque con contradicciones, que comentaremos en su momento, se observa en la jurisprudencia del Tribunal una apertura gradual hacia el reconocimiento de un derecho a morir con dignidad al que Ludovica Poli ha llamado el último derecho¹⁰.

¹⁰ Véase POLI 2019: 8.

IV.1.1.2. El reconocimiento explícito del derecho a disponer de la propia vida incluido en el derecho a la vida privada: el asunto *Hass c. Suiza*

La jurisprudencia del TEDH continúa con la sentencia dictada en el asunto *Hass c. Suiza*, nº 31322/07, sentencia de 20 de enero de 2011 de la Sección 1ª del TEDH. En este caso el demandante no sufre una enfermedad terminal ni discapacidad o dependencia, por lo que es capaz de suicidarse por sí mismo, al contrario de lo que ocurría con la demandante del asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002). El demandante del asunto *Hass c. Suiza* (2011) reclama el derecho a que el Estado le facilite una dosis letal de pentobarbital sódico para provocarse la muerte de forma segura e indolora, lo que le es negado por el Estado quien le responde que solo un médico puede prescribir la sustancia letal que solicita, pues no corresponde al Estado facilitarla directamente ante la simple solicitud del interesado. En este caso será necesario analizar si el derecho a la autonomía incluido en el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio incluye el derecho a ser asistido en el suicidio por el Estado, mediante el suministro de una dosis letal de medicamento, ya no se trata de una simple obligación negativa del Estado, como en el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002), sino de una obligación positiva sustantiva¹¹.

El Tribunal reconoce en su sentencia del asunto *Hass c. Suiza* (2011), clara y explícitamente, que el derecho de un individuo a decidir de qué manera y en qué momento poner fin a su vida forma parte del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio. Pero la jurisprudencia precedente del Tribunal, recordemos el caso *Pretty c. Reino Unido*, exige que la voluntad del candidato al suicidio haya sido formada libremente, sin vicio alguno. Para asegurar que la voluntad del candidato al suicidio es libre y ha sido formada sin presión alguna, estaría perfectamente justificado exigir que sea un médico quien prescriba la

¹¹ Véase BROSSET 2011: 15.

dosis letal de pentobarbital sódico, pues el médico sería responsable de controlar que la voluntad del candidato se ha formado libremente, sin ningún vicio del consentimiento, que no sufre una enfermedad mental, que es capaz de entender y querer aquello que manifiesta ser su voluntad, y que no ha sufrido presiones reales o imaginadas. De esta manera, el requisito exigido por el Estado, es decir, la necesidad de prescripción médica para obtener una dosis letal de pentobarbital sódico, supone una injerencia en el derecho a disponer de la propia vida, pero que estaría justificada, pues su fin es la protección de las personas vulnerables, incluido el propio solicitante de la ayuda al suicidio, cuya voluntad podría no ser libre, por lo que es acertado exigir la prescripción médica de la dosis letal del medicamento, como una medida de control y protección, conforme al apartado segundo del artículo 8 del Convenio. Las anteriores razones unidas a la obligación contenida en el artículo 2 del Convenio que establece la obligación positiva para los Estados de garantizar el derecho a la vida, lo que incluye limitar y controlar el uso de sustancias letales, junto al margen de apreciación reconocido a los Estados en esta materia, permiten al Tribunal concluir que en el presente caso no se ha producido violación alguna del artículo 8 del Convenio, pues la injerencia en el derecho aparece como justificada (§§ 56-68).

En el asunto *Hass c. Suiza* (2011), el punto de partida en la argumentación del Tribunal es una interpretación evolutiva del artículo 8 del Convenio que ya fue anunciada en *Pretty c. Reino Unido* (2002) y que ahora es afirmada con claridad cuando el Tribunal recoge explícitamente que el derecho a obtener una dosis letal de pentobarbital sódico, que exigiría al Estado cumplir con una obligación positiva que consiste en facilitar dicha droga letal, es un aspecto del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio (§ 53)¹².

Sin embargo, el Tribunal añade la necesidad de una interpretación sistemática cuando afirma que el Convenio debe ser leído como un todo, es

¹² Es en la sentencia dictada en el asunto *Haas c. Suiza* donde el Tribunal explícitamente reconoce que un aspecto del derecho al respeto de la vida privada del artículo 8 es el derecho individual a decidir de qué manera y en qué momento poner fin a la propia vida. Véase WICKS 2014: 150-151. En relación con los cambios sociológicos, en nuestra manera de afrontar la muerte, que permitirían justificar una interpretación evolutiva del Convenio, puede consultarse ARIÈS 1975 y ARIÈS 1983.

decir, que el artículo 8 debe ser interpretado junto con el artículo 2 que impone a los Estados la obligación de proteger a las personas vulnerables, incluso contra sus propios actos susceptibles de poner en riesgo su vida. Con fundamento en esta interpretación sistemática, que interpreta los artículos 8 y 2 de manera coherente, el Tribunal concluye que el Estado debe impedir a un individuo suicidarse, si su decisión no ha sido tomada libremente y con conocimiento de causa (§ 54).

El Tribunal refuerza su conclusión, a saber, que la injerencia en el derecho a la vida privada está justificada en este caso, mediante un argumento basado en la ausencia de un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, a la hora de reconocer el derecho al suicidio asistido, lo que obliga al Tribunal a reconocer un amplio margen de apreciación estatal en esta materia. De esta manera, exigir la prescripción médica para la obtención de una dosis letal de pentobarbital sódico, como requisito que sirve para evitar abusos, no parece una medida desproporcionada en una sociedad democrática, como se desprende de una interpretación evolutiva y sistemática del Convenio que tiene en cuenta además el amplio margen de apreciación estatal que debe ser reconocido (§ 55).

Sería posible entender las razones del Tribunal desde dos categorías que el Tribunal no utiliza, pero que nos sirven para comprender el problema. Se trata de la dignidad entendida como naturaleza, que permite explicar la importancia que el Tribunal atribuye al derecho a la vida, del artículo 2 del Convenio, y de la dignidad entendida como libertad, que permite comprender el reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida, como un aspecto del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio. Lo que haría el Tribunal es desarrollar una lectura coherente y sistemática de ambos modos de entender la dignidad, de tal manera que no serían contradictorias, sino necesitadas la una de la otra. La dignidad entendida como libertad sin la dignidad entendida como naturaleza podría dar lugar a abusos sobre los más vulnerables. La dignidad entendida como naturaleza sin la dignidad entendida como libertad supondría tratarnos como menores de edad a los que se nos niega la capacidad de decidir sobre aquellas cuestiones que nos afectan íntimamente, en este caso el proceso que

nos lleva a la muerte, algo tan personal y que afecta tan directamente a la idea que nos hacemos de nosotros mismos. De esta manera, estaríamos asistiendo al nacimiento de un orden público corporal en la jurisprudencia del Tribunal, en el que el principio de indisponibilidad del cuerpo humano debe ser ponderado con el principio de la libertad individual. Esta ponderación, entre libertad e indisponibilidad del propio cuerpo, dará lugar a un orden público, es decir, derechos obligatorios para los Estados miembros del Consejo de Europa. Un orden público basado en las ideas de dignidad humana entendida como naturaleza y de dignidad humana entendida como libertad¹³.

IV.1.1.3. La obligación de la jurisdicción estatal de entrar a conocer del fondo del asunto cuando es alegada la violación del derecho a disponer de la propia vida: el asunto *Koch c. Alemania*

En el asunto *Koch c. Alemania*, nº 497/09, sentencia de 19 de julio de 2012 de la Sección 5ª del TEDH, el demandante es el esposo de una mujer que solicitó la ayuda al suicidio en Alemania. Los tribunales alemanes niegan la legitimidad activa del demandante, por lo que archivan la demanda sin entrar en el fondo del asunto, pues ya había fallecido su esposa. El demandante se queja, ante el TEDH, de la inadmisión de su demanda por la jurisdicción alemana, que

¹³ Sobre la unidad de las dos dimensiones de la dignidad, véase GARCÍA MANRIQUE 2021: 167-213. En relación con la dignidad entendida como respeto hacia nuestra posición en el orden natural frente a la dignidad entendida como respeto hacia nuestra libertad, véase MÉNDEZ BAIGES 2002-II: 20-34. La relación entre el concepto de dignidad y la bioética ha sido analizada en CASADO (Comp.) 2009. Un análisis sobre el desarrollo del concepto filosófico de dignidad a lo largo de la historia de la filosofía y su significado actual, en el que distingue cuatro dimensiones en la idea de dignidad, puede consultarse en VON DER PFORDTEN 2020. Sobre el derecho a morir con dignidad y su contenido, véase MÉNDEZ BAIGES 2002-I: 51-68. En relación con la existencia de un orden público corporal, puede consultarse ALIX 2015: 3.

no ha juzgado sobre el fondo del asunto, al estimar excepciones procesales que se refieren al carácter intransmisible de un supuesto derecho a disponer de la propia vida del que sería titular su esposa fallecida. El TEDH modifica en su sentencia del asunto *Koch c. Alemania* la noción autónoma de víctima en esta materia y corrige su jurisprudencia anterior, cuando reconoce que el marido de la candidata al suicidio asistido también ha sufrido una injerencia en su derecho a la vida privada, por lo que puede ser considerado como víctima que ostenta legitimación activa en este asunto. La sentencia del TEDH concluye que se ha producido violación del derecho a la vida privada en su aspecto procedimental, pues el demandante tenía derecho a que los tribunales nacionales conocieran del fondo del asunto, al margen de si finalmente hubieran estimado o desestimado su demanda. El Tribunal basa su fallo en el principio de subsidiariedad, que afirma la obligación de los Estados parte de hacer efectivos los derechos contenidos en el Convenio, lo que les obliga, al menos, a conocer del fondo del asunto que les sea planteado. El principio de subsidiariedad está relacionado con el principio de efectividad que exige que los derechos convencionales sean garantizados (§§ 65-72).

Con esta sentencia el Tribunal añade una obligación positiva procedimental de carácter procesal que es de gran importancia. Pues sin la existencia de obligaciones procedimentales los derechos contenidos en el Convenio quedarían reducidos a meros derechos teóricos. Los Estados miembros del Consejo de Europa están obligados a cumplir con los derechos contenidos en el Convenio, de manera que los hagan efectivos, por este motivo los derechos contenidos en el Convenio incluyen obligaciones procedimentales, como la que obliga a las jurisdicciones internas a conocer, entrando en el fondo del asunto, de aquellas demandas en las que se alegue la vulneración de un derecho convencional. La anterior exigencia también se deduce a partir del principio de subsidiariedad que obliga a los Estados a ser los primeros que corrijan las violaciones de los derechos convencionales, por estar mejor situados para prevenir y sancionar dichas vulneraciones y porque es su obligación conforme al artículo 1 del Convenio.

Por otra parte, con esta sentencia, que exige a los Estados admitir las demandas que les sean planteadas sobre esta materia y conocer del fondo del asunto, el Tribunal estaría obligando a los Estados a que justifiquen las injerencias que se puedan producir en el derecho a disponer sobre la propia vida, que ya había quedado consolidado jurisprudencialmente como un aspecto del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio. Se trata de una consecuencia de la aplicación del principio de subsidiariedad junto al principio de efectividad comentados. Es decir, los Estados pueden prohibir la asistencia al suicidio, pues entra dentro de su margen de apreciación, pero deben ofrecer una justificación suficiente de la prohibición, ya que, de lo contrario, supondría una violación del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio.

IV.1.1.4. La obligación estatal de justificar la limitación del derecho a disponer de la propia vida: el asunto *Gross c. Suiza*

Con la sentencia del asunto *Gross c. Suiza*, nº 67810/10, sentencia de 14 de mayo de 2013 de la Sección 2ª del TEDH, se añade un nuevo elemento en la construcción del derecho a disponer de la propia vida. Debemos aclarar que esta sentencia no devino definitiva, pues fue reenviada por el Estado suizo, en virtud del artículo 43 del Convenio, ante la Gran Sala que dictó una sentencia definitiva el 30 de setiembre de 2014, en aplicación del artículo 35.3 a) del Convenio. En este asunto la demandante se quejaba de que no podía obtener ayuda al suicidio, ayuda que finalmente sí obtuvo cuando le fue prescrita por un médico una dosis letal de pentobarbital sódico con la que consiguió suicidarse, sin que dichos hechos fueran puestos en conocimiento del Tribunal, estando el asunto pendiente de resolución, con claro abuso de derecho en el recurso individual, lo que llevó a la Gran Sala del Tribunal a dictar una segunda sentencia definitiva contradictoria con la que fue dictada por la Sala. No obstante, la sentencia de la

Sala, aunque no devino definitiva, tiene una gran importancia doctrinal y debe ser estudiada, pues nos informa de la postura del Tribunal sobre la materia, se trata no tanto de la eficacia de cosa juzgada como de la eficacia de cosa interpretada de las sentencias del Tribunal.

Recordemos que las sentencias del TEDH carecen de eficacia de cosa juzgada, aunque sí tienen eficacia de cosa interpretada. No tienen efecto de cosa juzgada porque, a pesar de la analogía entre las funciones del Tribunal y de la justicia constitucional, en el sistema del Convenio las sentencias del Tribunal no pueden anular disposiciones normativas, ni casar sentencias, tampoco anular actos administrativos ni pueden servir como título ejecutivo frente a las jurisdicciones nacionales, aunque algunos derechos estatales han establecido un recurso extraordinario de revisión frente a sentencias firmes que permite volver a enjuiciar aquellos asuntos en los que el TEDH haya dictado una sentencia estimatoria de la vulneración de un derecho convencional. En el sentido comentado, podemos afirmar que las sentencias del Tribunal carecen de eficacia de cosa juzgada. Sin embargo, sí tienen eficacia de *res interpretata* porque la doctrina que fija el Tribunal en sus sentencias obliga a los tribunales constitucionales estatales, que deben interpretar los derechos fundamentales conforme a la interpretación de los mismos ofrecida por el Tribunal, igualmente la jurisdicción ordinaria debe proteger los derechos fundamentales conforme a la doctrina del Tribunal. Incluso cabría defender, conforme a la doctrina de los efectos horizontales de los derechos humanos, que las sentencias del TEDH obligan al resto de operadores jurídicos, pues deberían actuar conforme a la interpretación de los derechos humanos contenida en ellas. Es cierto que no existe un sistema organizado de control de dicha eficacia de cosa interpretada, pero aquellos Estados que no la respeten verán cómo aumenta el número de quejas ante el Tribunal y el de sentencias condenatorias, por lo que están interesados en que sus jurisdicciones constitucionales y ordinarias respeten los derechos humanos tal y como son interpretados por el Tribunal, es decir, tienen

interés en que la eficacia de *res interpretata* sea respetada y la doctrina del Tribunal impere¹⁴.

Las razones anteriores permiten justificar que la sentencia de la Sala, aunque no devino firme, debe ser estudiada, pues nos informa sobre cómo entiende el Tribunal la cuestión que le fue planteada. En dicha sentencia la demandante, que no padece enfermedad terminal ni enfermedad grave alguna, alega que no desea continuar viviendo, a causa del deterioro propio de su avanzada edad, por lo que reclama la ayuda al suicidio por parte del Estado que se niega a facilitarle una dosis letal de pentobarbital sódico, pues en derecho suizo dicha dosis debe ser prescrita por un médico (§ 21 de la sentencia de la Sala). La demandante no ha encontrado ningún médico que le prescriba dicha dosis letal, pues las normas deontológicas de los colegios profesionales de medicina solo prevén la prescripción de una dosis letal de pentobarbital sódico cuando el paciente sufra una enfermedad terminal o graves padecimientos físicos o psíquicos, lo que no ocurre en el caso de la demandante. El Tribunal recuerda que ya recogió en la sentencia del asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002) que la vida es sagrada y está protegida por el Convenio, aunque afirma que debe tener en cuenta que en una época de creciente sofisticación médica y con aumento de la esperanza de vida muchas personas temen que se les obligue a mantenerse con vida hasta edades muy avanzadas y en un estado de deterioro físico y mental (§ 65 de la sentencia del asunto *Pretty c. Reino Unido*). Añade que la ausencia de directrices claras, en el derecho suizo, sobre los requisitos para obtener una dosis letal de pentobarbital sódico, habría provocado en la demandante una situación de incertidumbre y de angustia. Concluye que el Estado no ha cumplido con su obligación positiva procedimental consistente en establecer una regulación clara sobre los requisitos y condiciones para obtener la ayuda al suicidio lo que habría supuesto una injerencia injustificada en el derecho a disponer de la propia vida de la demandante que es un aspecto del derecho a la vida privada. Por tanto, se ha producido una violación del artículo 8

¹⁴ Véase QUERALT (2008:71-137), donde se define y aclara el concepto de eficacia de *res interpretata* de las sentencias del TEDH.

del Convenio por incumplimiento de una obligación positiva procedimental que exigiría al Estado establecer con claridad los requisitos que permiten obtener una dosis letal de pentobarbital sódico, a fin de ofrecer certidumbre y seguridad jurídica a los candidatos al suicidio asistido (§§ 64-69 de la sentencia de la Sala).

De esta manera el TEDH exige a los Estados que reconocen en alguna medida la ayuda al suicidio una regulación clara y completa, pues de lo contrario estarían sometiendo a los ciudadanos a una situación de incertidumbre y de angustia por no saber si tienen o no derecho a la ayuda al suicidio. Se trata de una obligación positiva procedimental deducible del principio de efectividad y de subsidiariedad. Pero si a lo anterior añadimos que las jurisdicciones estatales tienen la obligación de entrar a conocer del fondo de los asuntos relativos al derecho a disponer de la propia vida, como quedó establecido en la sentencia del asunto *Koch c. Alemania* (2002), tenemos que se impone a los Estados la carga de establecer una legislación que aclare y justifique si permite o no la ayuda al suicidio y que, en ambos supuestos, tendrán que regular la materia de forma clara y completa para que los ciudadanos sepan a qué atenerse. Parece claro que dicha obligación estatal trabaja de una manera indirecta a favor de un progresivo reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida, pues si la justificación de la prohibición de la ayuda al suicidio que pueda alegar un Estado es la protección de los más vulnerables, incluidos los propios solicitantes de la ayuda, como vimos en las sentencias comentadas hasta ahora, dichos Estados deberán justificar cada vez con mayor precisión los motivos por los que son incapaces de proteger a las personas vulnerables y, si finalmente no son capaces de justificar dichos motivos, se verán obligados a garantizar, en alguna medida, el derecho a disponer de la propia vida de las personas no vulnerables, aquellas que pueden formar su voluntad de manera libre y al margen de presiones externas.

La teoría de las obligaciones positivas procedimentales, creada jurisprudencialmente por el Tribunal, que aplica en esta materia, le sirve para avanzar en la construcción de un derecho convencional a disponer de la propia vida, aunque lo haga de manera indirecta.

IV.1.1.5. Sobre la retirada y mantenimiento de los tratamientos de soporte vital: el asunto *Lambert y otros c. Francia*

En la sentencia del asunto *Lambert y otros c. Francia*, nº 46043/14, sentencia de 5 de junio de 2015 de la Gran Sala del TEDH, no se trata del derecho a disponer de la propia vida, sino de un paciente que se encuentra en estado vegetativo permanente sobre el que se plantea la pregunta de si debemos mantener un tratamiento que parece tener solo por objeto la prolongación artificial de la vida. Por tanto, se trataría más bien de si tenemos derecho a disponer de la vida de otra persona bajo determinadas circunstancias. El TEDH entiende que en estos casos debe encontrarse un equilibrio entre la protección del derecho a la vida y el respeto del derecho a la vida privada y a la autonomía personal¹⁵. En principio, habrá que estar a la voluntad del paciente, pero cuando dicha voluntad no pueda ser expresada ni fueron prestadas voluntades anticipadas, podrá ser reconstruida mediante las declaraciones de familiares o allegados sobre lo que el interesado habría querido. El Tribunal concluye que en este asunto no se ha producido violación alguna del Convenio porque el Estado ha establecido un procedimiento colegiado en el que han podido manifestar su opinión diferentes médicos y otros profesionales sanitarios, así como los familiares del paciente, procedimiento que se ha desarrollado durante meses y en el que han podido discutirse todos los puntos de vista, lo que ha llevado a una decisión final, la de retirar los tratamientos que mantenían artificialmente la vida del enfermo, para la que se ha tenido en cuenta la presunta voluntad del interesado que ha sido reconstruida mediante las declaraciones de su esposa y hermanos. El paciente ha sido situado en todo momento en el centro del proceso

¹⁵ Véase ADAMO 2016: 25, quien defiende que el Tribunal busca, en este asunto, un equilibrio entre la protección de la vida y de la libertad.

de toma de decisiones que ha llevado a la retirada del tratamiento de soporte vital (§ 181).

Para la resolución del problema planteado en el asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), esto es, la retirada de un tratamiento médico cuando el paciente no es capaz de manifestar su voluntad al respecto, no parece que sea suficiente con la distinción entre la dignidad entendida como naturaleza y la dignidad entendida como libertad, sino que necesitaremos de otro punto de vista, de otros conceptos con los que afrontar la cuestión. En principio, parece razonable, si el paciente ha prestado voluntades anticipadas, exigir conforme a su dignidad entendida como libertad, el respeto a lo manifestado por el mismo en dichas voluntades, en cuyo caso nos bastaría con la dignidad como libertad para justificar la decisión. Sin embargo, cuando no constan dichas voluntades anticipadas tenemos que ni el recurso a la dignidad entendida como libertad ni el recurso a la dignidad como naturaleza pueden servirnos de guía para resolver el problema práctico, pues no conocemos la voluntad del paciente y tampoco queda claro, desde el punto de vista de la dignidad entendida como naturaleza, que mantenerlo con vida sea siempre un bien para el paciente, podría serlo en determinados casos y circunstancias, pero no siempre lo será y no disponemos, de momento, de un criterio claro que nos sirva para decidir en qué casos es un bien.

Cuando no podemos recurrir a la voluntad del paciente, porque ni puede expresarla ni otorgó voluntades anticipadas, el criterio que nos puede servir para decidir si retirar o no un tratamiento, cuya consecuencia será dejarlo morir o mantenerlo con vida, vendrá desde la pregunta por el interés del paciente, nos preguntaremos qué es lo más beneficioso para el paciente. Para responder esta pregunta nos serviremos de la distinción que formuló Dworkin entre intereses de experiencia e intereses característicos¹⁶.

Siguiendo a Dworkin, los intereses de experiencia son todas aquellas pequeñas cosas, digamos experiencias, que llenan el día a día de nuestras

¹⁶ Véase la explicación sobre la diferencia entre intereses de experiencia e intereses característicos desarrollada en DWORKIN 1998: 263-271.

vidas, como puedan ser ver una película, un partido de fútbol, dar un paseo, montar en bicicleta o disfrutar de nuestra comida favorita. Son experiencias que hacen nuestra vida agradable, actividades placenteras sin las que nuestra vida perdería una parte importante de su valor. El interés por dichas experiencias varía de una persona a otra porque si para mí ver un partido de fútbol es una experiencia interesante para otro puede ser una pequeña tortura, las preferencias y gustos de cada persona determinan sus intereses de experiencia. Puede parecer, a primera vista, que los intereses de experiencia que cada uno de nosotros persiga servirían sin más para determinar, en caso de que no pudiera manifestar mi voluntad y no hubiera otorgado voluntades anticipadas, si tengo o no interés en seguir con vida, es decir, si deben ser retirados los cuidados médicos que me mantienen con vida o, al contrario, si deberían ser mantenidos. Dicha respuesta apresurada afirmarí que mi interés se decantará porque me sean retirados los tratamientos que me mantienen con vida en aquellos casos en los que mis intereses de experiencia tienen que ver con la práctica diaria deportiva, y actividades al aire libre, experiencias de las que no volveré a disfrutar. Pero esta conclusión es apresurada y errónea porque entre nuestros intereses no solo encontramos intereses de experiencia, sino también otro tipo de intereses, a los que podríamos llamar intereses característicos, que podrían determinar que, contra todo pronóstico, nuestro interés sea seguir con vida, a pesar de que no podamos volver a experimentar aquellos intereses de experiencia que hacen nuestra vida más placentera e interesante.

Los intereses característicos no consisten en pequeñas cosas placenteras para nosotros, pues se trata de asuntos importantes que nos definen, que forjan nuestro carácter. Podría ocurrir que alguien con recursos suficientes para entregarse durante toda su vida a los intereses de experiencia que le sean más afines decidiera renunciar a una parte importante de dichos intereses de experiencia para dedicar su vida a la ciencia o la literatura, a crear una empresa, trabajar como voluntario, también podría dedicar su vida a provocar guerras mundiales o a cometer crímenes de guerra o contra la humanidad sacrificando, en cualquiera de dichos casos, sus intereses de experiencia, sea como santo o como criminal. Es decir, puede ocurrir, al menos podemos pensarlo, que renunciemos a parte de nuestros intereses de experiencia para conseguir llegar

a ser un buen abogado o carpintero, incluso un eficaz asesino en serie. En cualquier caso, dicha decisión definirá nuestro carácter. Los intereses característicos son los que nos definen, mucho más que los intereses de experiencia, que también nos definen en parte. Podría ocurrir que todos nuestros intereses sean de experiencia, que carezcamos de intereses característicos, en dicho caso podríamos decir que carecemos de auténtico carácter, que nos dejamos llevar por nuestros gustos y deseos, sensación que la mayoría de nosotros hemos experimentado en algún momento de nuestra vida, en mayor o menor medida.

Establecida la anterior distinción, entre intereses de experiencia e intereses característicos, que debemos a Ronald Dworkin, podemos preguntarnos si dichas ideas podrían servir para entender la decisión de nuestro Tribunal en el asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015). Recordemos que en dicho caso Lambert permanecía en estado vegetativo permanente y que no otorgó voluntades anticipadas. Si solouviésemos en cuenta los intereses de experiencia de Lambert, parecería claro que defender sus intereses consistiría en que le sean retirados los tratamientos que le mantienen con vida. Sin embargo, hemos visto que no solo debemos tener en cuenta los intereses de experiencia, pues también debemos considerar los intereses característicos. Podría ocurrir que tuviera sentido mantenerle con vida, aun en estado vegetativo, desde el punto de vista de los intereses característicos de Lambert, aquellos intereses que definieron su carácter. Ese podría haber sido el caso si Lambert hubiera sido una persona profundamente religiosa, con una religiosidad favorable a mantener la vida siempre y en cualesquiera circunstancias, una persona que pretendiera dar con su vida testimonio de su fe, por ejemplo. Si esos hubieran sido los intereses característicos de Lambert, difícilmente podríamos haber argumentado a favor de la retirada de los tratamientos médicos y de acabar con su vida. Pero ese no fue el caso en este asunto. El testimonio de la esposa de Lambert, así como de algunos de sus hermanos, puso de manifiesto que Lambert había expresado, aunque solo fuera en conversaciones informales, su deseo de no ser mantenido artificialmente con vida en caso de pérdida de la conciencia. Por otra parte, su carácter y su experiencia como enfermero daban a entender que ser mantenido artificialmente en estado vegetativo irreversible no

parecía coherente con sus intereses característicos que configuraron su carácter¹⁷.

A partir del argumento anterior parece razonable defender que lo determinante en el caso *Lambert y otros c. Francia* (2015) no ha sido ni el criterio de la autonomía del paciente ni el criterio de la calidad de la vida del paciente. Es cierto que, a la hora de valorar en un caso concreto los dos tipos de intereses comentados, reaparece de una manera u otra tanto la cuestión de la calidad de la vida del paciente como la de su autonomía, pero de una manera distinta, desde el punto de vista de aquellos intereses que son importantes para el paciente, pero que no determinan su carácter y aquellos otros que son de mayor peso porque determinan lo que somos cada uno de nosotros y cómo deseamos ser recordados. Una muerte acorde con la voluntad del fallecido y que es coherente con sus creencias y filosofía de vida es vista como más digna que otra que ignora su voluntad. Dworkin es un defensor de este punto de vista cuando enfatiza lo importante de un final de la vida adecuado, una muerte que de fe de la manera como se ha vivido. Por dicha razón piensa que hacer morir a alguien de una manera que otros aceptan, pero que al interesado le parece horrible es una forma odiosa de tiranía. Las decisiones sobre nuestra vida y muerte son tan importantes para nosotros que es crucial llevarlas a cabo con carácter, es decir, de una manera coherente con nuestros intereses característicos¹⁸.

¹⁷ Un análisis complementario del comentado puede ser consultado en ANSUÁTEGUI 1999:98-105, sobre la dimensión objetiva y subjetiva de la idea de calidad de la vida, donde comenta que la calidad de la vida objetiva viene determinada por la actividad diagnóstica del médico mientras que la subjetiva, aunque basada en la anterior, aparece posteriormente, cuando el paciente filtra ese diagnóstico a partir de sus ideas, preferencias y concepciones, de ahí que deba ser el sujeto quien ostente la última palabra, pues si entiende que su vida es irreversiblemente indigna, su criterio debe ser respetado.

¹⁸ Véase WICKS (2012:199-219), donde defiende que una muerte digna exige el respeto de la voluntad del moribundo que desean morir de manera coherente con sus valores. Sobre la idea moderna de moral y de dignidad, véase VALLS 2003: 99-121. Una explicación de la dignidad a partir de la filosofía de Kant, puede consultarse en VALLS 2016: 35-42.

IV.1.1.6. Una jurisprudencia del TEDH contradictoria, pues reconoce un teórico derecho a disponer de la propia vida al que niega eficacia en la práctica

Hemos visto en el comentario a la jurisprudencia del TEDH cómo se avanza en la construcción de un derecho a disponer de la propia vida y cómo se resuelve el problema de la retirada de tratamiento a los pacientes con daño cerebral irreversible. Dicha construcción se ha mostrado coherente con nuestras intuiciones de lo que significa la dignidad entendida como naturaleza y la dignidad entendida como libertad, también con la distinción entre intereses de experiencia e intereses característicos. Al menos, parece que dichas intuiciones no son contrarias a la construcción que lleva a cabo el Tribunal, a partir de los derechos reconocidos en los artículos 2, 3 y 8 del Convenio, y mediante la aplicación de una interpretación evolutiva y sistemática.

Sin embargo, debemos señalar la existencia de una contradicción en la construcción del derecho a disponer de la propia vida llevada a cabo por el Tribunal. En efecto, el Tribunal reconoce la existencia de obligaciones positivas procedimentales. Por una parte, la obligación positiva procedimental de naturaleza procesal que obliga a las jurisdicciones de los Estados a conocer del fondo del asunto cuando les haya sido planteada una supuesta violación del derecho a disponer de la propia vida. Por otra, la obligación positiva procedimental de carácter sustantivo que obliga a los Estados que reconocen, en alguna medida, el derecho a disponer de la propia vida a regular de manera clara los requisitos para el ejercicio de dicho derecho, a fin de que no se produzca inseguridad jurídica y que el derecho reconocido sea efectivo. A lo anterior debemos añadir que el Tribunal reconoce que el derecho a disponer de la propia vida es un aspecto del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, admite un amplio margen de apreciación a los Estados en la materia, por lo que acepta como justificada una prohibición general y abstracta del

derecho a disponer de la propia vida con base en el argumento que habla de la necesidad de proteger a los más vulnerables, un fin legítimo que sería subsumible bajo la protección de los derechos de los demás, incluido en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio. En esta construcción existe una contradicción que deberá ser resuelta en algún momento por el Tribunal, pues al mismo tiempo que se reconoce la existencia de obligaciones procedimentales, así como la existencia de un derecho a disponer de la propia vida deducible del derecho a la vida privada, se niega la efectividad del derecho, en contra de la doctrina jurisprudencial del Tribunal, firmemente consolidada, que nos habla de la necesidad de que los derechos sean efectivos.

La anterior contradicción consiste en reconocer la existencia de obligaciones procedimentales, bajo el argumento de que los derechos deben ser efectivos, al mismo tiempo que se reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados hasta el punto de que se les permite prohibir con carácter general el derecho sustantivo, el derecho a disponer de la propia vida, que debería servir de base a las obligaciones procedimentales reconocidas. Esta contradicción que afirma y niega al mismo tiempo el principio de efectividad, tendrá que ser resuelta por el Tribunal en el futuro, si quiere que su jurisprudencia sea consistente y sirva para garantizar los nuevos derechos que está construyendo¹⁹.

¹⁹ Recordemos que uno de los métodos de interpretación del Convenio afirma que debe ser leído de forma que asegure unos derechos y libertades efectivos. Véase RIETIKER 2012: 95-96, donde comenta los distintos métodos de interpretación del Convenio seguidos por el TEDH, entre los que destaca el sistemático, el evolutivo, pero también el principio de efectividad.

IV.1.1.7. La crítica a la doctrina del TEDH de Grégor Puppínck

En este apartado ofrezco una descripción de la jurisprudencia del TEDH, relativa a la eutanasia, a partir de los argumentos defendidos por Grégor Puppínck, director del Centro Europeo de Derecho y Justicia, organización no gubernamental que defiende los derechos humanos desde un punto de vista cristiano tradicional, quien desde el año 2000 es representante de la Santa Sede ante distintos comités de expertos del Consejo de Europa y ha sido profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Estrasburgo. Grégor Puppínck critica la doctrina jurisprudencial del TEDH sobre la eutanasia, lo hace desde una defensa del derecho natural fundamentada en los valores tradicionales cristianos. Se trata de una postura contraria al reconocimiento de un derecho a disponer de la propia vida bien documentada y coherente, por lo que su presentación puede ser de utilidad como término de comparación frente al comentario, creo que más objetivo sobre esa misma doctrina, que desarrollo en los apartados siguientes.

Grégor Puppínck es muy crítico con la deriva que la jurisprudencia del Tribunal ha tomado en esta materia, pues acusa al Tribunal de haberle bastado poco más de una década para reconocer el derecho del individuo a decidir de qué manera y en qué momento poner fin a su vida, aunque sea con la condición de que haya formado su consentimiento de manera libre²⁰.

Desde esta lectura crítica, se reprocha al TEDH que haya deducido una libertad para morir voluntariamente desde el principio de autonomía. Dicha autonomía sería la expresión de la dignidad humana, pero ahora entendida no como una dignidad con un contenido material y objetivo, sino como dignidad subjetiva y relativa. Según esta última concepción, la vida y la dignidad de una persona gravemente dependiente sin expectativas de desarrollo personal

²⁰ PUPPINCK 2014: 120, donde hace referencia al § 51 de *Hass c. Suiza* (2011) y al § 52 de *Koch c. Alemania* (2012).

carecería de valor, sería una existencia absurda, puede que la decisión de acabar con la propia vida también se presente bajo el aspecto de lo absurdo; sin embargo, desde este nuevo punto de vista, el absurdo de acabar con la propia vida puede verse finalmente como una manifestación de la dignidad humana, entendida como autonomía, frente al absurdo impuesto por la naturaleza cuando nos condena a vivir una vida no deseada²¹.

Continúa afirmando que el cambio en la jurisprudencia del Tribunal ha sido audaz y rápido. En 1983 dicho cambio de perspectiva estaba lejos del horizonte jurisprudencial de la antigua Comisión quien, en el asunto *R. c. Reino Unido* (1983), declaró que el suicidio asistido supone una injerencia en la protección de la vida, por lo que quedaba excluido de la noción de vida privada, de manera que parecía improbable el reconocimiento de este derecho en un futuro próximo (§ 13).

Sin embargo, a partir del año 2002 se abrió una nueva etapa con el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002), en cuya sentencia el Tribunal termina reconociendo que la prohibición de la ayuda al suicidio podría suponer una injerencia en el derecho a la vida privada de la demandante, aunque finalmente concluya que se trataría de una injerencia justificada, ya que la prohibición estatal del suicidio asistido pretende evitar abusos, pues su fin es proteger a las personas vulnerables (§§ 65, 67 y 74).

En un primer momento, ha sido reclamado ante el Tribunal el derecho al suicidio asistido respecto de personas gravemente enfermas, en atención a su sufrimiento físico y su desesperanza. Más tarde, y progresivamente, ha sido invocado por personas depresivas, simplemente cansadas de vivir o deseosas de evitar la vejez. Aparece con claridad que el verdadero criterio para reconocer

²¹ Puede consultarse PUPPINCK 2018, se trata de una obra en la que critica la desnaturalización de los derechos humanos que habría llevado a cabo el TEDH cuya jurisprudencia de las últimas décadas solo vería en los derechos humanos una serie de derechos basados en la idea de libertad, renunciando a entenderlos como derechos naturales que exigen garantizar el derecho a la vida, el derecho a la protección de la familia y el derecho al trabajo, entre otros, como una forma de proteger aquellos bienes necesarios para llevar una vida digna.

el derecho al suicidio asistido no es el estado de salud, sino la voluntad de la persona interesada.

El Tribunal admite en el asunto *Hass c. Suiza*, nº 31322/07, sentencia de 20 de enero de 2011, de la Sección 1ª del TEDH, que el riesgo de abusos es un buen argumento para que los Estados se nieguen a derogar la prohibición del suicidio asistido, aunque dicho riesgo de abuso no tendría que ver con la idea de que la vida deba ser protegida como un bien indisponible, sino con el peligro que supondrían para las personas vulnerables las presiones reales, o incluso imaginadas, que podrían acabar en una declaración de voluntad viciada. La conclusión a la que llega el Tribunal es que los Estados que admitan la ayuda al suicidio deben poner en práctica un procedimiento que permita asegurar que esa decisión ha sido tomada libremente. Lo que parece requerir de justificación, a partir de ahora, será la prohibición del suicidio asistido por parte del Estado, no su liberalización²².

Pero veamos con más detalle el recorrido jurisprudencial del Tribunal explicado desde el punto de vista de los críticos con el derecho a disponer de la propia vida²³.

El Tribunal parece elaborar progresivamente un derecho al suicidio asistido que entraría en el campo del derecho a la vida privada para lo que se apoya en una concepción subjetivista e individualista de la dignidad que ya no es entendida como naturaleza, sino como autonomía. Dicho proceso es seguido por el Tribunal desde una interpretación evolutiva del Convenio que parece contradecir una lectura literal y sistemática que no debería haber abandonado.

El derecho a la vida es el primero de la lista de los enumerados por el Convenio, está incluido en el artículo 2, artículo que no es susceptible de derogación, ni siquiera en caso de guerra o peligro público que amenace la vida de la nación, conforme al artículo 14 del Convenio. El artículo 2 enumera los casos en los que infligir la muerte no se considera una violación: la legítima

²² PUPPINCK 2018:1 22-123.

²³ PUPPINCK 2014: 1-22.

defensa, la detención regular, la represión de un tumulto conforme a la ley, siempre a condición de que el recurso a la fuerza haya sido absolutamente necesario. La pena de muerte, que estaba admitida en la época en que fue aprobado el Convenio, ha sido finalmente prohibida, incluso en circunstancias excepcionales, por los protocolos adicionales al Convenio nº 6 y nº 13.

Dado que el derecho a la vida obliga al Estado no solo a no infligir la muerte, sino también a proteger la vida, tomando las medidas positivas necesarias, debería prohibir *prima facie* el homicidio, la eutanasia y la ayuda al suicidio.

En este contexto, continúa el argumento crítico construido a partir de las ideas de Grégor Puppink, emerge recientemente la demanda de reconocimiento de un derecho a morir mediante eutanasia o suicidio asistido. Esta exigencia se basa en los artículos 2 y 8 del Convenio. Hasta la sentencia *Pretty c. Reino Unido* (2002) casi no encontramos rastro de dicha reclamación en la jurisprudencia de los órganos del Convenio. En una decisión de la Comisión de 1983, en el asunto *R. c. Reino Unido*, en su § 13, ésta afirma que no entiende que la asistencia al suicidio, por la que ha sido condenado el demandante en la jurisdicción nacional, pueda quedar subsumida bajo el derecho a la vida privada. Continúa diciendo que podría considerarse que afecta a la vida privada del candidato al suicidio, pero no a la del recurrente. La Comisión añade que los actos de asistencia, consejo o ayuda al suicidio quedan excluidos de la noción de vida privada, pues atentan contra el interés general del Estado que procura la protección de la vida.

Es cierto que el Tribunal ha señalado en el asunto *Hass c. Suiza* (2011) que no debemos subestimar los riesgos de abuso de un sistema que facilite el recurso al suicidio asistido. Sin embargo, no se ha opuesto al suicidio asistido ni a la eutanasia. El Tribunal no solo ha tolerado dichas prácticas, sino que ha desarrollado un derecho convencional al suicidio asistido que incluye un marco procedimental con obligaciones positivas para el Estado (§ 58).

Pero sigamos recorriendo las etapas en la construcción de un derecho convencional al suicidio asistido, desde este punto de vista contrario al reconocimiento de este derecho. Recordemos que el suicidio no está sancionado

ni penalmente ni civilmente en los Estados parte del Convenio. El Tribunal progresivamente se ha deslizado hacia el reconocimiento de una libertad y terminado con el reconocimiento de un derecho a suicidarse. Lo anterior permite plantear la cuestión sobre las personas que desean suicidarse, pero que no pueden hacerlo por ellas mismas, por razones de enfermedad, para las que el derecho al suicidio no sería efectivo. ¿Debe el Estado obligar a dichas personas a vivir castigando a los que pudieran asistirles en el suicidio? ¿Puede el Estado impedir a los individuos suicidarse de manera segura e indolora prohibiendo el acceso a una dosis letal de medicamento? La jurisprudencia del Tribunal conduce directamente a la aceptación del suicidio asistido, un derecho elaborado progresivamente en una docena de años mediante cuatro sentencias que comentaremos a continuación²⁴.

En la sentencia *Pretty c. Reino Unido* (2002), el Tribunal ha examinado el asunto desde el punto de vista del artículo 2 del Convenio, poniendo en todo momento el acento en la obligación para el Estado de proteger la vida. Plantea la diferencia entre el derecho a la vida y aquellos otros derechos que presentan un aspecto positivo junto a otro negativo. De esta manera la libertad de religión garantizaría tanto la libertad de creer como la de no creer y el derecho al matrimonio la de casarse o no, lo mismo podríamos decir de otros derechos contenidos en el Convenio como el derecho a afiliarse a un sindicato que también incluye el de no afiliarse. Pero lo anterior no ocurre respecto del derecho a la vida, pues el derecho a la vida del artículo 2 no tiene relación alguna con los asuntos relativos a la calidad de la vida o con la elección de qué hacer con la propia vida, aspectos que pueden formar parte de otros derechos convencionales, pero no del derecho a la vida del artículo 2 del Convenio. Estos aspectos requerirían protección desde otros derechos humanos. Por tanto, el artículo 2 del Convenio no podría ser interpretado, sin distorsión del lenguaje, como fundamento de un derecho a la autonomía que permitiera elegir la muerte antes que la vida. El Tribunal concluye diciendo que no es posible deducir del

²⁴ PUPPINCK 2014: 1-4.

artículo 2 un derecho a morir, sea a manos de un tercero o con la asistencia de la autoridad pública (§§ 39-40).

Sin embargo, en esta misma sentencia, el Tribunal afirma que no es posible excluir que un hipotético derecho de la demandante a disponer de la propia vida forme parte del derecho a la vida privada. El Tribunal utiliza una formulación hipotética cuando dice que no puede excluir que en este caso se haya producido una injerencia en el derecho de la interesada a que sea respetada su vida privada, por lo que examinará si esta injerencia es conforme con los requisitos del apartado segundo del artículo 8 del Convenio. Cuando el Tribunal dice que no puede excluir en realidad está diciendo que admite que el derecho a disponer de la propia vida es un aspecto del derecho a la vida privada. Desde esta perspectiva liberal, toda limitación del Estado en el ejercicio de dicha elección debe quedar justificada por una ley y debe ser necesaria, así como proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida que limita el derecho (§ 67).

Tras excluir la existencia de un derecho a la autodeterminación incluido en el artículo 2, el Tribunal ha admitido un derecho de autonomía personal comprendido en el artículo 8 del Convenio. Sin embargo, el ejercicio de dicho derecho está condicionado por las necesidades de seguridad y de salud públicas que en este caso concreto llevan al Tribunal a concluir que no se ha producido violación, porque de la existencia de riesgos manifiestos de abuso se sigue que la prohibición del derecho a disponer de la propia vida estaría justificada, a pesar de los argumentos examinados por el Tribunal, en cuanto a la posibilidad de establecer garantías y procedimientos de protección de las personas vulnerables que servirían para eliminar o reducir el riesgo de abuso (§ 74).

Con el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002), a pesar de concluir que no se ha producido violación del Convenio por parte de Reino Unido, ha sido dado un primer paso en el reconocimiento del suicidio asistido como derecho, pues ha sido afirmado como un aspecto de la autonomía personal, ya que podría ser protegido como incluido en el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio.

Siguiendo a Puppinck, en el asunto *Hass c. Suiza* (2011), el Tribunal completa una segunda etapa en el reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida. En esta sentencia el Tribunal transforma el suicidio asistido, entendido como libertad individual, en un derecho convencional. Esta sentencia ha sido reconocida por la doctrina como la proclamación de un verdadero derecho convencional al suicidio asistido y como la consagración de un derecho a disponer de la propia vida que incluiría incluso, a cargo de los Estados, una obligación positiva de garantizar a toda persona dotada de discernimiento los medios para darse muerte.

Si en la sentencia del asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002) el Tribunal planteó la hipótesis de que la prohibición de ejercer el derecho a disponer de la propia vida podría constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada, en el asunto *Hass c. Suiza* (2011) ha ido todavía más lejos, pasando del reconocimiento de una libertad al reconocimiento de un derecho a suicidarse. El Tribunal ha formulado explícitamente el principio por el que el derecho de un individuo a decidir de qué manera y en qué momento poner fin a su vida es uno de los aspectos del derecho de la vida privada, a condición de que pueda formar libremente su voluntad y actuar en consecuencia, sin presiones externas. El Tribunal reconoce así el derecho a suicidarse de manera segura, digna e indolora. La conclusión anterior obligará a reconocer que la existencia de dicho derecho convencional no está subordinada a las dos condiciones expresadas, pues en tanto que derecho subjetivo existe por sí mismo, pues las condiciones solo son garantías públicas del derecho (§ 51).

La cuestión que se plantea el Tribunal, una vez reconocido el derecho, es la existencia o no de una obligación positiva para el Estado que consistiría en facilitar al demandante los medios para suicidarse de manera segura e indolora.

A pesar de que la demanda fue examinada bajo el punto de vista del artículo 8 del Convenio, el Tribunal afirmó que el Convenio debe ser leído como un todo, por lo que hay que referirse también al artículo 2 del mismo, que impone a las autoridades el deber de proteger a las personas vulnerables, incluso contra las actuaciones con las que ellas mismas amenacen su propia vida. El Tribunal tiene en cuenta los riesgos de abuso inherentes a un sistema que facilite el

acceso al suicidio asistido, por lo que concluye que el requisito de una prescripción médica para obtener una sustancia letal no es desproporcionado, pues el fin perseguido por el Estado que justifica la injerencia es la protección de la salud y la seguridad públicas, así como la prevención de las infracciones penales (§§ 54-58).

En el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002) el Tribunal concluyó que, si el Convenio cubría la facultad o libertad de suicidarse, los Estados podían poner condiciones para impedir el ejercicio de lo que todavía era visto solo como una facultad individual privada. Pero con la sentencia *Hass c. Suiza* (2011) se trata ya de un derecho y no simplemente de una libertad, por lo que el Tribunal examina la demanda bajo el ángulo de la obligación positiva del Estado que incluye la adopción de las medidas necesarias que permitan un suicidio digno. Se trata de saber si el Estado tiene una obligación positiva que consiste en adoptar aquellas medidas que faciliten la comisión de un suicidio digno. El suicidio asistido ya no es solo una libertad, sino un derecho (§ 61)²⁵.

La sentencia del asunto *Koch c. Alemania*, nº 497/09, sentencia de 19 de julio de 2012, de la Sección 5ª del TEDH, cumple una tercera etapa en la construcción del derecho a disponer de la propia vida. El Tribunal reconoce en dicha sentencia que el derecho a disponer de la propia vida es un derecho justiciable. Aunque se trate de un derecho no reconocido por el Estado, éste tiene la obligación de enjuiciar el asunto que haya sido planteado ante los tribunales estatales, por lo que no puede despacharlo sin entrar en el fondo del asunto. Los tribunales alemanes inadmitieron la demanda que presentó el Sr. Koch en nombre de su esposa, porque entendieron que el derecho alegado del que era titular su esposa no es transmisible al demandante, por lo que le fue denegada la legitimación activa. Por el contrario, el Tribunal entendió que el Sr. Koch debía ser considerado como víctima, dado que su derecho a la vida privada también había sufrido una injerencia, por lo que los tribunales alemanes deberían haber entrado a conocer sobre el fondo del asunto, aunque finalmente hubieran podido justificar la injerencia con base en la prohibición general del suicidio

²⁵ PUPPINCK 2014: 5-7.

asistido contenida en su derecho penal estatal, pero tras conocer del fondo del asunto, como un requisito para decidir sobre una hipotética inadmisión de la demanda. De tal manera que Alemania no tenía la obligación de facilitar la dosis letal que habría permitido el suicidio asistido, pero debería haber admitido la demanda y examinado el fondo de asunto. Con esta sentencia se establece una obligación procesal para los Estados en relación con el derecho a disponer de la propia vida, la obligación de entrar a conocer del fondo del asunto, basada en la necesidad de reconocer la condición de víctima a familiares próximos al candidato al suicidio (§§ 65-72).

La última etapa en la construcción del derecho la encontramos en el asunto *Gross c. Suiza*, nº 67810/10, sentencia de 14 de mayo de 2013, de la Sección 2ª del TEDH, que no devino definitiva, ya que fue reenviada ante la Gran Sala que dictó sentencia definitiva, el 30 de septiembre de 2014, que sirve al Tribunal para desarrollar las obligaciones procedimentales positivas de los Estados en esta materia. El reconocimiento de las obligaciones procedimentales se produjo en la sentencia de 14 de mayo de 2013, dictada por la Sección 2ª de la Sala del TEDH, que no devino definitiva pues fue reenviada a la Gran Sala que dictó una sentencia definitiva por la que se concluyó que no existía violación del Convenio por parte del Estado, pues la víctima había obtenido la dosis letal que solicitaba y puesto fin a su vida, sin que el Tribunal hubiera sido informado de dichos hechos, por lo que se trataba de un supuesto de mala fe procesal que no podía concluir con la condena del Estado. Sin embargo, la importancia de la obligación procedimental positiva que recoge la sentencia de la Sala, no puede ignorarse, pues sabemos que las sentencias de nuestro Tribunal tienen efecto de cosa interpretada y que no devino definitiva por una cuestión meramente formal ligada a que el abogado de la demandante no puso en conocimiento del Tribunal el fallecimiento de su cliente.

La Sala del Tribunal afirma en su sentencia que el deseo de la demandante de recibir una dosis letal para poner fin a sus días cae bajo el derecho a la vida privada y considera que la cuestión principal planteada es saber si el Estado había incumplido su obligación positiva de definir de manera

suficientemente clara bajo qué condiciones los médicos podían prescribir la sustancia letal a una persona en las circunstancias de la demandante (60-63).

La argumentación que sigue el TEDH en la sentencia dictada por la Sala es la siguiente. En Suiza la prescripción médica de una dosis letal de medicamento está sometida a la regulación sobre productos farmacéuticos y a las reglas deontológicas médicas que la circunscriben a los casos de pacientes en fase terminal. Sobre este punto fundamenta el Tribunal su crítica de la legislación suiza, pues entiende que las normas deontológicas no tienen la calidad formal de ley. El Tribunal añade que dichas reglas deontológicas ignoran el supuesto planteado por la demandante, pues el derecho a recibir un medicamento letal solo se reconoce, según dichas reglas deontológicas, a los pacientes en fase terminal. El Tribunal entiende que tales reglas no pueden legítimamente constituir un marco adecuado para la regulación del suicidio asistido, pues dicho régimen somete a los médicos y a los candidatos al suicidio asistido a una incertidumbre en cuanto al ejercicio del derecho, especialmente respecto de las personas que no se encuentran en fase terminal por lo que la demandante habría sufrido un perjuicio moral, dado el estado de angustia al que fue sometida. Según el Tribunal, Suiza permite obtener un producto letal bajo prescripción, pero los requisitos para su obtención no satisfacen las exigencias del Tribunal, pues no constituyen un marco jurídico claro, por lo que existe violación del artículo 8 del Convenio en su vertiente procedimental (§§ 65-66).

Este tipo de razonamiento nos resulta familiar, pues fue desarrollado en los asuntos sobre el aborto relativos a Polonia e Irlanda. Conforme a lo que vimos en aquellos casos, Suiza tendrá que adoptar un marco jurídico detallado que suprima la incertidumbre y en el que podrá confirmar las normas deontológicas que aplicó o contradecirlas, pues ambas opciones caben dentro del margen de apreciación del Estado en esta materia, pero como hemos señalado bajo la condición de establecer un marco jurídico claro que permita a los ciudadanos prever las consecuencias de su conducta²⁶.

²⁶ Nos hemos referido a los asuntos *Tysiack c. Polonia* (2007), *A, B y C c. Irlanda* (2010), *R. R. c. Polonia* (2011) y *P. y S. c. Polonia* (2012) que fueron comentadas en profundidad

Es de destacar que en esta sentencia se añade un voto particular a instancia de tres jueces disidentes que han criticado la sentencia, pues según su opinión las condiciones de acceso al suicidio asistido están reguladas en derecho suizo y son suficientemente accesibles para permitir al ciudadano medio y al médico prever las consecuencias de su conducta. Añaden que dichos criterios han sido consagrados por la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo e integrados en el código deontológico de la Federación de médicos suizos que obliga a los médicos. Critican además que el TEDH se haya separado de su doctrina jurisprudencial por la que una jurisprudencia estatal clara es equivalente a la existencia de una ley, según el concepto autónomo de ley definido en una doctrina jurisprudencial consolidada.

La consecuencia principal de esta sentencia es trasladar el marco de la práctica del suicidio asistido desde el ámbito médico al de las libertades públicas. Este cambio redefine el suicidio asistido como un derecho fundamental y no como un simple cuidado extraordinario para pacientes terminales. Ocurre que una persona con buena salud podría alegar el Convenio para hacer valer su derecho ante las autoridades estatales. La duda ya no es sobre la existencia del derecho al suicidio asistido, sino sobre la extensión de la facultad del Estado para restringir su ejercicio, pues una vez reconocido el derecho debe garantizarse su eficacia, en alguna medida. A pesar de todo, la facultad de restringir el ejercicio del derecho es hoy considerable, dada la ausencia de consenso entre los Estados, lo que les concede un amplio margen de apreciación, a la vista especialmente del riesgo de abuso hacia las personas vulnerables.

De esta manera, hemos reconstruido un comentario crítico de la jurisprudencia del Tribunal. El punto de partida fue juzgar que el deseo de morir entra en el campo del artículo 8 del Convenio. Las obligaciones del Estado son progresivamente desveladas, en función de las circunstancias de cada caso y dependiendo de la evolución de la sociedad respecto de esta materia.

en el apartado tercero del Capítulo 1 de este trabajo, dedicado al giro procedimental en el tratamiento del derecho al aborto por parte del TEDH.

Prudentemente el Tribunal ha desarrollado su doctrina de manera gradual. Primero reconoce una obligación negativa cuando afirma que prohibir el derecho a disponer de la propia vida constituye una injerencia en el derecho a la vida privada. Después reconoce una obligación positiva procesal cuando exige a los Estados entrar en a conocer del fondo de aquellos asuntos que plantean una injerencia en el derecho al suicidio asistido. A continuación, reconoce la existencia de una obligación positiva procedimental que exige a los Estados regular la materia con un marco legislativo claro, lo que equivale a justificar la prohibición del suicidio asistido de manera detallada.

Desde su punto de vista crítico, Grégor Puppinck añade que hemos asistido al reconocimiento de obligaciones procedimentales que, por naturaleza, son accesorias del derecho principal material, pues no puede existir un derecho procedimental independiente del sustantivo, por lo que se estaría obligando a los Estados a garantizar vías de acceso para el disfrute efectivo de un derecho material al suicidio asistido.

En la sentencia del caso *Hass c. Suiza* (2011), el Tribunal juzgó que Suiza tiene la obligación de establecer un procedimiento que permita asegurar que la decisión de poner fin a la propia vida corresponde a una voluntad libre, a fin de impedir que los individuos pongan fin a su vida cuando su decisión sea el resultado de una presión externa real o imaginaria, se trata de que la decisión sea tomada con pleno conocimiento de causa (§§ 54-58).

En la sentencia del caso *Koch c. Alemania* (2012), el Tribunal juzgó que Alemania debe ofrecer a los candidatos al suicidio asistido vías de recurso jurisdiccional en las que puedan cuestionar las decisiones contrarias a la asistencia al suicidio (§ 71).

En la sentencia del caso *Gross c. Suiza* (2013), el Tribunal juzgó que Suiza tiene la obligación de establecer un marco legal que permita a toda persona conocer si puede ejercer o no su derecho al suicidio asistido y en qué condiciones. Estas obligaciones procedimentales positivas permiten dibujar progresivamente un marco jurídico para el suicidio asistido. La duda que se plantea es si existe un derecho material a decidir de qué manera y en qué

momento poner fin a la propia vida sobre el que reposaría la obligación procedimental, es decir, la duda es si existe un derecho positivo y material (§ 51).

En relación con el asunto *Koch c. Alemania* (2012), recordemos que el suicidio asistido estaba prohibido en Alemania. Respecto de las sentencias de los asuntos *Hass c. Suiza* (2011) y *Gross c. Suiza* (sentencias de 2013 y de 2014) los demandantes no tenían derecho al suicidio asistido en derecho suizo, pues éste lo reservaba a los enfermos terminales. Sin embargo, el derecho sustantivo que corresponde a un derecho procedimental debe ser o bien un derecho establecido en el ordenamiento estatal o bien un derecho reconocido en el Convenio.

De lo anterior se sigue que las obligaciones procedimentales se fundamentan en un derecho al suicidio asistido deducido del Convenio, un derecho independiente del derecho estatal, pues está siendo definido por el Tribunal al margen de los derechos nacionales, un derecho convencional autónomo y sustantivo que debería imponerse a los Estados miembros del Consejo de Europa. Sin embargo, el Tribunal no ha afirmado explícitamente este derecho como deducible del Convenio, no lo ha reconocido expresamente como un derecho convencional autónomo y sustantivo en el que tendrían su fundamento las obligaciones procedimentales que sí ha reconocido explícitamente.

En las sentencias de los asuntos *Hass c. Suiza* (2011) y *Gross c. Suiza* (la sentencia de 2013 de la Sala), el Tribunal afirmó que el derecho a acceder a una dosis letal existía en Suiza, donde la legislación y la práctica permiten un acceso relativamente fácil al suicidio asistido (§ 57). Sin embargo, dicho acceso está reservado excepcionalmente a las personas gravemente enfermas en fase terminal. No se trata de un derecho, sino de una excepción fundada en criterios médicos. Pero el Tribunal, siguiendo una técnica jurídica ya utilizada y conocida, pues fue utilizada en las sentencias sobre el aborto relativas a Polonia e Irlanda, interpreta lo que es una excepción como si fuera un principio, lo que le permite extender la aplicación del Convenio a materias que los derechos contenidos en el Convenio no protegen.

No obstante, en ninguno de dichos asuntos el Tribunal precisa que el Convenio contenga un derecho autónomo al suicidio asistido, lo que no resuelve nuestra duda sobre la existencia de un derecho autónomo convencional que no es ni negado ni afirmado, pero sí presupuesto por el Tribunal en su jurisprudencia.

En el asunto *Koch c. Alemania* (2012), el Tribunal se muestra consciente de la inexistencia en la legislación alemana de un derecho al suicidio asistido, por lo que se refiere a la sentencia *Scheider c. Alemania*, nº 17080/07, de 14 de septiembre de 2011, § 100, en la que afirmó que es posible desarrollar obligaciones procedimentales sin que exista una obligación material principal previa, con lo que pretendería resolver la inconsistencia que consiste en afirmar obligaciones procedimentales sin reconocer un derecho sustantivo que les sirva de fundamento. Sin embargo, el recurso a dicha sentencia parece incorrecto porque en la misma existía un derecho material en derecho alemán y lo que quedaba por determinar era su titularidad, pero en el caso *Koch c. Alemania* es claro que no existía derecho al suicidio asistido en el derecho alemán.

Este argumento, construido a partir de las ideas de Grégor Puppínck, presupone la exigencia de que una obligación procedimental sea accesoria de un derecho material principal, basada en una ética construida sobre principios o valores que adoptan la forma de derechos materiales. Por el contrario, el Tribunal desarrolla obligaciones procedimentales autónomas que implican una ética procedimental que se construye sin principios materiales que expresen una concepción de la vida buena²⁷.

Según Grégor Púppinck, lo que se ha producido es un cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal que da más peso al derecho a una vida de calidad deducido del artículo 8 que al derecho a la vida del artículo 2 del Convenio. Con este cambio el Tribunal no da al derecho a la vida la importancia que merece por ser el primero de los derechos y condición de la posibilidad del resto. El suicidio asistido es claramente un atentado contra el derecho a la vida

²⁷ PUPPINCK 2014: 12-15.

del artículo 2 del Convenio. El artículo 2 del Convenio enumera las derogaciones del derecho y no menciona ni la solicitud ni el consentimiento del interesado entre las mismas. El Tribunal omite en su jurisprudencia la existencia de recomendaciones y resoluciones, en el ámbito del Consejo de Europa, contrarias al suicidio asistido y la eutanasia, como la Recomendación 779 de 1976, la Recomendación 1418 de 1999 y la Resolución 1859 de 2012. La Recomendación 1418 sobre Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos, adoptada por la Asamblea el 25 de junio de 1999, en la 24ª Sesión del Consejo de Europa, que insta a los Estados miembros del Consejo de Europa a respetar y proteger la dignidad de los enfermos terminales en todos los aspectos: afirmando y protegiendo el derecho de los enfermos terminales a los cuidados paliativos, protegiendo el derecho de los enfermos terminales a la autodeterminación, respaldando la prohibición de poner fin intencionadamente a la vida de los enfermos terminales al tiempo que se adoptan las medidas necesarias para reconocer que el derecho a la vida, especialmente en relación con los enfermos terminales o personas moribundas, es garantizado por los Estados miembros de acuerdo con el artículo 2 del Convenio, según el cual «nadie será privado de su vida intencionalmente», asimismo reconocer que el deseo de morir no genera el derecho a morir a manos de un tercero y que el deseo de morir expresado por un enfermo terminal no puede, por sí mismo, constituir una justificación legal para acciones dirigidas a poner fin a la propia vida.

Según este punto de vista crítico, el Tribunal ignora igualmente el artículo 17 del Convenio relativo al abuso de derecho que permitiría inadmitir las demandas que solicitan el reconocimiento del derecho al suicidio asistido. Tras un examen profundo del artículo 2 en la sentencia del año 2002 dictada en el asunto *Pretty c. Reino Unido*, el Tribunal, en la sentencia dictada en el año 2011 en el asunto *Hass c. Suiza*, se refiere al artículo 2 recordando que el Convenio debe ser leído como un todo, es decir, que debe ser interpretado mediante un criterio sistemático, por lo que hay que examinar el artículo 8 en relación con el artículo 2, buscando una interpretación coherente de ambos derechos. El Tribunal indica que, si el Estado autoriza el suicidio asistido, entonces tiene una obligación positiva procedimental deducible del artículo 2 que consiste en la

obligación de establecer un procedimiento que asegure que la decisión de acabar con la propia vida corresponde a una voluntad libre. De esta manera, la obligación positiva del Estado que consiste en garantizar y respetar el derecho a la vida, se entiende cumplida no mediante el respeto de la vida misma, sino de la autonomía del candidato al suicidio. Es decir, la objetividad del artículo 2 es absorbida por la subjetividad del artículo 8 del Convenio. Por tanto, tras la sentencia del asunto *Hass c. Suiza* (2011) no se puede seguir afirmando que la vida constituye un atributo inalienable de la persona humana o que proteja a toda persona. El valor supremo es ahora la voluntad humana, la autonomía individual, que es representativa de un cambio en los valores, pues la jerarquía entre la vida y la libertad se invierte a favor de la libertad (§§ 54-58).

Hay que destacar que en las sentencias de los casos *Koch c. Alemania* y *Gross c. Suiza* el artículo 2 no desempeña función alguna en la argumentación del Tribunal.

En el asunto *Gross c. Suiza* (sentencia de 2013 de la Sala) el Tribunal recuerda el carácter sagrado de la vida, pero con una formulación negativa para que prevalezca la noción subjetiva de calidad de la vida: «Sin negar de ninguna manera el carácter sagrado de la vida...el Tribunal considera que es bajo el ángulo del artículo 8 que la noción de calidad de la vida toma su significado». Es manifiesto el deslizamiento desde la noción de derecho a la vida como derecho objetivo hasta el derecho relativo de calidad de la vida (§ 58).

La dignidad no sería algo inherente, sino variable y determinado por el sentimiento subjetivo individual. El valor de la vida estaría ligado a su calidad que sería valorada por el propio sujeto. El tránsito de la vida humana entendida como bien objetivo hasta la noción de calidad de la vida humana como un bien subjetivo se fundamenta en la autodeterminación. Pero esta concepción subjetiva de la dignidad es contraria a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que inspiró el Convenio, pues ambos instrumentos se basan en una dignidad que es inherente, que no es subjetiva, según Grégor Puppink.

La comparación con la sentencia del asunto *Ketreb c. Francia*, nº 38447/09, sentencia de 19 de julio de 2012 de la Sección 5ª del Tribunal, dictada el mismo día que la sentencia del asunto *Koch c. Alemania* (2012) por la misma

Sección del Tribunal es desconcertante, pero permite ejemplificar esta concepción relativa de la dignidad entendida como autonomía. Ketreb era un detenido extremadamente violento que se suicidó tras un aislamiento carcelario. El Tribunal establece en su sentencia que el Estado debe tomar preventivamente las medidas prácticas para proteger la vida de un individuo frente a terceros y en circunstancias particulares frente a sí mismo, por lo que estimó la violación del artículo 2 del Convenio por parte del Estado por incumplir una obligación positiva procedimental de protección de la vida de la persona encarcelada (§ 71). A primera vista es paradójico que el mismo día se reproche a Francia que no haya impedido a Ketreb suicidarse mientras que reprocha a Alemania no haber ayudado a Koch a suicidarse, parece una postura inconsistente, dado que ambos deseaban suicidarse. Pero más que una incoherencia es una divergencia explicable desde el criterio de la calidad de la vida humana. Ketreb era una persona sana y joven, el criterio de calidad de la vida se oponía a aceptar que quisiera suicidarse, se encontraba preso y el Estado tiene una obligación especial de protección respecto de las personas bajo su guarda. La situación de Ketreb no era definitiva, la de Koch sí, en relación con su edad y estado de salud²⁸.

Parece evidente, según los críticos del derecho al suicidio asistido, por lo que hemos visto hasta aquí, que el Tribunal no es fiel al espíritu del Convenio. Sin embargo, el Tribunal recuerda que el Convenio no puede ser interpretado de forma originalista, pues es un instrumento vivo. El problema es hasta dónde debe permitírsele extender la interpretación evolutiva del Convenio. Uno de los objetivos de los derechos humanos fue evitar que el hombre sufriera relaciones de fuerza, protegerlo del Estado y otros poderes, oponer una norma objetiva frente a la subjetividad del Estado y de otros poderes, pero ahora existe el riesgo de que sucumban frente a la subjetividad individual que también es una relación de fuerza, de poder.

Esta elaboración progresiva de un derecho convencional al suicidio asistido, dado que tiene una base jurídica discutible y contradice la letra del

²⁸ PUPPINCK 2014: 15-22, donde desarrolla el argumento que estamos reproduciendo.

Convenio, según Grégor Puppinck lleva a interrogarnos también por los límites de las competencias del Tribunal. En el sistema del Convenio, el Estado es el primer garante de los derechos de las personas, en aplicación del principio de subsidiariedad. Conforme al artículo 19 del Convenio, el Tribunal tiene por función asegurar el respeto del Convenio y su aplicación efectiva por los Estados. El Tribunal recuerda regularmente que los Estados están mejor situados para hacer efectivos los derechos humanos, pero añade que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las circunstancias actuales, por lo que el Tribunal suele apoyarse en el consenso europeo cuando constata la existencia de nuevos derechos reconocidos por el conjunto de los Estados, en ocasiones se contenta con una mayoría de ellos, no exige unanimidad. En realidad, en el caso del suicidio asistido no existe un consenso europeo, solo cuatro Estados reconocían en alguna medida el suicidio asistido, lo que implica un consenso sobre el suicidio asistido, pero sobre su inadmisión, contrariamente el Tribunal habla de una falta de consenso sobre su legalización. En realidad, ocurre que el consenso europeo existía, pero favorable a la prohibición del suicidio asistido. De hecho, es el Tribunal el que mediante su jurisprudencia contribuye a romper el consenso existente, en contra de lo que había sido su postura hasta ahora, la de no sustituir las jurisdicciones estatales competentes en aplicación del principio de efectividad y subsidiariedad. Esta actitud ha generado desencuentros en el seno mismo del Tribunal, como muestran los votos particulares disidentes, muy críticos con las decisiones del Tribunal, que habría caído en el activismo judicial cuando resuelve sobre esta materia.

De esta manera, el argumento crítico con la jurisprudencia del Tribunal, que hemos reproducido, concluye que la evolución de las sentencias estudiadas no solo implica un cambio en la concepción del individuo y de su dignidad, sino también en la función del TEDH.

IV.2. Aspectos procesales en la construcción del derecho a disponer de la propia vida

IV.2.1. La necesidad de una noción autónoma de víctima

Cuando el TEDH inicia la construcción de un nuevo derecho necesita definir una noción de víctima adecuada a su contenido. Dicha definición es más compleja de lo que podría parecer a primera vista, por lo que es frecuente que solo se llegue a la misma después de un accidentado recorrido jurisprudencial cuyo resultado final no será un concepto perfectamente definido, no será una idea clara y distinta, más bien obtendremos una noción provisional, aunque operativa, puesto que funciona y sirve al Tribunal para avanzar en la construcción del nuevo derecho, pero siempre problemática, en alguna medida, y susceptible de ser revisada y adaptada progresivamente a los nuevos supuestos de hecho que se vayan planteando ante el Tribunal.

Recordemos que con la entrada en vigor del Protocolo nº 11, en el año 1998, todos los Estados miembros aceptaron que el Tribunal pueda conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación de los derechos convencionales por parte de algún Estado miembro, conforme al artículo 34 del Convenio. Asimismo, dicho Protocolo nº 11 suprimió la Comisión, órgano encargado hasta esa fecha de examinar la admisibilidad de las demandas, función que pasará a ser desempeñada por el Tribunal²⁹.

²⁹ Véase MARGUÉNAUD 2016: 16-19, donde se exponen las principales novedades que introdujo la aprobación del Protocolo nº 11 en el sistema de protección del Convenio.

Las demandas individuales, conforme al artículo 34 del Convenio, deben dirigirse contra los Estados³⁰. La legitimación activa para presentar dichas demandas corresponde a quienes ostenten la condición de víctima de una violación de los derechos convencionales por parte del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el particular demandante. Se excluye la posibilidad de una *actio popularis*, que podría definirse como una demanda presentada por un particular sin la consideración de víctima, con la que pretende cuestionar la legislación estatal considerada en abstracto, es decir, sin relación con una concreta vulneración de un derecho. Se rechaza la *actio popularis* porque la función del Tribunal no es ofrecer una interpretación de los artículos contenidos en el Convenio, tampoco la de juzgar en abstracto sobre la compatibilidad entre la legislación estatal y los derechos contenidos en el Convenio, sino dictar una sentencia que determine si se ha producido una violación de algún derecho convencional en un caso concreto que haya sido planteado ante el Tribunal, lo que exige que el demandante ostente la condición de víctima³¹. Sin embargo, sabemos que dichas afirmaciones no son completamente consecuentes con la práctica seguida por el Tribunal en su jurisprudencia, como hemos visto en capítulos precedentes y confirmaremos en los apartados que siguen. A lo anterior, hay que añadir que las sentencias del Tribunal tienen efecto de cosa interpretada y sirven para la creación de una doctrina jurisprudencial que vincula a los Estados y al resto de operadores jurídicos³².

³⁰ Una buena introducción sobre la noción autónoma de víctima puede consultarse en MORTE 2020: 222-237, se trata de una obra que puede servir como un manual de derecho procesal para el TEDH, desde un punto de vista teórico, pero también práctico, pues expone tanto los fundamentos de la doctrina procesal como los requisitos prácticos a la hora de presentar una demanda.

³¹ Véase LÓPEZ GUERRA 2021: 29-30, donde de manera resumida se expone el sistema de recurso individual ante el TEDH, se trata de una obra en la que Luis López Guerra expone los distintos derechos incluidos en el Convenio a partir de la doctrina jurisprudencial construida por el Tribunal.

³² Véase QUERALT 2008: 63-69, donde define la eficacia de cosa interpretada y las relaciones entre el juez estatal y la doctrina del TEDH, se trata de una obra en la que se analiza detalladamente cómo la interpretación de los derechos que realiza el TEDH vincula a los jueces nacionales, tanto en relación con la justicia constitucional como con la jurisdicción ordinaria.

La construcción de una noción autónoma de víctima, independientemente del derecho convencional al que se refiera, debe respetar unos presupuestos mínimos, consolidados en la jurisprudencia del Tribunal, que no se toman de los derechos estatales, por lo que serán de escasa utilidad las categorías propias del derecho procesal estatal en relación con las nociones de capacidad para ser parte o de capacidad procesal. El Tribunal pretende que los Estados no puedan sustraerse a sus obligaciones derivadas del Convenio, bajo el argumento de que aplican nociones jurídicas tomadas de su derecho estatal, para conseguirlo el Tribunal define mediante la creación de nociones jurídicas autónomas toda una serie de conceptos jurídicos que le permiten elaborar una doctrina jurisprudencial que debe ser respetada por todos los Estados, en cuanto al derecho sustantivo, pero también por lo que se refiere al derecho procesal³³.

La noción de víctima puede servir como buen ejemplo de noción jurídica autónoma elaborada jurisprudencialmente por el Tribunal. Para reconocer la condición de víctima, el Tribunal exige una relación entre el demandante y la violación del Convenio denunciada. El problema surge a la hora de determinar la relación entre el demandante y los efectos de la violación alegada. La jurisprudencia del Tribunal se ha enfrentado a dicho problema distinguiendo entre víctima directa, víctima indirecta y víctima potencial. Para reconocer la condición de víctima en los distintos supuestos deben cumplirse una serie de requisitos que han sido desgranados en la jurisprudencia del Tribunal³⁴.

El particular que ha sido directamente afectado por una injerencia en sus derechos y libertades, protegidos por el Convenio, es reconocido como víctima directa y puede demandar ante el Tribunal personalmente o mediante un

³³ Puede consultarse HARRIS 2018: 87-98, donde se define el estatuto jurídico de la víctima directa y de la indirecta, así como las distintas soluciones que ofrece el Tribunal cuando se produce la muerte del demandante, tanto pendiente el proceso como previamente a la presentación de la demanda, todo ello a partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal.

³⁴ Sigo en gran parte el punto de vista de SUDRE 2017: 883-890, quien construye las categorías jurídicas de víctima directa, indirecta y potencial a partir de las sentencias más significativas del TEDH, aunque intento adaptarlas al derecho a disponer de la propia vida, conforme a las soluciones ofrecidas por el Tribunal en sus sentencias sobre esta materia

representante. Si dicha víctima no ha fallecido, no es necesario introducir requisitos adicionales. El problema surge cuando la víctima directa fallece estando pendiente el proceso o cuando falleció antes de presentada la demanda. En estos casos los requisitos para reconocer la condición de víctima son más exigentes.

Cuando el fallecimiento de la víctima, directamente afectada, se produce pendiente el proceso, como regla general el Tribunal no impide la continuación del procedimiento, siempre que la voluntad de los herederos o parientes próximos sea conforme, pues el punto de vista del Tribunal es favorable a su continuación. El Tribunal tendrá en cuenta, a la hora de decidir si archiva el asunto o continúa su tramitación, el interés general que puedan suscitar las cuestiones planteadas. Por ejemplo, tendrá en cuenta si se trata de cuestiones sobre las que no existe una jurisprudencia consolidada o sobre las que se haya abierto un debate jurídico o social. Sin embargo, en contra de esta regla general que hemos enunciado, en el asunto *Gross c. Suiza* (sentencia de 2013 de la Sala y sentencia de 2014 de la Gran Sala) vemos que el fallecimiento de la demandante determina que la Gran Sala del Tribunal dicte una sentencia definitiva contradictoria con la que fue dictada por la Sala, por haberse dictado habiéndose producido el fallecimiento de la demandante pendiente el proceso, fallecimiento que no fue comunicado al Tribunal, lo que supone un abuso de derecho, conforme al artículo 35.3. a) del Convenio, pues la injerencia alegada por la demandante versaba sobre la imposibilidad de obtener una dosis letal de medicamento que le permitiera acabar con su vida, objetivo que sí alcanzó después de presentada la demanda, sin que fuera puesto en conocimiento del Tribunal, con evidente abuso de derecho a juicio de la Gran Sala.

En los asuntos en los que la víctima directamente afectada falleció, con anterioridad a la presentación de la demanda, el Tribunal es reactivo a su admisión, en general y en particular por lo que se refiere a nuestra materia. Para admitir la demanda en esos supuestos, exigirá una relación familiar muy estrecha; por ejemplo, que los demandantes sean esposos, padres o hijos de la persona fallecida. Al anterior requisito añade que no se trate de derechos personalísimos, ya que por su naturaleza no son derechos transmisibles. El

derecho a disponer de la propia vida sería un buen ejemplo de derecho personalísimo cuya naturaleza no permite su transmisión. Es lo que ocurre en el asunto *Sanles Sanles c. España* (2000), en el que el Tribunal inadmite la demanda presentada por la cuñada de Ramón Sampedro porque la relación familiar entre la víctima directa fallecida y su cuñada no es lo suficientemente estrecha, a juicio del Tribunal, a lo que añade el carácter no transmisible del derecho a disponer de la propia vida, dado su carácter personalísimo³⁵.

En aquellos supuestos en los que la parte demandante no sea un víctima directa es posible que el Tribunal acepte su condición de víctima indirecta y admita su demanda. Para ello exigirá que el vínculo con la víctima directamente afectada sea muy estrecho y que los derechos de la víctima indirecta también se hayan visto afectados, aunque haya sido de manera indirecta. Un ejemplo de víctima indirecta lo encontramos en *Koch c. Alemania* (2012), asunto en el que el esposo de la solicitante de la ayuda al suicidio, la víctima directa, ve admitida su demanda, pero no en nombre de su esposa fallecida, pues el derecho a disponer de la propia vida no es transmisible, sino como víctima indirecta, pues el derecho del esposo a que su vida privada sea respetado ha sufrido una injerencia, dada la estrecha relación entre el demandante y su esposa, a lo que se añade que ambos esposos interpusieron conjuntamente distintas demandas ante la jurisdicción estatal, por lo que el Tribunal concluye que la afectación a la vida privada del demandante existe, pues constituye una injerencia en los derechos del esposo, por lo que es considerado víctima indirecta y le es reconocida legitimación activa para demandar en defensa de sus derechos propios.

El TEDH ha reconocido, en algunos casos, la admisibilidad de una demanda presentada por una víctima potencial. Dicho reconocimiento no es habitual, pero se produjo de manera sorprendente en el asunto *Open Door y Dublín Well Women c. Irlanda*, nº 14234/88 y 14235/88, sentencia de 29 de octubre de 1992 del TEDH, en el que se discute si la prohibición irlandesa de

³⁵ Véase MORTE 2020: 231-233, donde muestra, en relación con el asunto *Sanles Sanles c. España*, que la noción de víctima es un concepto autónomo cuyo contenido es definido por el TEDH.

facilitar información a las mujeres, sobre la posibilidad de abortar en el extranjero, supone una violación del Convenio. En este asunto el Tribunal reconoce la condición de víctima potencial a dos mujeres que no están embarazadas, pero sí en edad de procrear, lo que basta al Tribunal para reconocerles la condición de víctimas potenciales y legitimación activa para demandar. No fue reconocida dicha condición de víctima potencial a los demandantes del asunto *Ada Rossi y otros c. Italia*, nº 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 56278/08, 58420/08 y 58424/08, decisión sobre la admisibilidad de 16 de diciembre de 2008, Sección Segunda del TEDH, en el que se plantea la condición de víctima potencial de las personas en estado vegetativo, frente al Estado italiano, pues los tribunales italianos dictaron resoluciones que permitieron la retirada de los tratamientos médicos cuando el paciente se encuentra en un estado vegetativo irreversible y puede deducirse por su estilo de vida que dicha retirada del tratamiento sería lo deseado por el interesado. El TEDH rechaza la condición de víctima potencial de los pacientes en estado vegetativo, bajo el argumento de que no existe, en este asunto, indicios razonables y convincentes de la probabilidad de una violación que pudiera afectarles personalmente. La jurisprudencia del Tribunal no ha reconocido hasta la fecha la condición de víctima potencial ni a los enfermos en estado vegetativo que reciben tratamientos de soporte vital ni a los particulares que reclaman un derecho a disponer de la propia vida, en dichos casos se exige la condición de víctima directa o en su defecto indirecta, pero no basta con la potencial, en esta materia.

Estos elementos esenciales en la configuración de la noción autónoma de víctima serán nuestro punto de partida, pero veamos en los siguientes apartados cómo determina el Tribunal la noción de víctima en los distintos casos que le han sido planteados, en relación con el derecho a disponer de la propia vida y con la retirada o mantenimiento de los tratamientos médicos de soporte vital.

IV.2.2. Una noción autónoma de víctima para el derecho a disponer de la propia vida

Veamos los distintos pasos que ha dado el Tribunal en la construcción de una noción autónoma de víctima para el derecho a disponer de la propia vida, a través de los distintos asuntos que han sido resueltos por el Tribunal.

IV.2.2.1. Sobre la condición de víctima y el derecho a disponer de la propia vida como derecho personalísimo e intransmisible: *Sanles Sanles c. España*

El supuesto de hecho de este asunto, *Sanles Sanles c. España*, nº 48335/1999, decisión de 26 de octubre de 2000 de la Sección 4ª del TEDH, se refiere a Ramón Sampredo, tetrapléjico desde la edad de 25 años tras un accidente ocurrido el 23 de agosto de 1968, quien murió voluntariamente y de forma indolora el 12 de enero de 1998 mediante el recurso a una dosis letal de medicamento, después de haber demandado ante los tribunales españoles el reconocimiento de su derecho a que el Estado no interfiriera en su decisión de acabar con su propia vida.

La demandante en este asunto es la cuñada de Ramón Sampredo, heredera del mismo, quien pretende continuar con los procedimientos judiciales que Ramón Sampredo inició en vida.

Ramón Sampredo presentó el 12 de julio de 1995 una demanda de jurisdicción voluntaria ante el juez de primera instancia de Noia, La Coruña, en la que solicitaba que su médico de cabecera fuera autorizado a suministrarle medicamentos capaces de ayudarlo a suicidarse sin que dicha ayuda fuera

considerada penalmente como un delito de ayuda al suicidio. El juez de primera instancia de Noia rechazó la solicitud bajo el argumento de que el artículo 143 del Código Penal no permite autorizar judicialmente que una tercera persona ayude a morir o cause la muerte a un tercero. Ramón Sampedro apeló la resolución ante la Audiencia Provincial de La Coruña que confirmó por auto de 19 de noviembre de 1996 la decisión del juez de primera instancia en aplicación del artículo 15 de la Constitución, interpretado conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también fueron tenidos en cuenta los artículos 17 y 3 del Código Civil, 409 del antiguo Código Penal y 143 del nuevo Código Penal.

Ramón Sampedro recurrió ante el Tribunal Constitucional en amparo, con base en los derechos a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de su personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, así como a un juicio justo, de los artículos 10, 15 y 24 de la Constitución.

La mañana del 12 de enero de 1998 Ramón Sampedro murió, se suicidó con la ayuda de una o varias personas anónimas, un procedimiento penal fue abierto contra las personas que presuntamente le ayudaron a morir.

La recurrente acudió al Tribunal Constitucional a fin de comunicar que como heredera de Ramón Sampedro pretendía continuar con el procedimiento pendiente, como sucesora *mortis causa*. La demandante formuló las alegaciones del recurso de amparo, adaptadas a la sucesión procesal, que recogían que debería haber sido reconocido por la Audiencia Provincial el derecho a que el médico de cabecera de Ramón Sampedro le administrase los medicamentos necesarios para acabar con su vida.

El Tribunal Constitucional archivó el procedimiento y rechazó la sucesión procesal solicitada con base en las siguientes razones: 1) La sucesión procesal en caso de muerte tiene sentido respecto de aquellos derechos que no se agotan en sí mismos, sino que se proyectan sobre el grupo familiar, pues van más allá de su titular, por ejemplo el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, así como a la propia imagen, cuando además está prevista dicha posibilidad de sucesión procesal por la ley; sin embargo, ninguno de los dos requisitos exigidos se cumple en este caso. 2) El recurso de amparo está previsto para cuestionar los ataques concretos y efectivos a los derechos fundamentales, por lo que no

es una vía procesal adecuada para obtener una decisión abstracta y genérica que declare derechos, basada en pretendidas interpretaciones erróneas o aplicaciones incorrectas de las disposiciones constitucionales. El recurso de amparo sirve solo y exclusivamente para restablecer o proteger derechos fundamentales cuando una violación concreta y efectiva ha sido alegada.

El Tribunal Constitucional había establecido en su sentencia nº 120/90, de 27 de junio de 1990, que el derecho a la vida tiene un contenido positivo, de protección, que no permite considerarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a morir. Sin embargo, la persona puede disponer de su propia vida en el sentido de que el suicidio no está penado ni prohibido, pero eso no significa que sea un derecho subjetivo que incluya la posibilidad de obtener la ayuda del poder público de cara a vencer la resistencia de quienes se opongan a dicho pretendido derecho subjetivo. Menos aún puede ser considerado como un derecho subjetivo fundamental que permita una resistencia frente al legislador (Apartado B.d., de los hechos recogidos en la decisión del 2000 en el asunto *Sanles Sanles c. España*).

La demandante entiende que la petición de Ramón Sampedro cae bajo el artículo 8 del Convenio, el derecho a la vida privada, y que la prohibición del Estado es una injerencia injustificada en dicho derecho.

También alega la violación de los artículos 2 y 3 del Convenio, pues Ramón Sampedro reclamó su derecho a una vida digna, imposible para él en su situación de inmovilidad que le producía un sufrimiento acumulado e insoportable, por lo que reclamó su derecho a no sufrir injerencia en su deseo de acabar con su vida.

Invoca asimismo los artículos 5 y 9 del Convenio, es decir, denuncia la injerencia en el derecho a la libertad y en la libertad de conciencia de Ramón Sampedro.

La demandante estima paradójico, por ir en contra del principio de igualdad, que el Estado no condene el suicidio, pero sí la ayuda al suicidio de aquellos que no pueden suicidarse sin ayuda, por lo que invoca el artículo 14 del Convenio.

Finalmente alega la vulneración del derecho a un juicio justo: a) porque se le ha negado el derecho a acceder a la justicia al negársele la condición de sucesora procesal como heredera, b) porque el proceso no ha sido resuelto en un plazo razonable, por lo que se invoca el artículo 6 del Convenio.

Ante las alegaciones de la demandante, el TEDH afirma que las reglas sobre admisibilidad de la demanda deben aplicarse con cierta flexibilidad y sin formalismo excesivo, teniendo en cuenta su objeto y finalidad, pues el Convenio es un tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales por lo que debe ser interpretado y aplicado de manera que los derechos sean protegidos de manera efectiva.

El Tribunal recuerda que el sistema de recurso individual, previsto en el artículo 34 del Convenio, excluye la *actio popularis*, pues los demandantes deben ser víctimas de la violación de un derecho contenido en el Convenio. Aunque la noción de víctima debe ser interpretada de manera autónoma e independiente de los derechos estatales, no es menos cierto que la víctima de una violación del Convenio debe estar directamente afectada por la medida estatal recurrida.

La demandante alega que es heredera de Ramón Sampedro, por lo que entiende que tenía derecho a ser la sucesora procesal ante el Tribunal Constitucional español.

El TEDH señala que el Tribunal Constitucional recoge en su jurisprudencia que las acciones para el reconocimiento y la protección de los derechos de la personalidad, como puedan ser los relativos al estado civil o el derecho al honor o la vida privada y familiar pueden ser continuadas por los herederos. Sin embargo, en el caso del derecho a morir dignamente, desde el que se reclama que la ayuda al suicidio prestada por un tercero no sea considerada como delito, tenemos que no existe precepto legal alguno que permita justificar la sucesión procesal pretendida.

El TEDH subraya que no ha sido llamado a decidir sobre la existencia bajo el Convenio de un pretendido derecho a una muerte digna o a una vida digna.

Asimismo, el Tribunal entiende que los derechos reclamados por la demandante, artículos 2, 3, 5, 8, 9 y 14 del Convenio, pertenecen a la categoría

de derechos no transmisibles por lo que no podrían ser reclamados en nombre de Ramón Sampredo ante la jurisdicción estatal. Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en el recurso de amparo, tiene por objeto proteger a los individuos contra las injerencias reales y efectivas en los derechos fundamentales por lo que no es un procedimiento adecuado para obtener una decisión abstracta, no sirve para declarar la responsabilidad del legislador español por no haber aprobado una ley despenalizadora de la eutanasia.

El TEDH constata que el derecho a morir dignamente reclamado por Ramón Sampredo es de carácter eminentemente personal y no transmisible, por lo que concluye que la demandante no puede actuar en nombre de Ramón Sampredo porque no es víctima, de tal manera que la demanda es inadmisibles (§§ 6-8 del apartado a) de los fundamentos jurídicos).

En este asunto hemos visto que el TEDH no reconoce a la demandante ni la condición de víctima directa ni la de víctima indirecta, pues entiende que la relación de parentesco entre cuñados no es lo suficientemente estrecha, a pesar de ser la heredera de Ramón Sampredo. Tampoco admite que la demandante pueda defender en juicio los derechos de la víctima directa fallecida, Ramón Sampredo, pues el derecho a disponer de la propia vida es personalísimo e intransmisible.

Tenemos así un primer elemento en la definición de víctima en esta materia que niega la condición de víctima, tanto de víctima directa como indirecta, de los demandantes que no guardan una relación lo suficientemente estrecha con la que sí fue víctima directa y que falleció antes de interponer la demanda, independientemente de la condición de heredera de la demandante que no puede ser considerada como sucesora procesal. Lo anterior se basa en la afirmación del derecho a disponer de la propia vida como un derecho personalísimo e intransmisible, también en la idea de que una relación familiar, que pudiera justificar atribuir la condición de víctima indirecta al demandante, exige un parentesco muy estrecho, que no queda justificado ni mediante la condición de heredero ni mediante la relación de parentesco que existe entre cuñados.

IV.2.2.2. La condición de víctima directa cuando se reclama el derecho al suicidio asistido: *Pretty c. Reino Unido*

En el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002), la demandante, la Sra. Pretty, sufre parálisis a causa de una enfermedad degenerativa incurable, por lo que presenta una demanda contra Reino Unido, en virtud del artículo 34 del Convenio, en la que alega que el rechazo por el Ministerio Público de acordar la inmunidad penal para su marido en el caso de que le prestase asistencia al suicidio, así como la prohibición de la ayuda al suicidio establecida en el derecho británico, son contrarios a los artículos 2, 3, 8, 9 y 14 del Convenio (§§ 1-3).

El TEDH entra a conocer del fondo del asunto planteado, admite la demanda y dicta sentencia, pues reconoce la condición de víctima directa de la demandante, así como la existencia de una injerencia estatal en sus derechos, injerencia que será declarada como justificada conforme al apartado segundo del artículo 8 del Convenio, por los motivos que veremos en su momento, cuando tratemos de los aspectos sustantivos del derecho a disponer de la propia vida ventilados en este asunto (§ 76).

En cuanto a los aspectos procesales, el TEDH reconoce a la demandante la condición de víctima directa, pues conforme al artículo 34 del Convenio alega ser víctima de una violación en sus derechos convencionales, por lo que se le reconoce legitimación activa y es admitida su demanda, lo que permite entrar a conocer del fondo del asunto y dictar sentencia.

IV.2.2.3. La condición de víctima directa cuando se reclama una dosis letal de medicamento: *Hass c. Suiza*

En el asunto *Hass c. Suiza* (2011), el demandante sufre un grave padecimiento afectivo bipolar, desde hace veinte años, que le ha llevado a tentativas de suicidio y a diversos ingresos en clínicas psiquiátricas. El demandante se queja de los requisitos exigidos por el Estado para la obtención de una dosis letal de pentobarbital sódico, requisitos entre los que se incluye la aportación de un dictamen psiquiátrico exhaustivo. El demandante alega que en una situación como la suya el acceso a los medicamentos necesarios para el suicidio debería estar garantizado por el Estado (§ 7).

El TEDH admite la demanda, pues reconoce la condición de víctima directa del demandante, conoce del fondo del asunto y dicta sentencia, en la que concluye que la injerencia en el derecho del demandante aparece como justificada, mediante una serie de argumentos sustantivos que comentaremos en su momento.

Nuevamente se trata de un caso en el que el demandante ve reconocida su condición de víctima directa, pues alega la violación estatal de sus derechos convencionales, por lo que en aplicación del artículo 34 del Convenio debe serle reconocida legitimación activa para demandar ante el TEDH que dicta sentencia sobre el fondo.

IV.2.2.4. La condición de víctima indirecta: *Koch c. Alemania*

En el asunto *Koch c. Alemania* (2012), el demandante, el Sr. Ulrich Koch, alegó que la negativa estatal a facilitar una dosis letal de medicamento, solicitada por su esposa para poner fin a su vida, había constituido una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar de su esposa, así como una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar del propio demandante. También se quejó de la negativa de la jurisdicción estatal a examinar el fondo del asunto (§ 3).

El 16 de diciembre de 2004 el Instituto Federal rechazó facilitar la dosis letal requerida ante lo que los cónyuges presentaron un recurso administrativo.

El 12 de febrero de 2005 la esposa del demandante, asistida por *Dignitas*, se suicidó en Zúrich.

Fallecida la esposa del demandante, el Instituto Federal confirmó su rechazo inicial por lo que el demandante recurrió ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque su esposa ya había fallecido. El Tribunal contencioso-administrativo de Colonia declaró el recurso del demandante inadmisibles, pues entendía que no era víctima de una violación de sus propios derechos. Según el Tribunal de Colonia, el demandante no podía fundar su recurso en los derechos de su esposa, puesto que el derecho a adquirir la dosis letal para suicidarse es un derecho de naturaleza eminentemente personal e intransmisible (§ 17).

El Tribunal Constitucional alemán declaró inadmisibles el recurso constitucional presentado por el demandante, pues el interesado no podía fundarlo sobre un derecho póstumo de su esposa a la dignidad humana. El derecho a la dignidad humana no es transmisible por lo que es imposible admitir el recurso del demandante en nombre de su mujer fallecida.

El Gobierno alemán observa en sus alegaciones ante el TEDH que el demandante no puede pretender ser víctima conforme al artículo 34 del Convenio, pues el demandante no ha sido objeto de ninguna medida tomada por el Estado y porque no cumple las condiciones para ser considerado como víctima indirecta, conforme a la doctrina del TEDH.

El demandante sostiene ante el TEDH que las decisiones estatales han supuesto una injerencia en sus propios derechos, conforme al artículo 8 del Convenio. El demandante subraya que a su esposa se le impidió poner fin a su vida en la intimidad de su hogar, por lo que tuvieron que trasladarse a Suiza, donde su esposa se suicidó asistida por una organización no gubernamental cuyo fin es facilitar el suicidio asistido. Añade que el Tribunal ha estimado, en asuntos anteriores, que los familiares muy próximos también son víctimas, en el sentido del artículo 34 del Convenio, debido a la relación estrecha con la persona directamente afectada, la víctima directa, a condición de que la injerencia haya tenido implicaciones para dicho familiar, en cuyo caso será considerado como víctima indirecta.

La entidad *Alfa*, como tercero interviniente, recuerda la jurisprudencia del Tribunal, en particular la decisión de inadmisibilidad del asunto *Sanles Sanles c. España* (2000), en la que se afirma que los derechos invocados por la demandante no son transmisibles, por lo que no pueden ser reivindicados por un tercero (§§ 20-28 y 35-41).

El TEDH observa respecto de la condición de víctima del demandante que: 1) el recurrente y su esposa estuvieron casados durante veinticinco años y mantenían una relación muy estrecha, 2) el recurrente acompañó a su esposa durante todos sus sufrimientos, aceptó la decisión de su esposa de poner fin a su vida y la acompañó a Suiza para cumplir su deseo y 3) el recurrente presentó un recurso administrativo junto a su mujer del que no desistió tras la muerte de su esposa, pues ambos tenían interés legítimo en obtener una decisión sobre el fondo del recurso.

El TEDH subraya que este caso plantea cuestiones fundamentales relativas al deseo de un paciente de poner fin a sus días, por lo que presenta un interés general que trasciende el del propio demandante y su esposa fallecida.

El Tribunal concluye, por las razones señaladas, que el recurrente se ha visto afectado por el rechazo del Instituto Federal a autorizar a su esposa la adquisición de una dosis letal de pentobarbital sódico (§§ 43-50).

Vemos que en este asunto el Tribunal admite la demanda y entra a conocer del fondo del asunto, por lo que reconoce la condición de víctima del demandante. El Tribunal estima que el demandante ha visto afectados sus derechos por lo que le reconoce la condición de víctima.

Aunque pudiera parecer que el Tribunal presume que el demandante es una víctima directa, ya que el Tribunal afirma que sus derechos se han visto afectados, dicha conclusión no parece coherente con la doctrina del Tribunal en esta materia, pues dicha doctrina afirma que el derecho a disponer de la propia vida es personalísimo e intransmisible, por lo que quedaría vedada la posibilidad de construir una noción de víctima directa para los familiares del candidato al suicidio asistido, como ya quedó fijado en *Sanles Sanles c. España* (2000). Por tanto, debemos examinar cómo justifica el Tribunal la atribución de la condición de víctima al esposo de la víctima directa.

Ocurre que las categorías de víctima directa, indirecta y potencial no se mantienen estables, pues varían en su definición dependiendo del derecho del que se trate. El derecho a disponer de la propia vida, como derecho personalísimo e intransmisible, exige unos criterios más estrictos a la hora de reconocer la condición de víctima directa, también de víctima potencial, como veremos en su momento.

La dificultad a la hora de reconocer la condición de víctima directa al demandante en este asunto, a partir de la doctrina jurisprudencial sobre la noción autónoma de víctima construida por el Tribunal, puede ser salvada mediante una redefinición de la condición de víctima indirecta aplicable al derecho al suicidio asistido que tenga en cuenta la estrecha relación del demandante con su esposa, pues la acompañó y apoyó hasta el momento final, así como el recurso que interpusieron conjuntamente ante las autoridades nacionales, a lo que se añade el interés general que plantea este caso. Se trata de una serie de elementos que sirven al Tribunal para reconocer la condición de víctima indirecta al recurrente y su legitimación activa, cuando se trata del derecho al suicidio asistido.

De esta manera hemos comprobado que los rigurosos requisitos exigidos en la jurisprudencia del Tribunal a la hora de reconocer la condición de víctima,

cuando hablamos del derecho a disponer de la propia vida, se han visto relajados, o han sido sorteados, mediante la construcción de una noción de víctima indirecta específica que es aplicada a los familiares que mantuvieron una relación muy estrecha con la víctima directa, con el candidato al suicidio asistido, la víctima directa. También ha sido un elemento importante en la construcción de la noción de víctima indirecta el interés general de la materia, como expresamente hace notar el Tribunal.

Esta redefinición de la noción de víctima indirecta, que hemos reconstruido a partir de los argumentos del TEDH, permite aceptar la condición de víctima del demandante, así como su legitimación activa, que han sido reconocidas expresamente por el Tribunal, lo que le ha permitido admitir la demanda, conocer del fondo del asunto y dictar sentencia.

Los críticos del derecho al suicidio asistido han cuestionado la noción de víctima indirecta que se sigue de los argumentos del Tribunal, podemos reconstruir un argumento contrario a la noción de víctima indirecta para el derecho al suicidio asistido, definida por el Tribunal, a partir de las razones dadas por los críticos del derecho al suicidio asistido.

Dicho argumento crítico concluiría que la condición de víctima del Sr. Koch es cuestionable, pues según el artículo 34 del Convenio solo la víctima de la violación de un derecho puede acudir al Tribunal, es decir, no puede admitirse una demanda que alegue la violación de los derechos de terceros. Por dicha razón en el asunto *Sanles Sanles c. España* (2000), el Tribunal inadmite la demanda. Por la misma razón debería rechazar que el Sr. Koch pueda hacer valer los derechos de su esposa, dado su carácter intransmisible. Sin embargo, el Tribunal corrige inmediatamente su doctrina afirmando que la relación estrecha del demandante con su esposa, así como su implicación en la realización de los deseos de su esposa, esto es, la consecución del suicidio asistido, permiten entender que el demandante ha sido indirectamente afectado por la negativa del Instituto Federal alemán a autorizar la adquisición de una dosis letal de pentobarbital sódico para el suicidio asistido.

El TEDH amplía así su doctrina sobre la noción de víctima, mediante el reconocimiento de la condición de víctima indirecta al demandante, pues habría

visto afectados sus derechos de manera indirecta a partir de la injerencia en los derechos de su esposa, la víctima directa. Desde este argumento crítico se reconoce que los sentimientos del demandante se han visto afectados, es indudable. Pero que sus propios derechos hayan sufrido una injerencia es más dudoso. Pues si aceptásemos que es así, entonces deberíamos aceptar que el demandante tenía algún tipo de derecho sobre su esposa, algún tipo de derecho sobre la vida y la muerte de su esposa, derecho sobre el momento en el que disponer de la vida de su esposa y sobre las condiciones de dicha disposición, lo que no parece acertado, pues si fuera así, tendría sentido preguntarse también en qué medida influyó el demandante en la decisión de su esposa, lo que podría llevarnos a plantear si no existe algún tipo de responsabilidad, incluso penal, en su actuación. Suponiendo que dicha responsabilidad penal no exista, entonces más que una noción de víctima indirecta tal y como puede ser definida a partir de lo dicho por el Tribunal, lo que debería hacer es reconocer el derecho de los colaboradores con el suicidio asistido a no ser perseguidos por su actuación, pero dicho derecho no otorgaría legitimación activa para ejercer el derecho a disponer de la vida de otra persona, pues se trata de un derecho no transmisible. Por tanto, la doctrina del Tribunal sería incorrecta en este punto por incoherente.

El argumento anterior, construido a partir de las razones esgrimidas por los críticos con la doctrina del Tribunal, muestra que la definición de víctima indirecta construida a partir de la jurisprudencia del Tribunal presenta dificultades teóricas evidentes en esta materia.

A la incoherencia anterior, continúan los críticos con la noción de víctima indirecta definida por el Tribunal, cabe añadir una segunda contradicción en la doctrina jurisprudencial del Tribunal cuando reitera en sus sentencias que no acepta suerte alguna de *actio popularis*, ya que los demandantes siempre deben ser víctimas, deben alegar una violación concreta de sus derechos, para finalmente ceder en este asunto ante el argumento que habla del interés general que presenta la elucidación sobre un hipotético derecho al suicidio asistido. Es decir, finalmente acepta una suerte de *actio popularis*, pues con su decisión en este asunto el Tribunal entra a enjuiciar la actuación estatal y su legislación sin que exista una víctima directa ni una violación concreta, ya que el demandante

solo puede ver admitida su legitimación activa como víctima indirecta. El efecto final sería asimilable a una suerte de *actio popularis*, un examen en abstracto de la convencionalidad de la legislación estatal, lo que contradice no solo la doctrina del Tribunal, sino también su función³⁶.

IV.2.2.5. La víctima directa fallecida pendiente el proceso: *Gross c. Suiza*

En el asunto *Gross c. Suiza*, nº 67810/10, sentencia de 14 de mayo de 2013 de la Sección 2ª del TEDH, y sentencia de 30 de septiembre de 2014 de la Gran Sala del TEDH, la demandante, la Sra. Alda Gross, es una ciudadana suiza que alega ante el TEDH la violación de su derecho a decidir de qué manera y en qué momento poner fin a su vida.

La Sala del TEDH admite la demanda reconociendo la condición de víctima directa de la demandante y resuelve sobre el fondo del asunto. Pero la cuestión procesal interesante que se plantea con este caso es alegada después de dictada la sentencia de 14 de mayo de 2014, por la Sección 2ª de la Sala, y de que el Gobierno suizo solicite el reenvío del asunto ante la Gran Sala, en virtud del artículo 43 del Convenio y del artículo 73 del Reglamento; consiste en que el Gobierno informa al Tribunal de que la demandante había fallecido el 10 de noviembre de 2011, es decir, antes de que la Sala del Tribunal dictara sentencia, sin que se hubiera puesto en conocimiento de la Sala dicho hecho cuya relevancia procesal resulta evidente. El Gobierno suizo solicita que el Tribunal inadmita la demanda por abuso de derecho en el recurso individual,

³⁶ Véase PUPPINCK 2014: 5-11, donde analiza no solo aspectos sustantivos de la jurisprudencia del TEDH relativos al derecho al suicidio asistido, sino también los procesales, comentario en el que me he basado para construir el argumento crítico con la noción de víctima indirecta definida por el Tribunal para esta materia.

interpuesto en virtud de los artículos 35.3. a) y 35.4 del Convenio, conforme a la jurisprudencia del propio Tribunal.

El letrado de la demandante alega que no tenía conocimiento del fallecimiento de la Sra. Gross, pues su comunicación con la misma era a través de un intermediario que no le informó del fallecimiento. Sin embargo, el letrado invita al Tribunal a continuar con el conocimiento de la causa, dado que el asunto plantea cuestiones de fondo cuyo examen es de interés general.

La Gran Sala del Tribunal señala que la información incompleta y engañosa puede calificarse como un abuso de derecho en un recurso individual, particularmente si concierne al núcleo del asunto, como es el caso, y la representación de la demandante no justifica de manera suficiente por qué no ha divulgado las informaciones pertinentes con anterioridad. Lo mismo vale para hechos nuevos importantes que ocurran en el curso del procedimiento que no sean puestos en conocimiento del Tribunal, impidiéndole pronunciarse sobre el asunto con pleno conocimiento de causa.

La Gran Sala continúa recordando que la demandante alegó que se le había privado de la posibilidad de obtener una dosis letal de pentobarbital sódico. Sin embargo, posteriormente consiguió que un médico le prescribiera dicha dosis letal sin que este hecho tan relevante fuera puesto en conocimiento del Tribunal que todavía no había dictado sentencia (§§ 1-7, 19-21, 25-26 y 28).

Por tanto, la Gran Sala estima la excepción preliminar planteada por el Gobierno, por abuso de derecho en el recurso individual, del artículo 35.3.a) del Convenio (§§ 36-37).

Este asunto nos muestra que el fallecimiento de la demandante, cuya condición de víctima directa fue reconocida, no siempre determina que se pueda continuar con el proceso ante el TEDH, en especial cuando el objeto del proceso se refiere al derecho a disponer de la propia vida que finalmente es ejercido y consumado en la práctica, sin que se ponga en conocimiento del Tribunal, con evidente abuso de derecho, al menos en su aspecto procesal.

Sabemos que la doctrina jurisprudencial del Tribunal no impide continuar con un procedimiento cuando la demandante ha fallecido después de haberlo iniciado, pero en relación con el derecho a disponer de la propia vida la situación

cambia, pues el aspecto sustantivo incide directamente sobre la cuestión procesal, ya que la queja se refiere a que no se puede ejercer el derecho a disponer de la propia vida. Si finalmente se consigue ejercer dicho derecho, debe ser puesto en conocimiento del Tribunal, pues se produce una carencia sobrevenida del objeto del proceso que determinará su archivo mediante una resolución definitiva de carácter procesal.

IV.2.3. Una noción autónoma de víctima para el derecho a retirar o mantener los tratamientos de soporte vital

La noción autónoma de víctima cuando se trata del derecho a retirar o mantener los tratamientos médicos de soporte vital ha sido perfilada por el TEDH a partir de distintos asuntos planteados por los particulares que comentamos a continuación.

IV.2.3.1. Una noción de víctima directa y de representación del menor para los tratamientos de soporte vital: *Glass c. Reino Unido*

En el asunto *Glass c. Reino Unido*, nº 61827/00, sentencia de 9 de marzo de 2004 de la Sección 4ª del TEDH, los demandantes son Carol y David, ciudadanos de Reino Unido, madre e hijo, quienes alegan que ciertas decisiones adoptadas por las autoridades hospitalarias y sus médicos sobre el tratamiento aplicado a David suponen una vulneración de su derecho a la integridad física.

El TEDH señala que la demandante, madre de David, un niño gravemente discapacitado, actúa como representante legal del menor a fin de defender sus

intereses incluidos en el campo de los tratamientos médicos. La demanda es admitida por el Tribunal que entra a conocer del fondo del asunto, sobre el que trataremos en los apartados siguientes (§§ 1-3).

En cuanto a los aspectos procesales, en este caso vemos que el Tribunal reconoce legitimación activa al representante legal de un menor que es víctima directa de una presunta injerencia en sus derechos, en el contexto de los tratamientos médicos. Por tanto, este caso sigue la doctrina general sobre la noción de víctima que ha sido construida por el TEDH en su jurisprudencia.

IV.2.3.2. Una noción de víctima potencial para los tratamientos de soporte vital: *Burke c. Reino Unido*

En el asunto *Burke c. Reino Unido*, nº 19807/06, decisión sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile, de 11 de julio de 2006 de la Sección 4ª del TEDH, el demandante es un ciudadano británico que fue diagnosticado en 1982 de un síndrome cerebral degenerativo congénito, por lo que gradualmente perdió el uso de sus piernas, la enfermedad también le afectó al habla, aunque conserva sus capacidades mentales. El pronóstico sobre el desarrollo de su enfermedad indica que perderá progresivamente la capacidad para deglutir alimentos por lo que necesitará alimentación e hidratación artificial.

El demandante quiere ser alimentado e hidratado adecuadamente hasta que se produzca su muerte natural. No desea que le sea retirada la alimentación artificial ni morir deshidratado. Manifiesta que no quiere que los doctores sean capaces de decidir que su vida carece de valor para ser vivida.

El demandante entiende que la Guía para la profesión médica que se aplica en el Reino Unido permite la retirada de la alimentación e hidratación artificiales lo que podría producirle sufrimiento y finalmente la muerte por inanición y deshidratación, de lo que sería consciente en todo momento.

Considera que dicha Guía deja demasiado poder en manos de los médicos, pues establece que no es obligatoria una autorización judicial a la hora de tomar la decisión de retirar la alimentación e hidratación artificiales.

El TEDH responde manifestando una profunda simpatía por el demandante, dado su estado de salud. Sin embargo, entiende que el demandante no ha tenido éxito a la hora de mostrar que el derecho nacional aplicable suponga un riesgo real o inminente de que le sea retirada la alimentación e hidratación artificiales lo que precipitaría una penosa muerte por deshidratación. El motivo principal que ha llevado a dicha conclusión es que la Guía que recoge las buenas prácticas médicas en el derecho estatal establece con claridad que la retirada de la alimentación e hidratación artificiales respecto del paciente no incapaz que desea continuar con el tratamiento constituye un homicidio. Asimismo, recoge que cuando el paciente es incapaz, la regla general establecida es que la alimentación e hidratación artificiales deben ser mantenidas mientras se prolongue la vida del paciente. El TEDH añade que no cabe exigir que los tribunales estatales autoricen todas las actuaciones médicas análogas a las referidas en este supuesto, pues solo cabe exigirles que declararen que una actuación médica es legal o ilegal cuando un asunto conflictivo les sea planteado, ya que un médico que está sujeto a sanciones penales y civiles solo debería estar obligado a obtener una cobertura judicial cuando el asunto aparezca como controvertido. Por otra parte, el Tribunal está satisfecho con la presunción del derecho penal estatal fuertemente favorable a prolongar la vida siempre que sea posible, presunción que es conforme con el espíritu del Convenio. Por los motivos expuestos el Tribunal inadmite la demanda.

En este caso el demandante pretende ser reconocido como víctima potencial, basa su solicitud en el pronóstico de su enfermedad que le llevará a necesitar de alimentación e hidratación artificiales, así como a no ser capaz de expresar su voluntad cuando llegue a un estado más avanzado de su enfermedad, en el que será perfectamente consciente de lo que le ocurra, pues no perderá la conciencia ni la capacidad de sentir ni de entender lo que le suceda. Esa situación futura que no es una mera posibilidad teórica, según lo alegado

por el demandante, sino un pronóstico médico sobre la evolución de su enfermedad que le lleva a cuestionar la convencionalidad de la legislación estatal, pues teme que con base en dicha regulación le sean retiradas la alimentación e hidratación artificiales en contra de su voluntad. El Tribunal resuelve la cuestión mediante una decisión de inadmisibilidad que puede justificarse si entendemos que o bien la demanda está mal fundada o bien el demandante carece de legitimación activa por no serle reconocida la condición de víctima potencial. En realidad, el Tribunal combina ambos argumentos cuando afirma que la legislación estatal es lo suficientemente respetuosa con el principio de protección de la vida humana, pues contiene una presunción general a favor de mantener la alimentación e hidratación artificiales, lo que permite al Tribunal negar que exista un riesgo real de violación futura de los derechos del demandante, por lo que inadmite la demanda.

Vemos que la postura del Tribunal en la definición de la noción de víctima potencial ha sido mucho más exigente en esta materia que la mantenida cuando definió la noción de víctima potencial aplicable a las mujeres en edad de procrear respecto del derecho al aborto³⁷.

El Tribunal niega la condición de víctima potencial del demandante, pues entiende que no le basta con una posibilidad en abstracto de injerencia en sus derechos, ya que exige que se trate de un riesgo real, ya que no es aceptable un riesgo alejado en el tiempo y que parece dudoso que se produzca, dado el contenido de la regulación nacional sobre la materia.

³⁷ Recordemos que el reconocimiento de la legitimación activa a la víctima potencial se produjo en relación con el derecho al aborto en la sentencia del asunto *Open Door y Dublin Well Women c. Irlanda*, demandas nº 14234/88 y nº 14235/88, sentencia del TEDH de 29 de octubre de 1992, en dicho caso fue reconocida la condición de víctima potencial a la mujer en edad de procrear sin que fuera exigido ningún otro requisito lo que permitió cuestionar la convencionalidad de la prohibición en derecho irlandés de informar sobre la posibilidad de abortar en el extranjero, a qué clínicas extranjeras acudir y qué trámites seguir para abortar en el extranjero. Los aspectos procesales de este asunto fueron comentados en el epígrafe 2 y siguientes del Capítulo 1.

IV.2.3.3. La noción de víctima potencial ante las decisiones judiciales sobre los tratamientos de soporte vital: *Ada Rossi y otros c. Italia*

Las demandas acumuladas en el asunto *Ada Rossi y otros c. Italia*, nº 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 56278/08, 58420/08 y 58424/08, decisión sobre la admisibilidad de 16 de diciembre de 2008 de la Sección 2ª del TEDH, fueron presentadas por los tutores de personas en estado vegetativo y por asociaciones compuestas por familiares de personas fuertemente disminuidas, por médicos, psicólogos y abogados que asisten a dichas personas, así como por una asociación que defiende los derechos humanos.

Los demandantes se refieren en sus alegaciones a la víctima de un accidente de carretera ocurrido en enero de 1992 en el que E. E., una mujer de veinte años, sufrió un traumatismo craneal y se fracturó una vértebra que la dejó en estado vegetativo con tetraplejia y pérdida de toda facultad psíquica superior.

E. E. quedó bajo la tutela de su padre quien en enero de 1999 inició un procedimiento para obtener una autorización judicial a fin de interrumpir la alimentación e hidratación artificiales de su hija, pues esa habría sido la voluntad de la misma, teniendo en cuenta su personalidad y sus ideas expresadas por ella sobre la vida y la dignidad humana en caso de accidente. Dicha autorización fue rechazada en dos ocasiones, tanto en primera como en segunda instancia. Pero en abril de 2005 el Tribunal de Casación italiano anuló la última decisión del Tribunal de Apelación mediante una sentencia donde declaró que la autoridad judicial tiene competencia para ordenar la interrupción de la alimentación artificial de una persona que se encuentra en estado vegetativo crónico cuando quede acreditado que dicha persona se habría opuesto a seguir el tratamiento médico indicado para su dolencia, si hubiera estado en posesión de sus facultades y capaz para expresar su voluntad.

Por una decisión del 25 de junio de 2008, el Tribunal de Apelación de Milán estimó la demanda del padre de E. E. con fundamento en los dos argumentos siguientes: que el estado vegetativo era irreversible y que existían pruebas claras, coherentes y convincentes de que esa habría sido la voluntad de E. E., pues podía deducirse de su estilo de vida y sus convicciones sobre la dignidad humana, que había expresado con anterioridad al accidente. El 8 de octubre de 2008 el Tribunal Constitucional rechazó el conflicto de competencias entre poderes del Estado que le fue planteado por el Parlamento. El Tribunal Constitucional estimó que los jueces que conocieron del asunto no habían establecido una regulación mediante su sentencia por lo que no habían usurpado las competencias legislativas del Parlamento.

Los demandantes alegan los artículos 2 y 3 del Convenio y se quejan de los efectos negativos que la ejecución de la sentencia comentada podría producirles. Añaden que el procedimiento interno ha sido injusto, conforme al artículo 6 del Convenio. También alegan los artículos 5, 6 y 7 del Convenio de Oviedo y el artículo 25 del Convenio de la ONU sobre los Derechos de las Personas Disminuidas.

Los demandantes defienden que la sentencia, que autoriza al padre de E. E. a interrumpir la alimentación e hidratación de su hija, tendría repercusiones éticas, psicológicas, sociales y jurídicas sobre las personas que sufren graves lesiones cerebrales, pues supondría una discriminación gravísima de las personas severamente disminuidas que se verían maltratadas y expuestas a la voluntad de terceros que podrían libremente disponer de sus vidas. Añaden que las decisiones judiciales referidas podrían crear jurisprudencia lo que expondría a las personas disminuidas, física y jurídicamente incapaces, a un peligro real y extremadamente grave.

El TEDH examina la concurrencia de la condición de víctima, exigida a los demandantes por el artículo 34 del Convenio, y recuerda que dicho artículo exige que el demandante haya sufrido efectivamente la violación alegada, pues no acepta que el recurso se convierta en una suerte de *actio popularis* que sirva para interpretar el Convenio o cuestionar de una manera general y abstracta la legislación estatal. Añade que no es suficiente la mera existencia de una ley para

acreditar la condición de víctima, pues debe haber sido aplicada en contra de quien recurre ante el TEDH.

En este asunto los demandantes, que son personas físicas, no mantienen una relación directa con E. E., y el procedimiento judicial interno no les afecta directamente, pues la sentencia de 25 de junio de 2008 no les concierne. Por tanto, los demandantes que son personas físicas, no pueden ser consideradas víctimas directas de las violaciones alegadas. Falta examinar si pueden ser consideradas víctimas potenciales. Los artículos 2 y 3 del Convenio protegen ciertos aspectos de la integridad física y establecen obligaciones positivas para los Estados. Los seis demandantes que son personas físicas expresan su firme oposición a la interrupción de la alimentación y de la hidratación artificial de sus familiares. El Tribunal ya estableció en su jurisprudencia que un demandante puede ser una víctima potencial, pero es necesario que existan indicios razonables y convincentes de la probabilidad de una violación que pueda afectarles personalmente, lo que no ocurre en este caso, de manera que las personas físicas demandantes no pueden ser consideradas víctimas de un incumplimiento por el Estado de su obligación de proteger los derechos contenidos en los artículos 2 y 3 del Convenio. Por tanto, sus demandas son incompatibles *ratione personae* con el Convenio y deben ser inadmitidas conforme a los artículos 35.3 y 4 del Convenio por no acreditarse la condición de víctima, ya que los demandantes que son personas físicas no son víctimas potenciales, tampoco víctimas directas o indirectas, según el Tribunal.

En cuanto a los demandantes que son personas jurídicas, según la jurisprudencia consolidada del Tribunal, pueden ser reconocidos como víctimas, aunque no lo sean sus miembros, siempre que hayan sido directamente afectados por una medida que suponga una injerencia en sus derechos. El Tribunal declara que la sentencia de 25 de junio de 2008 no puede tener ningún impacto sobre la actividad de las asociaciones demandantes, por lo que no pueden ser consideradas víctimas. Sus demandas son incompatibles *ratione personae* con el Convenio y deben ser rechazadas en aplicación de los artículos 35.3 y 4 del Convenio, por lo que son inadmitidas (§§ 1-8).

Esta decisión del Tribunal deja claro que una sola sentencia, que ni siquiera permite hablar de una doctrina jurisprudencial consolidada en el derecho estatal, no es una razón suficiente para reconocer la condición de víctima directa, pues los demandantes no son parte en el proceso en el que ha sido dictada, ni siquiera la de víctima potencial, pues no existen indicios razonables y convincentes de que la decisión adoptada en dicha sentencia pueda vulnerar en el futuro alguno de los derechos de los demandantes.

Vemos con esta decisión que el Tribunal confirma la construcción de una noción de víctima potencial muy exigente en esta materia. No basta con una mera posibilidad de que el demandante pueda verse afectado por la legislación o la doctrina jurisprudencial estatal, sino que debe ser probable y razonable que la violación del derecho se produzca en el futuro. Sin una prueba de dicha probabilidad y razonabilidad la demanda será inadmitida por falta de legitimación activa.

IV.2.3.4. Una noción de víctima indirecta para los tratamientos de soporte vital: *Lambert y otros c. Francia*

En el asunto *Lambert y otros c. Francia*, nº 46043/14, sentencia de 5 de junio de 2015 de la Gran Sala del TEDH, los demandantes alegan que la retirada de alimentación e hidratación artificial a Vincent Lambert es contraria a las obligaciones del Estado incluidas en el artículo 2 del Convenio, pues supone un atentado contra la vida, asimismo constituiría un maltrato calificable como tortura, prohibido por el artículo 3 del Convenio, así como una vulneración de su integridad física, protegida por el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio (§ 3).

Los cuatro demandantes son ciudadanos franceses, se trata de los esposos Pierre Lambert y Viviane Lambert, padres de Vincent Lambert, así como de David Philippon y Anne Tuarze, sus hermanos.

Sobre la capacidad de los demandantes para actuar en nombre de Vincent Lambert éstos alegan que toda persona debe poder beneficiarse de la protección del Convenio, independientemente de si es minusválido o incapaz, añaden que los criterios establecidos por el Tribunal, en los §§ 43, 83 y 84 de la sentencia del asunto *Koch c. Alemania* (2012), a la hora de reconocer la condición de víctima, se cumplen en este caso, a saber, el interés general del asunto, los lazos familiares estrechos, así como el hecho de que en la jurisdicción interna les ha sido reconocida la capacidad para demandar.

Por su parte, Rachel Lambert, esposa de Vincent Lambert, como tercera interviniente individual, considera que los demandantes no tienen capacidad para demandar en nombre de Vincent Lambert, pues los derechos invocados están incluidos en los artículos 2, 3, 5 y 8 del Convenio, que pertenecen a la categoría de derechos no transmisibles, por lo que no cumplirían con la condición de víctima. Añade que para poder representar a un tercero debe acreditarse haber recibido instrucciones precisas y explícitas lo que no ocurre en este caso.

El TEDH responde, en primer lugar, que la jurisprudencia relativa al asunto de la capacidad para demandar de las personas fallecidas no es aplicable en este asunto porque Vincent Lambert no está muerto, pues según el dictamen médico se encuentra en un estado vegetativo permanente, por lo que la doctrina establecida en el asunto *Koch c. Alemania* (2012,) sobre el reconocimiento de la condición de víctima, no es aplicable en este caso. Por tanto, habrá que decidir si una demanda debe ser admitida cuando haya sido presentada en nombre de una persona vulnerable sin que esta última haya otorgado un poder válido ni instrucciones previas al respecto. El Tribunal subraya que este asunto no se parece a ninguno de los resueltos hasta la fecha.

El examen de la jurisprudencia de los órganos del Convenio, en la que se reconoce que un tercero tiene capacidad para demandar, en circunstancias excepcionales, en nombre de una persona vulnerable, exige dos requisitos: que exista riesgo de que los derechos de la persona vulnerable se vean privados de

una protección efectiva, así como la ausencia de un conflicto de intereses entre la víctima y el demandante que la representa. En relación con el primer requisito, el Tribunal entiende que no existe en este caso riesgo de que los derechos de la víctima puedan verse desprotegidos, pues los demandantes, en su condición de familiares próximos a Vincent Lambert, pueden invocar en su propio nombre el derecho a la vida del artículo 2 del Convenio, como víctimas indirectas. En cuanto al posible conflicto de intereses entre los demandantes y Vincent Lambert, el Tribunal señala que la decisión del Dr. Kariger del 11 de enero de 2014, sobre la retirada de los tratamientos de alimentación e hidratación artificial a Vincent Lambert, se fundó en la certeza de que Vincent Lambert no habría querido vivir en las condiciones en las que se encuentra después del accidente, lo que se entendió como acreditado asimismo por el Consejo de Estado francés con base en los testimonios de la esposa de Vincent Lambert y de varios de sus hermanos, por lo que sí existiría conflicto de intereses entre los demandantes y Vincent Lambert. De esta manera se cerraría la posibilidad de que los demandantes puedan actuar en nombre y representación de Vincent Lambert (§§ 98 y 102-103).

Por tanto, el Tribunal concluye que los demandantes no tienen capacidad para demandar en nombre de Vincent Lambert, por lo que las quejas presentadas en nombre de Vincent Lambert son inadmitidas *ratione personae*, conforme a los artículos 35.3.a) y 4 del Convenio, pues no pueden demandar como víctimas directas, ya que la víctima directa es Vincent Lambert, ni en representación de él, dado el conflicto de intereses mencionado (§§ 104-106).

Sin embargo, el Tribunal sí reconoce a los demandantes la capacidad para demandar en su propio nombre, como víctimas indirectas, y en tal condición pueden alegar la violación del artículo 2 del Convenio respecto de Vincent Lambert, lo que es posible dada la estrecha relación familiar entre los demandantes y Vincent Lambert que justifica su condición de víctimas indirectas cuyos derechos pueden verse afectados por las injerencias en los derechos de Vincent Lambert (§ 112).

Por su parte, Rachel Lambert, como tercera interviniente y esposa de Vincent Lambert, alega que ella sí tendría en este procedimiento capacidad para

demandar en nombre de Vincent Lambert, a lo que el Tribunal responde señalando que ninguna disposición convencional autoriza a un tercero interviniente en el proceso a representar a otra persona, por lo que rechaza la alegación de Rachel Lambert.

Con esta sentencia el Tribunal termina de perfilar las diferencias entre víctima directa y víctima indirecta en esta materia, estableciendo los requisitos exigidos en uno y otro caso con lo que podemos afirmar que se completa la definición de las tres categorías, la de víctima directa, indirecta y potencial. El Tribunal fija y aclara su doctrina sobre la condición de víctima, que ha sido desarrollada y explicada paso a paso a través de los distintos asuntos que han sido planteados ante el Tribunal.

IV.2.4. La obligación procesal estatal de entrar en el fondo del asunto cuando es alegado el derecho a disponer de la propia vida

El TEDH ha reconocido la existencia de obligaciones positivas de carácter procedimental para los Estados, también en relación con el derecho a disponer de la propia vida.

Entre dichas obligaciones procedimentales encontramos una obligación positiva de carácter procesal que exige a las jurisdicciones nacionales entrar a conocer del fondo del asunto cuando sea planteada una vulneración del derecho a disponer de la propia vida ante los tribunales estatales, dicha obligación ha sido reconocida por el Tribunal en el asunto *Koch c. Alemania*, nº 497/09, sentencia de 19 de julio de 2012, de la Sección 5ª del TEDH, que comentaremos seguidamente.

La consecuencia de dicha obligación procesal es que los tribunales de los Estados miembros del Consejo de Europa no podrán inadmitir una demanda

basándose en la mera prohibición general de la ayuda al suicidio establecida en su derecho estatal. A lo anterior debemos añadir que tampoco podrán inadmitirla por falta de legitimidad activa cuando el demandante pueda ser considerado como víctima directa, indirecta o potencial, conforme a la noción autónoma de víctima que ha sido construida por el Tribunal en su jurisprudencia y que ha sido comentada en los apartados precedentes.

De manera que, si no dispone de otros argumentos procesales que se opongan a la admisión de la demanda, la jurisdicción estatal está obligada a admitir la demanda y a conocer del fondo del asunto, cuando sea alegada la violación del derecho a disponer de la propia vida, como un aspecto del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio, pues así viene exigido por la doctrina del Tribunal.

Obviamente esta obligación procesal no impedirá que la futura sentencia sea desestimatoria de la demanda, incluso que se pueda dictar una sentencia meramente procesal de inadmisión, pero siempre tras el examen del fondo del asunto. La fundamentación jurídica de dicho fallo podrá basarse en la existencia de una prohibición general del suicidio asistido en el derecho estatal, pues un amplio margen de apreciación es reconocido a los Estados en esta materia. No obstante, dicha obligación procesal cierra la puerta a una resolución meramente procesal *ab initio*, una resolución de inadmisión que no entre a examinar el fondo del asunto. Por tanto, existe una obligación para las jurisdicciones estatales de realizar un mínimo esfuerzo de motivación sobre la queja planteada.

Debemos subrayar que el Tribunal se ha visto obligado a definir una noción autónoma de víctima para esta materia, que ha sido comentada, como paso previo al reconocimiento de una obligación procesal estatal que exige entrar a conocer del fondo del asunto. De lo contrario, sería muy sencillo para las jurisdicciones nacionales inadmitir las demandas relativas a esta materia aplicando la excepción procesal de falta de legitimación activa. Con una noción autónoma de víctima definida y consolidada en la doctrina del Tribunal dicha excepción procesal no puede prosperar ante las jurisdicciones estatales, si el demandante es una víctima conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal. La situación anterior obliga a los tribunales estatales a motivar mínimamente, a

justificar, tanto la prohibición general del suicidio asistido como los requisitos y limitaciones que hayan sido establecidas en caso de que haya sido reconocido, en alguna medida, el derecho a disponer de la propia vida.

Esta manera indirecta de influir en el derecho interno de los Estados es un buen ejemplo de un punto de vista, muy presente en la estrategia del Tribunal, que habla de no trabajar en contra de los Estados, sino en colaboración con ellos, persuadiéndoles de los pasos que deben darse, de la evolución que debe seguirse en el reconocimiento y garantía del derecho a disponer de la propia vida. Parece bastante claro, lo hemos visto en parte y lo confirmaremos más adelante, que la jurisprudencia del Tribunal es favorable al reconocimiento de un derecho a disponer de la propia vida, con garantías y límites, pero favorable. Sin embargo, prefiere trabajar a favor de dicho reconocimiento de manera progresiva y gradual, mediante la colaboración con los Estados. El Tribunal no es partidario de iniciar una confrontación con los Estados, que sería finalmente contraproducente en una materia tan sensible, en la que están implicadas concepciones morales, religiosas y filosóficas, no solo jurídicas.

Veamos los términos en los que el Tribunal establece la obligación procedimental procesal que exige entrar a conocer del fondo del asunto, se trata de un paso más que ayuda a desbrozar un camino para el reconocimiento de un derecho a disponer de la propia vida. Dicha obligación procesal se establece con claridad en la sentencia dictada en el asunto *Koch c. Alemania* (2012) que comentamos seguidamente.

IV.2.4.1. Una obligación procesal estatal: *Koch c. Alemania*

En el asunto *Koch c. Alemania* (2012), el demandante es el Sr. Ulrich Koch quien alegó que la negativa a su esposa, ya difunta, de una dosis letal de medicamento, con el que poner fin a su vida, constituye una injerencia en el

derecho a la vida privada y familiar, tanto de su esposa como del propio demandante. También se quejó del rechazo de la jurisdicción interna a entrar a conocer del fondo del asunto.

En cuanto a los hechos, desde 2002 la esposa del demandante sufría una tetraplejía completa sobre las extremidades motoras tras una caída accidental. Debido a una parálisis casi completa, necesitaba respiración asistida, vigilancia y cuidados médicos constantes. Según los médicos, su esperanza de vida podría alcanzar unos quince años. La esposa del demandante expresó su deseo de poner fin a su vida con la ayuda de su esposo, pues consideraba que llevaba una vida indigna.

En noviembre de 2004, la esposa del demandante solicitó ante el Instituto Federal de productos farmacéuticos y médicos que le fuera entregada una dosis de quince gramos de pentobarbital sódico, la dosis letal que le permitiría suicidarse en su domicilio de manera segura (§§ 1-9). El Instituto Federal rechazó facilitarle la dosis requerida, ante lo que los cónyuges presentaron un recurso administrativo.

Dada la negativa estatal a facilitar la dosis letal de medicamento, la pareja contactó con una organización suiza de asistencia al suicidio llamada *Dignitas*. El 12 de febrero de 2005 la esposa del demandante, asistida por *Dignitas*, se suicidó en Zúrich.

El Instituto Federal confirmó su rechazo inicial por lo que el demandante recurrió ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal contencioso-administrativo de Colonia declaró el recurso del demandante inadmisibile, pues entendía que no era víctima de una violación de sus propios derechos. Según la jurisdicción alemana, el demandante no podía fundar sobre los derechos de su esposa su recurso, puesto que el derecho a adquirir la dosis letal para suicidarse era un derecho de naturaleza eminentemente personal e intransmisible. A lo anterior añadió que el rechazo administrativo a facilitar la dosis letal de medicamento era conforme con el apartado segundo del artículo 8 del Convenio, pues se trataba de una medida necesaria en una sociedad democrática que perseguía como fines legítimos la protección de la salud, de la vida y de los

derechos de terceros, ya que los Estados disfrutaban de un amplio margen de apreciación a la hora de apreciar los riesgos de abuso y peligros, en esta materia.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional alemán declaró inadmisibile el recurso presentado por el demandante, pues el interesado no podía fundarse en un derecho a la dignidad humana de su mujer ya fallecida. El derecho a la dignidad no es transmisible por lo que era imposible admitir su recurso.

El TEDH alude a la resolución 1418/1999 del Consejo de Europa, en la que se recoge que la Asamblea recomienda al Comité de Ministros animar a los Estados miembros del Consejo de Europa a mantener la prohibición absoluta de poner fin intencionadamente a la vida de los enfermos incurables o terminales, dado que el artículo 2 del Convenio exige que la muerte no puede ser infligida a nadie intencionadamente, pues el deseo de morir experimentado por una enfermedad incurable o terminal no puede nunca constituir un fundamento jurídico de su muerte a manos de un tercero ni puede servir de justificación legal para la ejecución de acciones destinadas a provocar la muerte.

En cuanto al derecho comparado, el Tribunal tiene en cuenta que en treinta y seis de los Estados miembros del Consejo de Europa todas las formas de asistencia al suicidio están prohibidas y constituyen infracciones penales. Solo cuatro Estados: Suiza, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, autorizan a sus médicos prescribir dosis letales de medicamento, aunque con limitaciones que persiguen la protección de los particulares (§§ 12-26).

Por su parte, el demandante alega que el rechazo, de la jurisdicción estatal, a examinar el fondo del asunto constituye una injerencia en su derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio.

El Gobierno alemán observa que el demandante no puede pretender ser considerado víctima, conforme al artículo 34 del Convenio, pues no ha sido objeto de ninguna medida tomada por el Estado y además no cumple con las condiciones para ser reconocido como víctima indirecta (27-28).

El demandante sostiene que las decisiones de las instancias internas han supuesto una injerencia en sus propios derechos. El demandante subraya que a su esposa se le impidió poner fin a su vida en la intimidad de su hogar, por lo

que tuvieron que trasladarse a Suiza donde su esposa se suicidó. El Tribunal habría estimado, en asuntos anteriores, que los familiares muy próximos también son víctimas, en el sentido del artículo 34, debido a la relación estrecha con la persona directamente afectada, siempre que la injerencia afecte a dicho familiar. Para el demandante, el artículo 8 comprende el derecho a poner fin a la propia vida mientras que el derecho del artículo 2 no implicaría ninguna obligación de vivir hasta el término natural de la vida.

La organización *Dignitas* observa, como tercero interviniente, que el Estado debería regular el derecho del individuo a decidir con total autonomía el momento y el modo en que va a morir, a lo que añade que las asociaciones que trabajan en este campo ya han introducido mecanismos de control preventivo, por lo que las restricciones gubernamentales al derecho a disponer de la propia vida, con el fin de proteger a las personas vulnerables, ya no serían necesarias.

La entidad *Alfa* reenvía en sus alegaciones, como tercero interviniente, a la jurisprudencia del Tribunal, en particular al asunto *Sanles Sanles c. España* (2000). *Alfa* alega que los derechos invocados por el demandante no son transmisibles y no pueden ser reivindicados por un tercero, pues la jurisprudencia del Tribunal establece que la condición de víctima solo adquiere carácter transmisible cuando la violación alegada impida a la víctima directa hacer valer su queja (*Bazorkina c. Rusia*, nº 69481/01, § 139 de la sentencia de 27 de julio 2006) o cuando las consecuencias negativas de una violación alegada hayan afectado directamente a los herederos que acuden al Tribunal en nombre del *de cuius* (*Ressegatti c. Suiza*, nº 17671/02, § 25 de la sentencia de 13 de julio de 2006). Añade que la liberalización del suicidio asistido en Países Bajos ha conducido a un número alarmante de abusos en los que la inyección letal habría sido suministrada sin consentimiento del paciente.

El TEDH recuerda respecto de la condición de víctima del demandante que: 1) el recurrente y su esposa estuvieron casados durante veinticinco años y mantenían una relación muy estrecha, 2) acompañó a su esposa durante todos sus sufrimientos, aceptó la decisión de su esposa de poner fin a su vida y la acompañó a Suiza para cumplir su deseo y 3) presentó un recurso administrativo

junto a su mujer que mantuvo tras la muerte de su esposa, pues ambos tenían interés en obtener una decisión sobre el fondo del asunto (§§ 35-45).

El Tribunal subraya que este caso plantea cuestiones fundamentales relativas al deseo de un paciente de poner fin a sus días por lo que presenta un interés general que trasciende el del demandante y su esposa fallecida.

El Tribunal estima, por las razones señaladas, que el demandante se ha visto indirectamente afectado por el rechazo del Instituto Federal a autorizar a su esposa la adquisición de una dosis letal de pentobarbital sódico. Recuerda y reproduce su propia jurisprudencia en la que afirmó que la noción de vida privada es amplia, no susceptible de una definición exhaustiva (*Pretty c. Reino Unido*, § 61 de la sentencia de 2002). Añade que, sin negar el carácter sagrado de la vida humana protegido por el Convenio, ya consideró que en una época de creciente sofisticación de la medicina y de aumento de la esperanza de vida, numerosas personas temen que se les obligue a vivir hasta una edad muy avanzada o en un estado de grave deterioro físico y mental, en las antípodas de la idea que tienen de sí mismos o de su identidad personal (*Pretty c. Reino Unido*, § 65 de la sentencia de 2002). En conclusión, el Tribunal recuerda su jurisprudencia anterior, en la que no pudo excluir que el hecho de impedir por ley el recurso al suicidio asistido, cuando la propia vida es experimentada como un final indigno y penoso, suponga una injerencia en el derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio (*Pretty c. Reino Unido*, § 67 de la sentencia de 2002).

En el asunto *Hass c. Suiza* (2011), el Tribunal ya planteó esta línea jurisprudencial, al reconocer que el derecho de un individuo a decidir de qué manera y en qué momento acabar con su vida, a condición de que sea capaz de formar libremente su voluntad y de actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada (*Hass c. Suiza*, § 51 de la sentencia de 2011).

El Tribunal estima que, dadas las circunstancias del caso *Koch c. Alemania* (2012), la decisión del Instituto Federal de rechazar la solicitud del demandante, así como el rechazo de la jurisdicción contencioso-administrativa de examinar el fondo de la demanda del recurrente, han constituido una injerencia en su derecho a la vida privada.

En relación con dicha injerencia, el Gobierno afirma que el Tribunal contencioso-administrativo de Colonia ha examinado la violación alegada del artículo 8 y ha citado la jurisprudencia pertinente del TEDH.

Según el Gobierno, incluso admitiendo que del artículo 8 pueda deducirse una obligación positiva para el Estado, consistente en facilitar la adquisición de un medicamento para permitir un suicidio, su rechazo por el Instituto Federal estaría justificado por el apartado segundo del artículo 8 del Convenio. La decisión tenía una base legal y perseguía el fin legítimo de proteger la salud y el derecho a la vida. Además, debe ser reconocido al Estado un amplio margen de apreciación en la materia, añade que la medida es necesaria en una sociedad democrática por estar fundada en profundas convicciones resultantes de la experiencia histórica alemana que habrían conducido a una noción jurídica de dignidad humana con un sentido especialmente exigente.

El Gobierno afirma que pertenece a las autoridades nacionales esencialmente apreciar los riesgos inherentes a un libre acceso a los medicamentos, pues permitir un libre acceso a medicamentos letales podría crear una apariencia de normalidad y suscitar en las personas mayores o gravemente enfermas el deseo de no convertirse en una carga para la sociedad o sus familiares (§§ 54-58).

Por su parte, el demandante sostiene que la jurisdicción nacional ha rechazado entrar en el fondo del asunto, lo que ha supuesto una vulneración de las obligaciones procedimentales deducibles del artículo 8. La decisión del Instituto Federal no perseguía ningún fin legítimo ni era necesaria en una sociedad democrática, en el sentido del apartado segundo del artículo 8. El demandante admite que un control es necesario, a fin de prevenir abusos. Sin embargo, entiende que el suicidio asistido debería ser admitido cuando concurren razones médicas. Añade que el suicidio asistido no es incompatible con los valores cristianos y que está ampliamente aceptado entre la opinión pública. Nada indica que permitir el suicidio a una persona adulta y mentalmente sana pueda ir contra el interés general. Subraya que el pentobarbital sódico es una sustancia ampliamente prescrita en caso de suicidio asistido en Suiza sin que produzca efectos negativos.

El TEDH examina la vertiente procedimental del artículo 8 del Convenio y observa que el Tribunal contencioso-administrativo y el Tribunal de Apelación estatales han rechazado entrar en el fondo del asunto a causa de que el demandante no reivindicaba derechos propios, tanto desde el punto de vista del derecho estatal, como del artículo 8 del Convenio, alegaron que procedía el archivo del expediente judicial iniciado por su esposa, pero que ya había fallecido.

El TEDH observa que el Gobierno no ha acreditado que la negativa a conocer del fondo del asunto descansa en un fin legítimo conforme al apartado segundo del artículo 8, a lo que añade que no es capaz de imaginar qué fin legítimo podría alegarse para rechazar entrar en el fondo del asunto planteado ante la jurisdicción estatal, pues entrar a conocer del asunto no implica estimarlo.

De lo anterior se sigue que ha existido violación del derecho del demandante a que su demanda sea examinada en cuanto al fondo del asunto, por la jurisdicción estatal, obligación procedimental incluida en el artículo 8 del Convenio (§§ 65-68).

En cuanto a la vertiente material de la queja relativa al artículo 8, el TEDH recuerda que cada Estado debe asegurar en su ordenamiento jurídico el disfrute de los derechos y libertades incluidos en el Convenio, en aplicación del principio de subsidiariedad, que exige a los Estados establecer sistemas nacionales de protección para la prevención de las violaciones que se pudieran cometer. El principio de subsidiariedad es todavía más importante en las cuestiones para las que los Estados disfrutan de un importante margen de apreciación, como es el caso. El derecho comparado muestra que solo cuatro Estados autorizan a los médicos a prescribir una dosis letal de medicamento a fin de permitir un suicidio asistido, por lo que no existe un consenso entre los Estados que pudiera reducir el margen de apreciación tan amplio que debe ser reconocido. En virtud del principio de subsidiariedad, corresponde a la jurisdicción interna examinar el fondo de la demanda, por lo que el Tribunal se limita, en este asunto, al examen del aspecto procedimental del artículo 8 del Convenio. Por tanto, el rechazo por la jurisdicción estatal a entrar a conocer el fondo del asunto ha provocado la

violación del derecho a la vida privada del demandante en su vertiente procedimental.

El Gobierno invoca la decisión del Tribunal en el caso *Sanles Sanles c. España* (2000), pues sostiene que el derecho a poner fin a la propia vida tiene carácter eminentemente personal e intransmisible, por lo que el demandante no puede hacer valer dicho derecho en nombre de su difunta esposa, pues no existe ninguna razón para modificar la jurisprudencia existente sobre dicha cuestión, que debe ser aplicada en este caso (§§ 73-74).

El demandante alega que este asunto difiere de *Sanles Sanles c. España* (2000), pues su relación con la persona fallecida era mucho más estrecha, en el asunto *Sanles Sanles c. España* la demandante era la cuñada y heredera del fallecido. Añade que no solo alega violación de los derechos de su difunta esposa, sino también sus propios derechos. Juzga decisivo el hecho de haber presentado conjuntamente, junto a su esposa, un recurso administrativo frente a la decisión del Instituto Federal, que ha sido mantenido en sede judicial. Existe, por otra parte, un interés general en que el Tribunal resuelva las cuestiones planteadas en este asunto.

El Tribunal recuerda el asunto *Sanles Sanles c. España* (2000) en el que la demandante, cuñada y heredera de Ramón Sampedro presentó una demanda ante los tribunales españoles cuando Ramón Sampedro ya había fallecido, para solicitar que fuera reconocida por el Tribunal la violación del derecho de Ramón Sampedro a disponer de su propia vida mediante el suicidio asistido. El Tribunal estimó que el derecho reivindicado por la demandante, en el supuesto de que estuviera reconocido en el derecho interno, era de carácter personal e intransmisible, por lo que la demandante no podía invocar dicho derecho en nombre de Ramón Sampedro. Por tanto, la demanda fue declarada inadmisibles por falta de competencia *ratione personae*.

El Tribunal recuerda que no está formalmente obligado a seguir sus sentencias precedentes, pero que el interés por la seguridad jurídica, y la previsibilidad e igualdad ante la ley, justifican que no se separe sin motivo válido de sus precedentes.

El Tribunal considera que los argumentos vertidos en este asunto no son suficientes para desmarcarse de la jurisprudencia establecida por el Tribunal. Por tanto, el demandante no tiene legitimación para hacer valer los derechos reconocidos a su esposa por el artículo 8, a causa del carácter no transmisible de tales derechos. Recuerda que sobre la violación de los propios derechos del demandante ya se ha pronunciado reconociendo su condición de víctima indirecta por lo que no ha sido privado de protección (§§ 79-80).

El reconocimiento de la condición de víctima indirecta del demandante en este asunto ya ha sido comentado en apartados precedentes. Aunque ha sido traído nuevamente a colación por ser una condición para el reconocimiento del derecho a que la jurisdicción estatal entre a conocer del fondo del asunto, cuando es alega la violación del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio en relación con la negativa a reconocer el derecho a disponer de la propia vida.

IV.3. El reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida como un derecho sustantivo, pero sin garantías: el giro procedimental del TEDH

IV.3.1. El derecho a disponer de la propia vida y sus límites: *Pretty c. Reino Unido*

En la sentencia dictada en el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002), el TEDH se sirve del derecho a la vida del artículo 2, así como del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 y finalmente del derecho a la vida privada del artículo 8, todos del Convenio, para definir los límites y la posibilidad de un derecho a disponer de la propia vida deducible del Convenio.

En relación con el derecho a la vida, del artículo 2 del Convenio, el Tribunal recuerda que incluye obligaciones negativas y positivas. Las obligaciones negativas exigen que los Estados y sus agentes no atenten contra la vida de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Las positivas exigen que los Estados establezcan una legislación penal que sirva para castigar y prevenir la comisión de delitos que puedan atentar contra la vida, pero también que los Estados investiguen los delitos que se puedan cometer, mediante una investigación suficiente, así como adoptar medidas de protección concretas cuando tengan conocimiento de la posible comisión de un delito contra la vida³⁸.

Las obligaciones anteriores derivan del carácter central que el derecho a la vida mantiene dentro del sistema del Convenio, pues es la condición para el ejercicio del resto de derechos.

Recordada la doctrina del Tribunal sobre el derecho a la vida, cabe plantear la pregunta por un derecho a disponer de la propia vida deducible del artículo 2. Se trataría de un aspecto negativo del derecho a la vida que estaría incluido en el mismo. No se trata de una afirmación extravagante, desde el momento en que el Tribunal ha reconocido dicho aspecto negativo como un contenido de algunos de los derechos convencionales. Como ejemplos, el derecho a la libertad de asociación del artículo 11 que incluye un aspecto positivo, la libertad de asociarse, pero también un aspecto negativo, la libertad de no asociarse. Lo mismo cabe decir del derecho a la libertad religiosa que no exige tener religión alguna o del derecho a contraer matrimonio que no obliga a casarse. Estos ejemplos podrían llevarnos a reconocer un aspecto negativo en el derecho a la vida que diría que el derecho a la vida no consiste en una obligación de vivir, pues incluiría más bien una libertad que nos permitiría elegir entre vivir o dejar de hacerlo. Sin embargo, el Tribunal niega rotundamente este punto de vista y afirma que el derecho a la vida del artículo 2 no contiene aspecto negativo alguno en el sentido mencionado.

³⁸ Véase RIETIKER 2012: 90, donde se comentan las obligaciones deducibles del artículo 2 del Convenio y se insisten en que el Convenio debe ser leído como un todo, mediante una interpretación sistemática.

El Tribunal mantiene con toda claridad y de manera explícita que no es posible deducir del derecho a la vida un derecho a decidir en qué momento y de qué manera poner fin a la propia vida. Deducir un derecho a disponer de la propia vida desde el artículo 2 sería ir demasiado lejos en la interpretación evolutiva del Convenio. Tampoco es posible dar dicho salto desde una interpretación literal, ni desde una interpretación sistemática. El derecho a la vida debe ser interpretado, según el Tribunal, como una garantía frente al Estado, u otros poderes, a fin de que la vida sea protegida, ese es su sentido original que debe ser mantenido en lo esencial, pues no encontramos en el artículo 2 del Convenio referencia alguna al concepto de calidad de la vida o al de autonomía, que podrían ser deducidos desde otros derechos convencionales, pero no desde el derecho a la vida del artículo 2 del Convenio (§§ 37-41).

Por tanto, el derecho a disponer de la propia vida no puede ser deducido del derecho a la vida. Esta afirmación será mantenida en la jurisprudencia posterior del Tribunal con toda claridad. Es un elemento esencial del sistema de protección de los derechos del Convenio, establecido por el Tribunal en su jurisprudencia, como un elemento nuclear de su doctrina.

Si el derecho a disponer de la propia vida no se puede deducir desde el artículo 2 del Convenio, entonces debemos plantearnos si sería deducible desde el derecho a no sufrir trato degradante o inhumano del artículo 3 del Convenio.

Recordemos que el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano es un derecho para el que no se contemplan excepciones, como sí ocurre con el derecho a la vida, para el que se establecen excepciones en el apartado segundo del artículo 2. Tampoco se contemplan condiciones para el reconocimiento del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, como las establecidas para el derecho a la vida privada en el apartado segundo del artículo 8. Ni es posible la derogación del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, ni siquiera en las circunstancias excepcionales de peligro para la existencia de la nación, contempladas en el apartado segundo del artículo 15 del Convenio, pues dicho artículo recoge expresamente que la excepción referida no será de aplicación al derecho reconocido en el artículo 3 del Convenio. En consecuencia, podemos hablar de un derecho a no sufrir trato degradante e inhumano que es absoluto,

en el sentido comentado, por lo que, apreciada una injerencia en el derecho, debemos declarar la violación de él, sin ninguna otra consideración adicional, pues no se requiere de juicio de proporcionalidad alguno ni del examen de otras circunstancias que podrían justificar la injerencia en el derecho, en un supuesto concreto. Se trata de la consecuencia de definir un derecho como absoluto, en el sentido comentado.

La naturaleza del artículo 3 descrita ya nos pone sobre la pista de que el reconocimiento de una injerencia en el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano debe ser especialmente exigente en el sistema del Convenio, pues una vez apreciada la existencia de una injerencia en el derecho, es automática la estimación de la violación del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano³⁹.

La prohibición estatal del suicidio asistido parece *a priori* un buen ejemplo de trato degradante e inhumano por parte del Estado, hacia aquellas personas que quieren poner fin a su vida por encontrarse en una situación de enfermedad que experimentan como indigna, pero que no son capaces de suicidarse por sus propios medios. Sin embargo, el Tribunal niega que sea un buen candidato, no es un buen ejemplo de trato degradante e inhumano, pues niega que en dichos casos se haya producido por parte del Estado una injerencia en el derecho recogido en el artículo 3 del Convenio.

El Tribunal afirma que difícilmente podría imputarse al Estado una injerencia en el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, si la enfermedad no ha sido consecuencia de una actuación del Estado o sus agentes, ni ha sido el resultado de una negligencia médica. Añade que el trato degradante e inhumano, para ser calificado como una injerencia en el derecho, debe tener cierta entidad, debe ser un trato degradante e inhumano grave, dado el carácter absoluto del derecho, no sometido a excepciones, condiciones ni derogaciones. Lo contrario implicaría establecer obligaciones

³⁹ Puede consultarse ADAMO 2016: 10-11, donde comenta la sentencia del asunto *Pretty c. Reino Unido*, en relación con un hipotético trato degradante e inhumano infligido por el Estado que no reconoce el derecho al suicidio asistido.

desproporcionadas para los Estados, quienes, ante cualquier experiencia vital sentida como indigna, acabarían siendo reconocidos como responsables de la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano simplemente por no haber puesto los medios necesarios para que dicha experiencia no se produzca o por no haberla remediado una vez producida (§§ 44-56).

Una parte de la doctrina ha señalado que la alegación de trato degradante e inhumano formulada por la Sra. Pretty no ha sido bien resuelta por el Tribunal. La demandante alegaba que la imposibilidad de poner fin a su vida la llevaría a una muerte extremadamente penosa e indigna, a lo que el Tribunal responde mediante dos argumentos muy débiles. Un primer argumento afirma que no puede deducirse un derecho a disponer de la propia vida desde el artículo 3 porque dicho derecho no está contenido en el artículo 2, dado que el artículo 3 debe ser interpretado en armonía con el artículo 2, del que sabemos que no contiene un aspecto negativo que reconozca el derecho a disponer de la propia vida. Se trata de un argumento construido desde una interpretación sistemática del Convenio. Un segundo argumento rechaza la violación del artículo 3 por estar mal fundada, pues limita la posibilidad de alegación del artículo 3 a los supuestos en los que la situación denunciada sea el resultado de una actuación del Estado, circunstancia que no se cumple en el presente asunto⁴⁰.

Con base en los argumentos esbozados, el Tribunal mantiene que el derecho a disponer de la propia vida no es deducible desde el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano del artículo 3 del Convenio. Esta conclusión será mantenida por la jurisprudencia del Tribunal, aunque de manera un tanto inconsecuente, como comprobaremos cuando comentemos la sentencia del asunto *Gross c. Suiza* (2014) en la que el Tribunal habla de la incertidumbre sufrida por la demandante, que le produjo un grado considerable de angustia, lo que no habría ocurrido si hubiera existido una regulación clara del derecho a disponer de la propia vida (§§ 64-67 de la sentencia del asunto *Gross c. Suiza*),

⁴⁰ Véase DE SCHUTTER 2002: 81-82, donde comenta los argumentos del TEDH contrarios al reconocimiento de la violación del artículo 3, en el asunto *Pretty c. Reino Unido*.

argumento que parece favorable a entender que se ha producido trato degradante e inhumano.

Los argumentos seguidos hasta aquí nos ponen sobre la pista de que el derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, parece ser el mejor candidato para incluir, como uno de sus aspectos, el derecho a disponer de la propia vida. Dicha inclusión es posible porque el contenido del derecho a la vida privada no aparece como cerrado, en la interpretación de él ofrecida por el Tribunal, pues no es posible enumerar de manera exhaustiva los diferentes derechos incluidos en el derecho a la vida privada, ya que no puede ser definido de una vez para siempre, por lo que el Tribunal puede recurrir a él cada vez que desee incluir nuevos derechos, conforme a una interpretación evolutiva del Convenio que tenga en cuenta los cambios sociales.

La naturaleza del derecho a la vida privada es la de un derecho que debe ser ponderado con otros derechos. El apartado segundo del artículo 8 incluye la posibilidad de que la injerencia en el derecho quede justificada cuando haya sido prevista por una ley, sea necesaria en una sociedad democrática y persiga alguno de los fines legítimos recogidos en dicho apartado. La doctrina del Tribunal ha añadido la exigencia de practicar un juicio de proporcionalidad tal y como ha sido desarrollado en la jurisprudencia constitucional de la mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa siguiendo el modelo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y de la doctrina constitucional alemana. Las características mencionadas, del derecho a la vida privada, lo hacen especialmente adecuado para incluir dentro de sí, o para deducir desde él, toda una serie de derechos relacionados con la autonomía, con la libertad, en sus distintas facetas⁴¹.

⁴¹ Puede consultarse la monografía de BRAGE: 2004, para entender la naturaleza y funcionamiento del juicio de proporcionalidad, que la justicia constitucional alemana ha definido jurisprudencialmente y la doctrina alemana fijado como modelo cuando debemos ponderar entre distintos derechos fundamentales. El autor enumera y desarrolla las distintas fases de las que se compone el juicio de proporcionalidad y añade que este tipo de juicio permite definir los límites de los derechos fundamentales.

En la sentencia del asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002), el Tribunal todavía no afirma explícitamente que el derecho a disponer de la propia vida sea un aspecto del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio. Pero sí afirma que no puede excluir dicha posibilidad, por lo que implícitamente estaría diciendo que el derecho a disponer de la propia vida puede ser deducido desde el derecho a la vida privada, deducción que hará explícita en la sentencia del asunto *Hass c. Suiza* (2011), como veremos en el próximo apartado⁴².

En la sentencia *Pretty c. Reino Unido* (2002) el Tribunal se sitúa en la hipótesis de que el derecho a disponer de la propia vida es deducible del artículo 8 del Convenio, para justificar seguidamente como necesaria la injerencia que supone la prohibición de dicho derecho, con base en un argumento que nos habla del riesgo de abusos para los más vulnerables, en caso de ver reconocido el derecho a disponer de la propia vida. Se trata del conocido argumento que nos habla de una pendiente resbaladiza que nos llevaría desde supuestos en los que estaría justificado el ejercicio del derecho hasta supuestos en los que se practicaría la eutanasia en contra de la voluntad del afectado o concurriendo una voluntad del interesado viciada por presiones reales o ficticias. La doctrina ha comentado que se trata de un argumento poco riguroso jurídicamente, pero convincente en la práctica. El Tribunal refuerza su conclusión recordando el amplio margen de apreciación que debe ser reconocido a los Estados en esta materia⁴³.

⁴² Véase CAÑAMARES 2016: 341-342, donde comenta que, en *Pretty c. Reino Unido*, el TEDH concluye que la restricción al derecho a la vida privada aparece como justificada, por lo que estaría suponiendo que el derecho al suicidio asistido estaría incluido en dicho derecho.

⁴³ Puede consultarse CLIMENT 2018: 132-134, donde comenta los dos puntos de vista, ante el problema del derecho a disponer de la propia vida, uno basado en el principio de la santidad de la vida humana frente a otro basado en la idea de la calidad de la vida humana, que distingue entre vida biológica y vida biográfica. Seguidamente señala que el TEDH no pretende mediar entre ambos puntos de vista, aunque sí parece presuponer, en *Pretty c. Reino Unido*, que el derecho al suicidio asistido forma parte del derecho a la vida privada cuya limitación aparece como perfectamente justificada ante los riesgos de abusos. Véase BROSSET 2011: 96, en relación con el argumento de «la pendiente resbaladiza» que califica de poco riguroso, pero eficaz retóricamente.

De esta manera, el Tribunal admite implícitamente que el derecho a disponer de la propia vida puede ser deducido desde el artículo 8 del Convenio, pero como un derecho meramente teórico, pues se reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados, lo que les permite prohibir dicho derecho, incluso con carácter general, bajo el argumento de la protección de los más vulnerables. Parece que el principio de efectividad, constantemente recordado por el Tribunal en su jurisprudencia ha cedido en esta materia ante el poder discrecional de los Estados.

Sin embargo, un primer paso en la construcción del derecho ha sido dado, pues se reconoce la posibilidad de deducir un derecho a disponer de la propia vida desde el derecho a la vida privada. Veamos los detalles de ese primer paso que ha dado el Tribunal en la construcción del derecho mediante el comentario detallado de la sentencia dictada en el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002).

IV.3.1.1. El derecho a disponer de la propia vida como derecho deducible del artículo 8 del Convenio: *Pretty c. Reino Unido*

En el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002), la demandante, la Sra. Pretty, sufre parálisis a causa de una enfermedad degenerativa incurable por lo que presenta ante el Tribunal una demanda contra Reino Unido, en virtud del artículo 34 del Convenio, en la que alega que el rechazo del Ministerio Público a conceder inmunidad penal a su marido, en el caso de que éste le prestase ayuda al suicidio, así como la prohibición de la ayuda al suicidio, establecida en el derecho británico, son contrarias a los derechos reconocidos en los artículos 2, 3, 8, 9 y 14 del Convenio.

La demandante sufre una esclerosis lateral amiotrófica (ELA), enfermedad neurodegenerativa progresiva que afecta a las neuronas motoras del interior del

sistema nervioso central y provoca una alteración gradual de las células que gobiernan los músculos voluntarios del cuerpo. Su evolución conduce a un grave debilitamiento de brazos y piernas, así como de los músculos implicados en el control de la respiración. La muerte sobreviene generalmente tras problemas de insuficiencia respiratoria y de neumonía debidos a la debilidad de los músculos respiratorios y de los que controlan la palabra y la deglución. Ningún tratamiento puede parar la progresión de la enfermedad de la demandante que se encuentra en un estado avanzado. La Sra. Pretty está prácticamente paralizada desde el cuello a los pies, casi no puede expresarse de manera comprensible y se alimenta a través de una sonda. Su esperanza de vida no alcanza más allá de unos meses. Su intelecto y voluntad están intactos. Los estadios finales de la enfermedad son muy penosos. La Sra. Pretty tiene miedo del sufrimiento y la indignidad que deberá afrontar, por lo que desea poder decidir cuándo y cómo poner fin a su vida, y así escapar al sufrimiento.

El suicidio no está penado en derecho inglés, pero la demandante no puede suicidarse sin ayuda y el suicidio asistido está penado.

El defensor de la demandante solicitó al Ministerio Público que permitiera al marido de la Sra. Pretty asistirle en el suicidio a lo que el Ministerio Público se negó, alegando que, por muy excepcionales que fuesen las circunstancias, no puede autorizar o permitir la comisión de un delito, no puede dejar de perseguir penalmente al marido en caso de que coopere con el suicidio de la Sra. Pretty (§§ 1-11).

El 20 de agosto de 2001, la demandante recurrió la decisión del Ministerio Público ante la jurisdicción inglesa y solicitó que fuese declarado que el artículo 2 de la ley inglesa de 1961, sobre el suicidio, es incompatible con los artículos 2, 3, 8, 9 y 14 del Convenio.

La *Divisional Court* rechazó la demanda, estimando que el Ministerio Público no podía dejar de perseguir un delito y que el artículo 2.1 de la ley de 1961, sobre el suicidio, no es incompatible con el Convenio.

La demandante recurrió ante la Cámara de los Lores que confirmó la decisión de la *Divisional Court* en el asunto *The Queen on the Application of Mrs*

Diane Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interest Party), decisión de la Cámara de los Lores en la que podemos encontrar los siguientes argumentos:

«...la Cámara de los Lores recuerda que la cuestión de saber si los enfermos en fase terminal deben tener la facultad de solicitar asistencia en el suicidio y en caso afirmativo qué controles y límites deben establecerse es una cuestión social, ética y religiosa cuya respuesta depende de la concepción o convicción que se profese, pero no es la función de la Cámara defender una u otra concepción, sino determinar y aplicar el derecho del país tal y como es interpretado hoy en día» (§ 2 de la decisión de la Cámara de los Lores).

Según la Cámara de los Lores, la Sra. Pretty debería demostrar no que la autorización de la ayuda al suicidio es compatible con el Convenio, sino que la prohibición de la ayuda al suicidio es incompatible con el Convenio. Sin embargo, según la Cámara dicha tesis es insostenible como ya estableció la *Divisional Court*.

En relación con el artículo 3 del Convenio, la Cámara de los Lores señala que la argumentación de la señora Pretty puede resumirse en los cinco puntos siguientes: 1) existe una obligación absoluta e incondicional de no infligir trato degradante e inhumano y de tomar medidas positivas para evitar que los individuos sean sometidos a tales tratos, 2) los sufrimientos derivados del progreso de una enfermedad pueden ser considerados como trato degradante infligidos por el Estado cuando éste pueda atenuarlo sin que haya hecho nada, 3) denegando a la Sra. Pretty la posibilidad de acabar con su sufrimiento el Reino Unido habría infligido a la demandante un trato degradante, 4) el Convenio permite al Reino Unido autorizar el suicidio asistido, y 5) si el Ministerio Público no puede adoptar la medida solicitada por la Sra. Pretty, a causa del artículo 2 de la ley 1961, entonces dicho artículo es incompatible con el Convenio (§ 11 de la decisión de la Cámara de los Lores).

La Cámara de los Lores responde a tales argumentos diciendo que el artículo 3 del Convenio consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas, por lo que la prohibición del trato degradante e inhumano es absoluta en el sistema del Convenio. Pero el artículo 3 es

complementario del artículo 2 y de la misma manera que el artículo 2 obliga a los Estados a respetar y preservar la vida de los individuos sujetos a su jurisdicción, el artículo 3 obliga a respetar la integridad física y la dignidad humana de los individuos. Nada en el artículo 3 habla a favor de un derecho del individuo a elegir entre vivir o morir. El artículo 3 no contempla dicho campo de aplicación. De hecho, un Estado puede legítimamente infligir un trato degradante si con ello consigue salvar la vida del individuo, es decir, si con dicha actuación consigue proteger el derecho a la vida del artículo 2. Añade que la prohibición para el Estado de los tratos degradantes e inhumanos con carácter absoluto e incondicional exige que el significado que se da a dicho maltrato no sea ilimitado o extravagante. No puede decirse que el Reino Unido sea quien inflige trato degradante a la Sra. Pretty, cuando su sufrimiento tiene su origen en una enfermedad. Si se admitiese que la aplicación del artículo 3 en este asunto, la cuestión que se plantearía sería si Reino Unido, a través del Ministerio Público, ha incumplido su obligación positiva de tomar las medidas necesarias a fin de impedir que los individuos sean sometidos a tratos degradantes e inhumanos. Sin embargo, en este contexto dicha obligación positiva procedimental del Estado no sería absoluta ni incondicional.

La defensa de la Sra. Pretty añade que el artículo 8 del Convenio confiere un derecho a la autonomía que incluiría el derecho a elegir cuándo y cómo poner fin a su propia vida para evitar el sufrimiento e indignidad que la enfermedad provoca. El artículo 2.1 de la ley inglesa de 1961 sería contrario a dicho derecho de autonomía, por lo que correspondería a Reino Unido demostrar que la injerencia satisface los criterios de legalidad y necesidad en respuesta a una necesidad social imperiosa, así como de proporcionalidad. Dado que la injerencia concierne a un aspecto íntimo de la vida privada debe reposar sobre motivos especialmente serios. El defensor de la Sra. Pretty hace valer que está en el pleno uso de sus facultades mentales, que su perspectiva vital es horripilante, que su decisión no perjudica a nadie y que satisfacer su demanda no tendría implicaciones de gran importancia para terceros (§ 17 de la decisión de la Cámara de los Lores).

La Cámara de los Lores reproduce los argumentos contenidos en la sentencia del asunto *Rodríguez c. Procurdor General del Canadá* (1994), 2 LRC 136, pues considera que suponen una buena solución al problema planteado en un caso muy similar. En dicho asunto, resuelto por la jurisdicción canadiense, la demandante, la señora Rodríguez, padecía una enfermedad invalidante, pero no podía acceder a un suicidio asistido, pues estaba prohibido en la legislación canadiense. El Tribunal Supremo de Canadá resolvió conforme a lo propuesto por el juez Sopinka quien justificó su solución al asunto de la manera siguiente. En primer lugar, rechaza el argumento defendido por el tribunal de instancia canadiense, según el cual las dificultades de la apelante derivarían no de la actuación del Estado, sino de su enfermedad. Este argumento es rechazable, porque es evidente que la prohibición del suicidio asistido contribuye al sufrimiento de la apelante. Es preferible, por estar mejor fundado, el argumento basado en la protección de la apelante. Continúa diciendo que la prohibición del suicidio asistido priva a la apelante de su autonomía personal y le causa dolor físico y tensión psicológica que se traduce en una injerencia en su vida privada. Por tanto, debe determinarse si dicha injerencia es compatible con los derechos fundamentales. El juez Sopinka concluye que, teniendo en cuenta los temores a que puedan producirse abusos en esta materia y la gran dificultad para elaborar garantías que permitan prevenirlos, no puede afirmarse que la prohibición general de la ayuda al suicidio sea arbitraria o injusta, tampoco que no refleje los valores fundamentales de la sociedad. A lo anterior, añade que existe un consenso importante entre los países occidentales y entre las organizaciones médicas sobre la mejor manera de proteger eficazmente la vida de las personas vulnerables mediante la prohibición de la ayuda al suicidio (§ 24 de la decisión de la Cámara de los Lores).

La Cámara de los Lores continúa afirmando que la tesis de la señora Pretty no encuentra base alguna en la jurisprudencia de Estrasburgo. En el asunto *R. c. Reino Unido*, nº 10083/82, decisión de la Comisión, de 4 de julio de 1983, el demandante fue condenado por los tribunales estatales y estaba cumpliendo pena de prisión por ayuda al suicidio. El recurrente alegaba que la condena y la pena en virtud del artículo 2 de la ley de 1961 estatal constituía una violación de su derecho a la vida privada y del derecho a la libertad de expresión.

En el § 13 de su decisión la Comisión del Consejo de Europa expresó que la ayuda al suicidio no pertenece a la vida privada. Al contrario, pues los actos de asistencia, consejo y ayuda al suicidio deben excluirse de la noción de vida privada, pues vulneran el interés general en que la vida sea protegida. Y añade en el § 17 que el Estado tiene derecho a prevenir, mediante una legislación que penalice la ayuda al suicidio, los abusos criminales que se producirían en ausencia de la prohibición del suicidio asistido, pues el hecho de que el acto del recurrente fuese bienintencionado no cambia la conclusión.

La posición de Reino Unido en esta materia se inscribiría en un amplio consenso internacional en el que el suicidio asistido y el homicidio voluntario consensuado son ilegales en el conjunto de Estados parte, con la excepción de Países Bajos.

El defensor de la Sra. Pretty niega que esté cuestionando con carácter general el artículo 2.1 de la ley de 1961 y limita su demanda a los hechos particulares de la causa, la de una persona adulta con plenas capacidades mentales, que sabe lo que quiere y que sin presión alguna ha tomado una decisión con perfecto conocimiento de causa y de manera consciente. Se queja de que la necesidad de asegurar la protección de los más vulnerables pueda llevar a un acto de inhumanidad hacia la recurrente. El Comité restringido de la Cámara de los Lores responde que temen que las personas vulnerables, personas ancianas solas, enfermas o desgraciadas, puedan sentirse obligadas, por efecto de las presiones reales o imaginarias, a solicitar una muerte prematura. Aunque fuera cierto que la mayoría de los casos de presiones o enfermedades depresivas pudieran ser detectados y tratados adecuadamente; sin embargo, ocurre que el mensaje a las personas vulnerables y desfavorecidas, por parte de la sociedad, indirectamente, sería el de animarlas a que solicitaran la muerte, en lugar de asegurarles nuestra presencia y sustento en la vida.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Cámara de los Lores concluye que, si el Ministerio Público hubiera prometido que una infracción penal, todavía no cometida, no sería investigada, habría desnaturalizado gravemente sus obligaciones y abusado de su poder, solo este motivo basta para rechazar la queja de la demandante (§ 39 de la decisión de la Cámara de los Lores).

Tras reproducir los argumentos de la Cámara de los Lores, que hemos reseñado, el TEDH se refiere al derecho y la práctica internas pertinentes, en los que el suicidio dejó de ser una infracción en Inglaterra y País de Gales a partir de la ley de 1961, aunque su artículo 2.1 establece como delito la ayuda al suicidio cuando establece que «Toda persona que facilita, anima, recomienda u organiza el suicidio o una tentativa de suicidio de un tercero es reo, tras ser acusada, de una pena de prisión...» (§§ 16-18).

Por su parte, *Voluntary Euthanasia Society* (la Sociedad), como tercero interviniente, sostiene que los individuos deben tener la posibilidad de morir con dignidad y que un régimen jurídico inflexible que obliga al enfermo terminal a morir en la indignidad, tras una agonía larga y dolorosa con sufrimientos insoportables, en contra de su voluntad, es contraria al artículo 3 del Convenio. En este contexto los cuidados paliativos no pueden ser una solución para todos los pacientes. La Sociedad sostiene que en la práctica sanitaria la eutanasia voluntaria y el suicidio asistido son aplicados, cualquiera que sea la situación jurídica oficialmente reconocida. Según la Sociedad los datos disponibles no permiten sostener la aseveración de que el Estado pondría en peligro a las personas vulnerables, si reconociera el derecho a la eutanasia voluntaria o el suicidio médico asistido. Añade que un sistema regulado establecería un mecanismo de control a fin de prevenir los abusos.

Por su parte, la Conferencia de obispos católicos de Inglaterra (la Conferencia), como tercero interviniente, subraya que la fe católica consiste en creer que la vida humana es un don recibido de Dios en depósito. Esta verdad fundamental sería también compartida por las sociedades laicas y pluralistas, según se deduce del artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de los artículos 2 y 3 del Convenio. La Conferencia insiste en que reconocer el derecho a la eutanasia o al suicidio asistido tendría consecuencias catastróficas para las personas vulnerables y engendraría una concepción intolerable de la profesión médica. Según su experiencia, los cuidados paliativos calman sustancialmente el sufrimiento físico y psicológico de los enfermos. La legalización de la asistencia al suicidio supondría una erosión de los derechos de los más vulnerables, como lo muestra el estudio del Gobierno

holandés de 1990 que reconoce que la eutanasia ha sido practicada a pacientes que no la habían solicitado (§§ 25 y 30-31).

La demandante sostiene que autorizar la ayuda al suicidio no es una medida que vulnere el artículo 2 del Convenio, más bien al contrario, defiende que los Estados en los que el suicidio asistido está prohibido estarían incumpliendo el Convenio. Añade que el artículo 2 del Convenio garantiza no solo el derecho a la vida, sino también el derecho a continuar vivo o dejar de estarlo, pues consagra el derecho a la vida y no la vida en sí misma. Cuando dicho artículo establece que la muerte no puede ser infligida se refiere a que la vida debe ser protegida frente a injerencias del Estado y sus agentes, pero no frente a uno mismo. El artículo 2 reconocería que pertenece al individuo el derecho a elegir entre continuar con vida o cesar de vivir, garantizaría como corolario de un derecho a vivir un derecho a morir para evitar un sufrimiento que es experimentado como una forma de vida indigna.

El Gobierno responde que la interpretación del artículo 2 del Convenio defendida por la demandante no se apoya en ningún precedente del Tribunal y es incompatible con la redacción literal del artículo que establece uno de los derechos fundamentales más importantes y que incluye principalmente una obligación negativa. Es cierto que en algunos casos también se ha reconocido que incluía obligaciones positivas, pero encaminadas a preservar la vida. En el asunto *Keenan c. Reino Unido*, nº 27229/95, sentencia de 3 de abril de 2001, de la Sección 3ª del TEDH, las circunstancias en las que un preso se suicidó, no exoneraron al Estado de su obligación positiva de proteger a los detenidos, contenida en el artículo 2 del Convenio. En el asunto *X c. Alemania*, nº 10565/83, decisión de la Comisión, de 9 de mayo de 1984, se reconoció que el Estado puede legítimamente alimentar por la fuerza a un detenido en huelga de hambre, en virtud de la obligación positiva que exige al Estado proteger la vida de los detenidos. El artículo 2 del Convenio prevé explícitamente que la muerte no puede ser infligida a nadie intencionadamente, salvo en las circunstancias recogidas en su apartado segundo, que no se cumplen en este caso. Por tanto, el derecho a morir no sería el corolario, sino la antítesis del derecho a la vida (§§ 35-36).

El TEDH recuerda que en su jurisprudencia ha establecido la preeminencia del artículo 2 del Convenio sobre otros derechos (*McCann y otros c. Reino Unido*, nº 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995, §§ 146-147). El artículo 2 protege el derecho a la vida, sin cuyo reconocimiento el disfrute del resto de derechos y libertades garantizados por el Convenio sería ilusorio. La primera frase del artículo 2 obliga al Estado no solo a abstenerse de dar muerte de manera intencionada e ilegal, sino también a tomar las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas bajo su jurisdicción, es decir, deben deducirse del mismo, junto a las obligaciones negativas, toda una serie de obligaciones positivas, tanto sustantivas como procedimentales (*L.C.B. c. Reino Unido*, nº 23413/94, sentencia de 9 de junio de 1998, § 36). Las obligaciones positivas deducibles del artículo 2 del Convenio van más allá del deber de asegurar el derecho a la vida mediante el establecimiento de una legislación penal concreta que sirva para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones del derecho. Deben igualmente incluir, en determinadas circunstancias bien definidas, obligaciones positivas para las autoridades que deben tomar medidas para proteger al individuo cuya vida esté amenazada por la actuación criminal de terceros (*Osman c. Reino Unido*, nº 23452/94, sentencia de 28 de octubre de 1998, § 115, y *Kiliç c. Turquía*, nº 22492/93, sentencia de 2000, §§ 62-76).

En todos los asuntos de los que ha conocido, el TEDH ha puesto el acento en la obligación para el Estado de proteger la vida. El Tribunal no cree que el derecho a la vida del artículo 2 pueda ser interpretado como conteniendo un aspecto negativo. En el contexto del artículo 11 del Convenio, el derecho a la libertad de asociación, fue interpretado como un derecho que incluía no solo la libertad de pertenecer a una asociación, sino también la libertad de no pertenecer a ninguna. El Tribunal señala que cierta libertad de elección en cuanto al ejercicio de una libertad es inherente a la misma. Sin embargo, el artículo 2 del Convenio no está redactado de la misma manera. No hay ninguna relación en el mismo con las cuestiones que conciernen a la calidad de vida o a aquello que una persona elige hacer con su vida. El artículo 2 no puede, sin forzar su letra, ser interpretado como incluyendo un derecho diametralmente opuesto, es decir, un derecho a morir. No es posible desde el mismo crear un derecho a la autonomía

que concedería a todo individuo el derecho a elegir la muerte en lugar de la vida (§§ 37-39).

Por tanto, el Tribunal estima que no es posible deducir del artículo 2 del Convenio un derecho a morir, sea de la mano de un tercero o con la asistencia de la autoridad pública.

La demandante también alega el artículo 3 del Convenio, pues sostiene que el sufrimiento al que se enfrenta constituye un trato degradante. Afectada por una atroz e irreversible enfermedad en fase terminal estaría abocada a una muerte extremadamente penosa e indigna, que se produciría cuando los músculos que controlan la respiración y la deglución lleguen a un debilitamiento capaz de provocar una insuficiencia respiratoria. Es cierto que el Gobierno no es directamente responsable, pero el Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, en virtud del artículo 3, pesa sobre el Estado no solo una obligación negativa de abstenerse de infligir daño a sus ciudadanos, sino también una obligación positiva de protegerlos.

La recurrente añade que no cabe, en relación con el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, ponderar entre su derecho a ser protegida contra un trato degradante y cualquier otro interés general concurrente, pues el derecho consagrado por el artículo 3 presenta un carácter absoluto. A los anteriores argumentos habría que añadir que la ponderación practicada por el Estado sería desproporcionada, pues el derecho inglés establece una prohibición general del suicidio asistido, de carácter absoluto, que excluye la consideración de las particularidades de su caso individual. La demandante critica que el Gobierno defina como vulnerables a todos los enfermos en fase terminal o minusválidos dispuestos a suicidarse, con la que el Gobierno justifica la prohibición general del suicidio asistido, para protegerlos. Pues si se trata de proteger a las personas vulnerables, sería posible establecer un sistema que legalice el suicidio asistido cuando la persona interesada pueda demostrar que es capaz de tomar dicha decisión y que no precisa de protección, por no encontrarse en una situación de vulnerabilidad (§§ 45-46).

El Gobierno responde que el artículo 3 no es aplicable a este supuesto, pues la primera obligación impuesta por dicho artículo sería negativa, por lo que

el Estado debe abstenerse de infligir trato degradante e inhumano. La argumentación de la demandante se funda sobre las pretendidas obligaciones positivas del Estado. Sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal se desprende que las obligaciones positivas, cuando existen, no son absolutas, pues deben interpretarse de manera que no impongan a las autoridades estatales una carga insoportable o excesiva. Las obligaciones positivas habrían sido reconocidas cuando el Estado está obligado a proteger la salud de las personas privadas de libertad, bajo la guarda estatal, y también cuando el Estado, respecto de las personas bajo su jurisdicción, debe garantizar que no sufran torturas, u otros tratos prohibidos, a manos de particulares. Sin embargo, a juicio del Gobierno, en el supuesto presente no se cumple ninguno de dichos supuestos, pues la demandante no ha sido maltratada por nadie, tampoco se queja de que se le haya negado un tratamiento médico y el Estado no ha tomado medida alguna en su contra. Pero incluso en el caso de que aceptásemos que el artículo 3 fuera aplicable, no conferiría un derecho a morir garantizado judicialmente, porque para determinar el alcance de toda obligación positiva debe tenerse en cuenta el margen de apreciación reconocido al Estado, que permite mantener la compatibilidad entre el artículo 2 de la ley inglesa de 1961 sobre la prohibición del suicidio asistido y el Convenio. Por tanto, la prohibición del suicidio asistido es el resultado de una ponderación justa y equilibrada entre los derechos del individuo y el interés general, especialmente en la medida en que respeta el carácter sagrado de la vida y persigue como fin legítimo la protección de las personas vulnerables. Añade que existen argumentos de peso y datos concretos que permiten concluir que la legalización de la eutanasia voluntaria implicaría inevitablemente la práctica de la eutanasia involuntaria. El Estado tiene interés en proteger la vida de las personas vulnerables. Desde este punto de vista toda persona deseosa de suicidarse debería ser considerada psicológica y emocionalmente vulnerable. Por otra parte, en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa existe un consenso general sobre la ilegalidad del suicidio asistido y el homicidio consentido, salvo en los Países Bajos. Dicho consenso también existe en otros ordenamientos jurídicos fuera de Europa.

Frente a las alegaciones de las partes, el TEDH entiende que tanto el artículo 2 como el artículo 3 del Convenio deben ser considerados como

cláusulas primordiales y como artículos que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa (*Soering c. Reino Unido*, nº 14038/88, sentencia del 7 de julio de 1989, del TEDH, § 88). En contraste con otras disposiciones del Convenio, el artículo 3 está redactado en términos absolutos, pues no prevé ni excepciones ni condiciones y según el artículo 15 del Convenio no puede sufrir ninguna derogación (§§ 48-49).

En la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 3 ha sido aplicado en contextos en los que el riesgo, para el individuo, de sufrir un trato degradante e inhumano, procedía de actos infligidos intencionalmente por los agentes del Estado o autoridades públicas, dicho artículo puede describirse como la imposición a los Estados de una obligación negativa de abstenerse de infligir un trato degradante e inhumano a las personas dependientes de su jurisdicción.

El TEDH ha juzgado que el artículo 3 combinado con el artículo 1 del Convenio impone a los Estados la obligación de garantizar a toda persona, bajo su jurisdicción, los derechos y libertades consagrados por el Convenio, mediante la adopción de medidas apropiadas para impedir que dichas personas sean sometidas a torturas, o a penas, o tratos degradantes e inhumanos, incluso infligidos por particulares. El Tribunal concluye que existe dicha obligación positiva para el Estado que implica establecer una protección contra el trato degradante e inhumano (§ 51).

Respecto del tipo de maltrato comprendido bajo el artículo 3 del Convenio, la jurisprudencia del Tribunal exige un mínimo de gravedad; por ejemplo, que suponga lesiones corporales efectivas o un sufrimiento físico o mental intenso. Un maltrato puede ser calificado como degradante si humilla o envilece al individuo, si manifiesta una falta de respeto hacia su dignidad humana, es decir, la disminuye, o si suscita sentimientos de miedo, angustia o inferioridad que permitan romper su resistencia moral o física (*Price c. Reino Unido*, nº 33394/96, sentencia de 10 de julio de 2001, de la Sección 3ª del TEDH, §§ 24-30, y *Valasinas c. Lituania*, nº 44558/98, sentencia de 24 de julio de 2001, de la Sección 3ª del TEDH, § 117). El sufrimiento debido a una enfermedad natural, sea física o mental, puede subsumirse bajo el artículo 3, pero solo si puede ser incrementado por un maltrato del que las autoridades sean responsables.

La demandante no se queja de que el Estado le haya infligido un trato degradante. Más bien sostiene que el rechazo por el Ministerio Público a no exonerar de responsabilidad penal a su marido, en el caso de que le ayudara a suicidarse, así como la prohibición del suicidio asistido establecida por el derecho penal estatal, constituyen un trato degradante e inhumano del que es responsable el Estado, en la medida en que desiste de protegerla frente a los sufrimientos que padecerá en el estadio último de su enfermedad. Esta queja plantea, sin embargo, como afirma la Cámara de los Lores, una interpretación nueva y ampliada de la noción de malos tratos que va más allá del sentido ordinario de las palabras contenidas en el artículo 3 del Convenio. El Tribunal debe interpretar el Convenio de manera no restrictiva y dinámica, pues es un instrumento vivo, pero también debe velar por que la interpretación de los derechos cuadre con los objetivos fundamentales perseguidos por el Convenio, así como preservar la coherencia del sistema de protección de los derechos humanos. De manera que el artículo 3 debe ser interpretado en armonía con el artículo 2, como reflejo de los valores fundamentales respetados por las sociedades democráticas. El artículo 2 del Convenio consagra la prohibición del recurso a la fuerza, o de cualquier otro comportamiento susceptible de provocar la muerte de un ser humano, pero no confiere al individuo un derecho a exigir del Estado que permita, o facilite, su muerte.

Según el Tribunal, el cumplimiento de la pretendida obligación positiva invocada por la demandante no implicaría la supresión, o atenuación, de su sufrimiento. Mientras que exigir al Estado que acoja la demanda es obligarlo a sostener actos cuyo fin consiste en acabar con la vida, por lo que tal obligación no puede ser deducida del artículo 3 del Convenio. El Tribunal concluye que no ha existido violación del artículo 3, pues no puede obligarse al Estado a dejar de perseguir al marido de la demandante, en caso de que le ayude a morir, tampoco a establecer una legislación que reconozca el derecho al suicidio asistido.

La demandante añade en sus alegaciones que el derecho a la autonomía aparece explícitamente reconocido y garantizado en el artículo 8 del Convenio. El derecho a la vida privada incluiría el derecho a disponer del propio cuerpo y a decidir lo que deba hacerse con él, lo que implica el derecho a elegir cuándo y

cómo morir, pues nada está más íntimamente ligado a la manera como una persona lleva su vida que el modo y momento de su muerte. La demandante considera que serían necesarias razones especialmente sólidas para justificar una injerencia en este aspecto tan íntimo de la vida privada (§§ 54-59).

Por su parte, el Gobierno sostiene que el artículo 8 del Convenio no es aplicable a este caso, pues el derecho a la vida privada no comprende un derecho a morir. El derecho a la vida privada se refiere a la manera como un individuo decide vivir, pero no a la manera como decide quitarse la vida. Añade que aún en el caso de que el artículo fuera aplicable, la injerencia en el derecho estaría perfectamente justificada, pues el Estado puede, dentro de los límites del margen de apreciación que debe serle reconocido, prohibir el suicidio asistido.

El Tribunal entiende, sobre la aplicabilidad del artículo 8, que la noción de vida privada es amplia y no susceptible de una definición exhaustiva, por lo que puede englobar aspectos de la identidad física y social de un individuo, como puedan ser su identidad sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual, protege igualmente el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. La noción de autonomía personal refleja un principio importante que debe ser tenido en cuenta en la interpretación del artículo 8. En materia médica, la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente adulto, sin una patología psiquiátrica que justifique el tratamiento, constituiría una injerencia en su integridad física y podría constituir una vulneración de su derecho a la vida privada.

La dignidad y la libertad humanas son la esencia misma del Convenio, por lo que el Tribunal considera, sin negar el principio que otorga carácter sagrado a la vida, que el asunto de la calidad de la vida debe ser considerado desde el ángulo del artículo 8. El problema de la calidad de la vida tiene que ver con el aumento de la sofisticación médica y la esperanza de vida que lleva a muchas personas a temer que se les obligue a mantenerse con vida en una situación de grave deterioro físico o mental, en contra de la percepción que tienen de sí mismas y de su derecho a la identidad personal (§§ 60-65).

En relación con la queja de la demandante sobre la injerencia en su derecho a la vida privada, debemos examinar si dicha injerencia aparece como justificada conforme a los requisitos del apartado segundo del artículo 8 del Convenio. El Tribunal entiende que la cuestión planteada por las partes se reduce a una discrepancia sobre la necesidad de la injerencia, pues ninguna de las partes cuestiona que la prohibición del suicidio asistido estaba prevista por una ley y perseguía el fin legítimo de preservar la vida, es decir, proteger los derechos de los demás, uno de los fines legítimos contemplados. La jurisprudencia consolidada del Tribunal establece que el requisito de la necesidad de la medida implica que la injerencia corresponda a una necesidad social imperiosa y en particular que debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido. Para determinar si una injerencia es «necesaria en una sociedad democrática» debe tenerse en cuenta que a las autoridades estatales se les reconoce un margen de apreciación, aunque su decisión debe ser controlada por el Tribunal, que debe verificar su conformidad con las exigencias del Convenio. Dicho margen de apreciación varía según la naturaleza del asunto y la importancia de los intereses en juego.

Las partes centran el debate sobre la cuestión de la proporcionalidad de la injerencia. La demandante alega la naturaleza general de la prohibición del suicidio asistido que no tiene en cuenta su situación de adulta, mentalmente sana, que sabe lo que quiere sin estar sometida a presión alguna y que ha tomado su decisión de manera deliberada, con conocimiento de causa, por lo que no puede ser considerada como vulnerable ni necesitada de protección.

El Tribunal señala que si bien el Gobierno sostiene que la recurrente es una persona vulnerable no ha ofrecido prueba alguna que fundamente dicha afirmación y que la Cámara de los Lores subraya que el derecho del Reino Unido protege a las personas vulnerables al mismo tiempo que concluye que la demandante no es una persona vulnerable. El Tribunal considera, en coincidencia con la Cámara de los Lores, que los Estados tienen derecho a controlar, a través de la aplicación del derecho penal, las actividades perjudiciales para la vida y la seguridad de las personas bajo su jurisdicción. Sin embargo, el peso de la salud pública y de la seguridad pública es mayor que el

correspondiente a la autonomía personal, pues el daño que se puede sufrir es más grave en el primer caso. La disposición legal cuestionada, el artículo 2 de la ley 1961 inglesa, fue concebida para preservar la vida mediante la protección de las personas débiles y vulnerables, especialmente aquellas que no están en condiciones de decidir con conocimiento de causa, contra los actos que se proponen poner fin a la vida o ayudar a poner fin a la vida. Proteger a las personas vulnerables es la *ratio legis* de la disposición. Los Estados pueden tener en cuenta el riesgo de los abusos, que eventualmente pudieran ser cometidos, como consecuencia de una relajación de la prohibición general del suicidio asistido o la creación de excepciones a dicha prohibición general (§§ 70 y 74).

El Tribunal considera que la naturaleza general de la prohibición del suicidio asistido no es desproporcionada. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el Tribunal entiende que no es desproporcionado el rechazo del Ministerio Público a exonerar de responsabilidad penal al marido de la demandante, en caso de que ayudase a ésta a morir. Poderosos argumentos fundados en la defensa del Estado de derecho podrían oponerse a dicha pretensión que supondría sustraer a determinados individuos o categorías de individuos de la aplicación de la ley.

Por tanto, el Tribunal entiende que la injerencia está justificada, pues es «necesaria en una sociedad democrática», para la protección de los derechos de los demás, por lo que no existe violación del artículo 8 del Convenio.

La demandante se queja también, conforme al artículo 14, de que la prohibición general del suicidio asistido es discriminatoria, pues al aplicarse por igual a todos los individuos impide solo a las personas minusválidas suicidarse, pues no pueden terminar con su vida sin ayuda de un tercero. Además, la justificación ofrecida por el Gobierno para esta discriminación reside en la protección de las personas vulnerables, pero la recurrente no es una persona vulnerable, por lo que la justificación ofrecida para explicar esta diferencia de trato no sería objetiva ni razonable.

El Gobierno considera que el artículo 14 no es aplicable en este asunto. Alega que el artículo 2.1 de la ley de 1961 no es discriminatorio, pues el derecho

estatal no confiere un derecho al suicidio y la filosofía subyacente a la ley es contraria al suicidio (§§ 77-81 y 85-86).

El Tribunal recuerda su doctrina en la que ha establecido, en relación con el artículo 14, que una diferencia de trato entre personas situadas en situaciones análogas es discriminatoria si no reposa sobre una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Por otra parte, los Estados disfrutan de cierto margen de apreciación para determinar en qué medida las diferencias entre supuestos análogos justifican un tratamiento diferente. Para el Tribunal existen buenas razones para no introducir una diferencia de trato entre personas que pueden suicidarse y aquellas otras que requieren de ayuda, basadas en la necesidad de protección de las personas vulnerables, por lo que carece de sentido plantear la vulneración del artículo 14 del Convenio en este caso (§§ 88-90).

IV.3.2. El reconocimiento explícito de un derecho a disponer de la propia vida: *Hass c. Suiza*

Hemos visto, en el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002), que el TEDH reconoce la posibilidad de una deducción del derecho a disponer de la propia vida desde el artículo 8, aunque no reconozca dicho derecho de manera explícita. Al mismo tiempo, el Tribunal niega la posibilidad de una deducción del derecho a disponer de la propia vida desde el derecho a la vida y desde el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, de los artículos 2 y 3 del Convenio. Pueden compartirse o no los argumentos ofrecidos por el Tribunal que llevan hasta dicha conclusión, expuestos en los apartados precedentes. Sin embargo, debemos reconocer que es una lectura del Convenio coherente y perfectamente defendible, desde los criterios evolutivo y sistemático que utiliza en la interpretación del Convenio. La doctrina mayoritaria se muestra conforme

con la idea de que el derecho a disponer de la propia vida no sea deducible desde el derecho a la vida. Sin embargo, parte de la doctrina cuestiona los argumentos del Tribunal contrarios a deducir el derecho a disponer de la propia vida desde el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, pues si el Estado obliga a vivir a quien experimenta su vida como un sufrimiento constante o la siente como indigna parece que está infligiendo un trato degradante e inhumano a dicha persona.

Veamos si el Tribunal avanza en la construcción de un derecho a disponer de la propia vida de manera coherente o más bien acaba en una figura contradictoria. Ya anuncio que la construcción que acomete el Tribunal en la sentencia que comentamos en este apartado acabará en una figura jurídica inconsistente.

En la sentencia del asunto *Hass c. Suiza*, nº 31322/07, sentencia de 20 de enero de 2011, de la Sección 1ª del TEDH, el Tribunal reconoce explícitamente el derecho a disponer de la propia vida como un aspecto del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio. Ya no se trata de un derecho hipotético, sino de un derecho que es reconocido, afirmado, por el Tribunal⁴⁴.

Tras reconocer el derecho, el Tribunal continúa con la definición del mismo, cuando afirma que, como todo derecho deducible del artículo 8 del Convenio, puede ser limitado conforme a lo establecido en el apartado segundo de dicho artículo.

Por tanto, habrá que ver en cada caso concreto, también en este supuesto planteado ante el Tribunal, si existe una ley estatal que sirva de cobertura legal a la medida que supone una injerencia en el derecho, si la medida estatal cuestionada persigue alguno de los fines establecidos en el apartado segundo

⁴⁴ Veáse WICKS 2014: 150-151, sobre el reconocimiento explícito por el TEDH del derecho a decidir de qué manera y en qué momento poner fin a la propia vida, como un aspecto del derecho a la vida privada.

del artículo 8 del Convenio, si es necesaria en una sociedad democrática y, finalmente, si es una medida proporcionada a los fines legítimos que persigue⁴⁵.

Según el TEDH, en el presente asunto la regulación estatal existe, es accesible y permite prever las consecuencias jurídicas de la propia conducta, también concurre uno de los fines legítimos recogidos en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio, la protección de los demás, que se concreta en la protección de las personas vulnerables, incluidos los propios candidatos al suicidio asistido, cuya declaración de voluntad debe ser examinada para prevenir abusos, pues debe garantizarse que se trata de una voluntad libre, no sometida a presiones, sin vicios del consentimiento. En cuanto a la proporcionalidad entre la injerencia sufrida y el fin que se persigue, el juicio de proporcionalidad arroja un resultado positivo, pues la legislación suiza, muy liberal en la regulación del suicidio asistido, ya que no penaliza la ayuda al suicidio, si su finalidad es altruista, exige una prescripción médica a la hora de facilitar una dosis letal de medicamento al candidato al suicidio, así como un examen médico exhaustivo, especialmente cuando se trate de una enfermedad mental, exigencias que se muestran como perfectamente proporcionadas y razonables cuando se trata de proteger a las personas más vulnerables, lo que justificaría la necesidad y proporcionalidad de la medida.

Hasta aquí la construcción del derecho llevada a cabo por el Tribunal se muestra como perfectamente coherente. No parece que sea contradictoria, pues la podemos entender y explicar, sin que encontremos paradojas o inconsistencias manifiestas. Asimismo, se trata de una construcción coherente con la doctrina que el Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia precedente, cuando ha reconocido derechos deducibles desde el artículo 8 del Convenio, a partir de una lectura del Convenio que sigue criterios evolutivos que tienen en cuenta los cambios sociales experimentados por la sociedad. Además, es una construcción que permite, en este caso, afirmar que no se ha producido violación del Convenio, pues la medida es proporcionada con el fin legítimo perseguido,

⁴⁵ Puede consultarse la exposición sistemática sobre el juicio de proporcionalidad que el Tribunal practica en sus sentencias en GERARDS 2019: 198-260, modelo general que sería aplicable en este caso.

pero que al mismo tiempo dejaría la puerta abierta a futuras sentencias en las que podría reconocerse la violación del derecho a la vida privada, en supuestos en los que la legislación estatal se mostrase como desproporcionada, como una injerencia no justificada.

Podríamos pensar que el Tribunal ha ido demasiado lejos en la construcción de un derecho a disponer de la propia vida, en los términos comentados. Pero también podríamos pensar que el Tribunal se ha quedado corto con dicho reconocimiento, que debería haber dado un paso más allá, que no debería haber renunciado tan pronto a deducir un derecho a disponer de la propia vida desde una interpretación sistemática y evolutiva de los artículos 3 y 8 del Convenio, conjuntamente considerados. Pero lo que no puede negarse es que la construcción del Tribunal, hasta el momento, se muestra como coherente, como un concepto jurídico perfectamente aplicable y defendible⁴⁶.

Sin embargo, el Tribunal no se conforma con lo afirmado hasta este momento y añade un nuevo elemento a su construcción que convierte finalmente este concepto jurídico en contradictorio y de aplicación problemática.

Lo anterior ocurre cuando el Tribunal añade que, en esta materia, dado que no existe un consenso entre los Estados, debe serles reconocido un amplio margen de apreciación. Recordemos que lo planteado en el asunto *Hass c. Suiza* (2011) es si el derecho a la vida privada obliga al Estado a facilitar al demandante una dosis letal de medicamento con la que poner fin a su vida. El Tribunal concluye que el Estado dispone de un amplio margen de apreciación en la materia, dada la falta de consenso entre los Estados, lo que le permite establecer una serie de requisitos, especialmente requisitos que tienen como finalidad garantizar que no se cometan abusos que puedan perjudicar a las personas vulnerables, en especial al propio candidato al suicidio asistido⁴⁷.

⁴⁶ Véase ARRUEGO 2019: 22, donde comenta la evolución de la jurisprudencia del TEDH, en la que se pasa de afirmar que no puede excluirse que el derecho al suicidio asistido sea un aspecto del derecho a la vida privada a afirmarlo de manera expresa.

⁴⁷ Véase RIETIKER 2012: 119-120, donde comenta que la solución del TEDH parece razonable, pues reconoce el derecho, pero como un derecho limitable por el Estado cuando concurre un fin legítimo, como pueda ser la protección de los más vulnerables.

La consecuencia previsible del reconocimiento de un margen de apreciación estatal tan amplio en esta materia será que el resultado del juicio de proporcionalidad que lleve a cabo el TEDH convertirá el derecho a disponer de la propia vida en un derecho teórico, pero inefectivo en la práctica. El Tribunal reconoce el derecho, pero finalmente concede un amplio margen de apreciación a los Estados lo que desvirtúa el juicio de proporcionalidad. Aunque el Tribunal afirma que su función es también la de controlar el margen de apreciación reconocido a los Estados, encontraremos, en esta materia, un control muy poco exigente⁴⁸. En efecto, en el asunto *Hass c. Suiza* (2011), el Tribunal defendió que el derecho de una persona a decidir el modo y momento de acabar con su vida, siempre que esté en disposición de formar libremente su juicio, constituye un aspecto de su derecho a la vida privada. Sin embargo, en un contexto legislativo como el suizo en el que la ayuda al suicidio se encontraba despenalizada, el Tribunal subrayó que no existe un consenso entre los Estados sobre la existencia de un derecho a disponer cuándo y cómo poner fin a la propia vida, por lo que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación que les permite otorgar mayor protección al derecho a la vida frente a la autonomía derivada del derecho a la vida privada. Asimismo, los Estados que han legalizado la ayuda al suicidio disfrutan de un amplio margen de apreciación, a la hora de determinar el alcance de sus obligaciones positivas, ya que no existe consenso estatal sobre éstas. Por tanto, el Tribunal concluyó en su sentencia que no se había producido violación de las obligaciones positivas deducibles del derecho a la vida privada, cuando el Estado se negó a suministrar sin receta médica una dosis letal de pentobarbital sódico al demandante, pues la exigencia de prescripción médica persigue un fin legítimo, el de proteger a las personas que toman su decisión de una manera precipitada, así como prevenir abusos y evitar que un paciente incapaz de discurrir por sí mismo obtenga una dosis letal, es decir, estaríamos ante una restricción del derecho a la vida privada

⁴⁸ La doctrina del margen de apreciación estatal construida por el TEDH en su jurisprudencia ha sido ampliamente estudiada por la academia, puede consultarse GARCÍA ROCA 2010: 118-144, donde se discute sobre la necesidad de esta doctrina y los límites que deben imponérsele para que no se convierta en una «carta blanca» en manos de los Estados.

perfectamente justificada, a juicio del Tribunal. De tal manera que el TEDH reconoce un derecho a disponer de la propia vida, pero sin garantías, un derecho que se muestra finalmente inefectivo, sin protección, dado el margen de apreciación tan amplio reconocido a los Estados⁴⁹.

Reconocer un derecho como inefectivo va en contra del principio consolidado en la jurisprudencia del Tribunal que afirma la necesidad de que los derechos reconocidos por el Convenio no queden en meramente teóricos, pues deben ser protegidos, ya que la función del Tribunal consiste en la garantía de los derechos contenidos en el Convenio.

De esta manera, el Tribunal, en su sentencia del caso *Hass c. Suiza*, reconoce un derecho sin garantías, un derecho no efectivo, pero un derecho sin garantías es un concepto jurídico inconsistente, quizás no desde un punto de vista teórico, pero sí desde un punto de vista práctico, al menos cuando se trata de derechos humanos⁵⁰. Pero describamos los términos concretos en los que se desarrolla la construcción del Tribunal que acaba en la paradoja comentada, mediante el comentario detallado de la sentencia del asunto *Hass c. Suiza*.

⁴⁹ Véase CAÑAMARES 2016: 342-343 y 355, donde a partir del comentario de esta sentencia, concluye que resulta difícil sostener que los Estados estén obligados a proporcionar ayuda médica a los pacientes para poner fin a su vida, incluso en el supuesto de una enfermedad terminal.

⁵⁰ Sobre el concepto de “garantía” como elemento esencial de una teoría de los derechos fundamentales que dé cuenta de su dimensión de eficacia, véase FERRAJOLI 2011-2: 76-80.

IV.3.2.1. Sobre la obligación positiva estatal de facilitar una dosis letal de pentobarbital sódico: *Hass c. Suiza*

En el asunto *Hass c. Suiza* (2011), el demandante sufre un síndrome psiquiátrico afectivo bipolar, desde hace más de veinte años, que le ha llevado a dos tentativas de suicidio y a diversos ingresos en clínicas psiquiátricas. El 1 de julio de 2004 se hizo miembro de *Dignitas*, una asociación para la ayuda al suicidio. Considerando que su enfermedad tiene un difícil tratamiento y le impide vivir de manera digna, solicitó a *Dignitas* asistencia al suicidio.

Con el fin de obtener la sustancia letal necesaria para suicidarse, quince gramos de pentobarbital sódico, para la que se requiere de receta médica en el derecho suizo, el demandante solicitó en vano dicha prescripción médica a diferentes psiquiatras (§ 7).

Asimismo, el recurrente se dirigió a diferentes autoridades a fin de obtener la sustancia que le permitiera suicidarse con dignidad, sin que hallase una respuesta satisfactoria a su solicitud. La Oficina Federal de salud rechazó la petición del recurrente. Asimismo, fue rechazada por la Dirección de Salud del cantón de Zúrich. Mientras que el Departamento Federal de interior declaró inadmisibles los recursos administrativos planteados.

El demandante recurrió ante el Tribunal Federal suizo las decisiones del Departamento Federal de interior y del Tribunal administrativo del cantón de Zúrich. El recurrente invocó el artículo 8 del Convenio, alegando que garantiza el derecho a decidir sobre la propia vida y que una injerencia del Estado en este derecho no es admisible más que bajo las condiciones del apartado segundo del artículo 8. El requisito de presentar una prescripción médica para obtener la sustancia necesaria para suicidarse unido a las amenazas a los médicos en caso de recetar dicha sustancia a los enfermos psiquiátricos constituye una injerencia en su derecho a la vida privada, que dispone de una cobertura legal y persigue

un fin legítimo, pero que no es proporcionada al fin perseguido, de tal manera que el demandante cuestiona la proporcionalidad de la medida (§ 13).

La sentencia del Tribunal Federal rechazó el recurso, en relación con la alegación de violación del artículo 8, con fundamento en los argumentos que se recogen a continuación.

El Tribunal Federal entiende que el derecho a decidir sobre la propia vida no se plantea como tal en este asunto, pues se trata del derecho a la asistencia al suicidio por parte del Estado o de un tercero. Pero tal derecho no puede deducirse del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio, pues el individuo que desea morir no es titular de un derecho a la asistencia en el suicidio, sea mediante la disposición de los medios necesarios o mediante una ayuda activa, ya que la obligación fundamental del Estado es proteger la vida, si bien es cierto que no debe imponerse en contra de la voluntad expresa de una persona capaz de discernimiento, a juicio del Tribunal Federal. Lo que no existe es una obligación positiva para el Estado de suministrar sustancias peligrosas o herramientas necesarias que faciliten el suicidio (§ 6.2.1 de la sentencia del Tribunal Federal).

El Tribunal Federal continúa recordando el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002). Afirma que dicho caso no es comparable con el presente, pues el demandante puede suicidarse por sí mismo y el derecho suizo reconoce la impunidad de la persona que pueda asistirle en el suicidio sin móvil egoísta, circunstancia que no se daba en el asunto *Pretty c. Reino Unido*⁵¹. El problema controvertido en este caso consiste en saber si, con fundamento en el derecho a la vida privada, el Estado debe actuar de manera que el demandante pueda hacer efectivo un pretendido derecho a morir sin dolor y sin riesgo de error. Es decir, si tiene derecho a obtener una dosis de pentobarbital sódico suficiente para acabar con su vida, sin necesidad de una receta médica que viene exigida por la legislación suiza. La respuesta dada por el Tribunal Federal es negativa,

⁵¹ Recordemos que en el derecho suizo no se castiga a quien ayude al suicidio cuando lo haga siguiendo un móvil no egoísta, asimismo que el demandante es perfectamente capaz de suicidarse por sí mismo, pues no sufre ninguna minusvalía que se lo impida.

pues es cierto que el Convenio no protege derechos meramente teóricos; sin embargo, la libertad para suicidarse, la libertad para decidir sobre la propia calidad de vida, no se ve vulnerada por el simple hecho de que el Estado solo autorice a prescribir una sustancia capaz de provocar la muerte bajo determinadas condiciones. La obligación positiva reclamada por el demandante al Estado suizo, que consiste en facilitar una dosis letal a quien la pida sin establecer condiciones, no puede ser deducida ni del artículo 10.2 de la Constitución federal suiza ni del artículo 8 del Convenio (§ 6.2.3. de la sentencia del Tribunal Federal).

Continúa señalando que la obligación de presentar una prescripción médica reposa sobre una base legal clara, accesible y previsible en derecho suizo. Dicha obligación pretende proteger la salud y seguridad de la población y en el contexto de la asistencia al suicidio impedir la comisión de infracciones penales, así como prevenir abusos. Solo un médico puede examinar la capacidad de discernimiento de un paciente y juzgar si todas las posibilidades de tratamiento han sido agotadas sin resultado. La obligación de prescripción médica, para acceder al medicamento letal, es una garantía, pues el médico exigirá la concurrencia de todos los requisitos necesarios para prescribir la dosis de pentobarbital sódico letal, de lo contrario se enfrenta a responsabilidades penales, civiles y disciplinarias. El derecho a la autonomía, incluido en el derecho a la vida privada, tiene un peso relativo en relación con la protección del derecho a la vida. La prohibición del homicidio responde a la protección de intereses generales. Aunque la asistencia médica al suicidio esté autorizada, autorización que debe ser decidida por el Estado, éste debe establecer un procedimiento de control que garantice que dicha asistencia responde efectivamente a una voluntad libre y meditada, por lo que la obligación de prescripción médica es proporcionada y necesaria al fin perseguido (§ 6.3.2. de la sentencia del Tribunal Federal).

El Tribunal Federal se refiere a las directrices de la Academia suiza de ciencias médicas, de 25 de noviembre de 2004, relativas a la atención a pacientes terminales, directrices que reconocen que en casos límite el médico puede verse enfrentado a un conflicto de difícil resolución, pues la asistencia al

suicidio no estaría considerada como parte de la actividad médica, porque iría en contra de los fines de la medicina, si bien es cierto que el respeto de la voluntad del paciente es igualmente fundamental en la relación entre médico y paciente. De donde se sigue que si el médico no ejerce su derecho a la objeción de conciencia y opta por ayudar al suicidio, debe garantizar los siguientes requisitos: 1) que la enfermedad del paciente verosímilmente lleva a la muerte en un plazo próximo, 2) que otras posibilidades, como puedan ser los cuidados paliativos, han sido planteadas al paciente y en su caso aplicadas, 3) que el paciente posee discernimiento y su deseo parece bien meditado, sin que haya recibido presiones exteriores y que es un deseo permanente. Todo ello debe ser verificado por una tercera persona independiente que no tiene que ser necesariamente un médico. El acto último, cuya consecuencia es la muerte, debe ser cometido por el propio paciente. Si cumple con estos requisitos, un médico tiene derecho a prescribir una dosis letal de pentobarbital sódico como ayuda al suicidio (§ 6.3.4. de la sentencia del Tribunal Federal).

El Tribunal Federal añade que el problema de la prescripción de pentobarbital sódico en el caso de una enfermedad mental es especialmente delicado. Es necesario distinguir entre el deseo de morir como síntoma de una enfermedad psiquiátrica que debe ser tratado médicamente y la voluntad de morir fundada sobre una decisión meditada y permanente de una persona con capacidad de discernimiento, que debe ser respetada (§ 6.3.5. y 6.3.5.1. de la sentencia del Tribunal Federal).

Por tanto, el Tribunal Federal concluye que ni el artículo 8 del Convenio ni el artículo 10.2 de la Constitución federal suiza establecen una obligación para el Estado de librar, sin prescripción médica, una dosis letal de pentobarbital sódico a organizaciones de ayuda al suicidio ni a personas que quieran suicidarse. Dicho requisito se funda en la protección de la seguridad y la salud públicas, y es una medida proporcionada y necesaria en una sociedad democrática. De la ponderación entre la protección de la vida, que exige comprobar que la decisión del individuo es fruto de una voluntad libre y meditada, y el derecho a la autonomía del individuo, resulta que está permitido al Estado establecer condiciones, como la necesidad de prescripción médica para la

obtención de pentobarbital sódico en una dosis letal (§ 6.3.6. sentencia del Tribunal Federal).

El TEDH recoge en su sentencia que el demandante se queja de los requisitos exigidos para la obtención de una dosis letal de pentobarbital sódico, que consisten en una prescripción médica basada en un dictamen psiquiátrico exhaustivo. El demandante alega que en su situación el acceso a los medicamentos necesarios para el suicidio debería estar garantizado por el Estado.

El demandante plantea que el artículo 8 del Convenio ha sido violado en su caso y que no comparte el punto de vista del Gobierno, cuando afirma que el demandante dispondría de otros medios para poner fin a su vida, pues el pentobarbital sódico es el único método de suicidio digno, seguro, rápido e indoloro. Por otra parte, el hecho de que ninguno de los 170 médicos, a los que ha acudido, haya accedido a asistirle en el suicidio muestra la imposibilidad de cumplir los requisitos exigidos por el Tribunal Federal lo que incumpliría el principio de efectividad, consolidado en la doctrina jurisprudencial del TEDH. Añade el demandante que la injerencia en su derecho a la vida privada no estaría justificada ni por la protección de la propia vida ni por la defensa de la salud o seguridad públicas (§§ 32-33 y 37).

El Gobierno alega que el presente asunto es diferente al planteado en *Pretty c. Reino Unido* (2002), pues la enfermedad del demandante no le impide suicidarse por sus propios medios. Añade que el derecho a la autonomía, incluido en el artículo 8, no comprende el derecho a la asistencia al suicidio. Pero incluso en el caso de que se entendiera que se ha producido una injerencia en el derecho a la vida privada estaría justificada, pues se cumpliría con lo exigido en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio. En efecto, la medida reposa sobre una base legal suficiente, no cuestionada por el demandante. Responde a la protección de la salud y seguridad públicas, así como a la prevención de las infracciones legales. En cuanto a la necesidad en una sociedad democrática, la reglamentación y práctica en Suiza es más permisiva que en la mayor parte de Estados miembros, pues la asistencia al suicidio no está penada con carácter general, sino solo en determinados supuestos. Añade que la asistencia al

suicidio de los enfermos mentales debe tener en cuenta que en psiquiatría la voluntad de suicidarse es un síntoma de la enfermedad mental, que debe ser tratado médicamente. Es decir, hay que diferenciar entre la voluntad de morir como síntoma de una enfermedad mental y la voluntad de morir como decisión autónoma, meditada y prolongada en el tiempo, para cuya acreditación se requiere de un examen serio, de un dictamen médico completo.

El TEDH considera que ya ha tenido ocasión de observar que la noción de vida privada es amplia, no susceptible de una definición exhaustiva, pues incluye la integridad física y moral, pero también aspectos de la identidad física y social de un individuo (*Mikulic c. Croacia*, nº 53176/99, sentencia de 7 de febrero de 2002 de la Sección 1ª de la Sala del TEDH, § 53). En el asunto *Pretty c. Reino Unido*, el Tribunal estimó que la elección de la demandante de poner fin a su vida, considerada por la misma como indigna y penosa, podía ser entendida como un aspecto del derecho a la vida privada. El Tribunal entiende que el derecho a decidir de qué manera y en qué momento poner fin a la propia vida cae bajo el artículo 8, cuando dicha decisión responde a una voluntad libre.

La queja planteada en este caso difiere de la que fue planteada en el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002), pues aquí se trata del derecho a obtener una sustancia letal, una dosis de quince gramos de pentobarbital sódico, sin prescripción médica, para suicidarse sin dolor y con seguridad. El demandante no puede ser considerado como un enfermo terminal ni padece ninguna enfermedad degenerativa incurable que le impida suicidarse por sí mismo (§§ 38-52).

El objeto controvertido es si el Estado tiene la obligación positiva de facilitar una dosis letal de pentobarbital sódico, sin prescripción médica, para permitir un suicidio digno, lo que exige una ponderación entre los intereses en juego, en la que el Estado disfruta de un amplio margen de apreciación, aunque el Tribunal es competente para controlar dicho margen de apreciación del Estado, es decir, controlar su conformidad con el Convenio.

El TEDH recuerda que el Convenio debe ser leído como un todo, el artículo 8 debe ser leído junto con el artículo 2, mediante una interpretación sistemática, lo que impone a los Estados la obligación de proteger a las personas

vulnerables, incluso contra sus propios actos susceptibles de poner en riesgo su vida. Es decir, el Estado debe impedir a un individuo suicidarse, si su decisión no ha sido tomada libremente y con pleno conocimiento de causa.

El TEDH añade que el Convenio debe ser interpretado conforme a las condiciones de hoy en día, mediante una interpretación evolutiva. Sin embargo, hoy estamos lejos de un consenso entre los Estados miembros, en cuanto al reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida, pues la mayoría de los Estados dan mayor peso a la protección de la vida del individuo que a su derecho a ponerle fin, por lo que el margen de apreciación reconocido a los Estados en esta materia es muy amplio.

El TEDH entiende que el demandante quiera suicidarse de manera digna y segura, pero el requisito de la prescripción médica aparece como justificado, pues obedece a un fin legítimo, como es proteger a toda persona frente a una decisión precipitada, así como prevenir los abusos y especialmente evitar que un paciente privado de discernimiento obtenga una dosis letal de pentobarbital sódico. Dicha regulación es más necesaria todavía en Suiza, donde se ha optado por una regulación del suicidio asistido muy liberal, que permite el acceso a él, de manera relativamente sencilla. En dicho contexto las medidas de prevención de los abusos se imponen; especialmente, para evitar la comisión de ilícitos por parte de las organizaciones que facilitan la asistencia al suicidio. La exigencia de una prescripción médica y de un dictamen médico exhaustivo parece una medida proporcionada, que pretende evitar abusos. Incluso en el caso de que existiera una obligación positiva de adoptar medidas que permitan facilitar la comisión de un suicidio digno, no ha quedado acreditado que las autoridades suizas hayan desconocido dicha obligación, pues las cartas enviadas por el demandante a los médicos, a fin de que emitieran un dictamen exhaustivo que permitiera la asistencia al suicidio no parecen redactadas en términos favorables a su consideración, sino todo lo contrario, pues parece que el demandante se negaba a seguir cualquier tipo de terapia previa a la ayuda al suicidio asistido, negativa del recurrente que explicaría la imposibilidad de encontrar un médico especialista que se prestase a asistirle. Por tanto, no ha existido violación del derecho a la vida privada en este caso (§§ 54-61).

IV.3.3. El paradigma procedimental y el derecho disponer de la propia vida: *Gross c. Suiza*

Recordemos que no devino firme la sentencia de 14 de mayo de 2013, dictada por la Sección 2ª de la Sala del TEDH, en el asunto *Gross c. Suiza*, pues fue reenviada por el Gobierno suizo ante la Gran Sala del Tribunal que dictó una sentencia definitiva y contradictoria con la dictada por la Sala, en virtud del artículo 35.3 a) del Convenio, tras apreciar la concurrencia de abuso de derecho en el recurso individual, es decir, por una cuestión que no deja de ser procesal, aunque guarde relación con el fondo del asunto, como se explicará en el comentario de la sentencia de la Gran Sala, más adelante. No obstante, la sentencia dictada por la Sala nos informa con claridad del paradigma procedimental que el Tribunal ha adoptado en el tratamiento del derecho a disponer de la propia vida, por lo que se trata de una sentencia que, aunque no devino definitiva, debe ser tenida muy en cuenta y estudiada con detalle, si queremos entender la doctrina que está construyendo el Tribunal.

En el apartado anterior, hemos visto cómo el Tribunal, en la sentencia del caso *Hass c. Suiza* (2011), ha construido un derecho a disponer de la propia vida sin garantías, ineficaz, es decir, un derecho meramente teórico, lo que supone una incoherencia cuando hablamos de derechos humanos para los que debemos exigir garantías suficientes, si queremos protegerlos de manera efectiva.

Esta crítica, la falta de efectividad de un derecho que ha sido reconocido, es planteada al Tribunal por la demandante del asunto *Gross c. Suiza* (sentencia de 2013 de la Sala que no devino definitiva), cuando alega que los tribunales suizos habrían violado su derecho a decidir en qué momento y de qué manera poner fin a su vida cuando exigen, a la hora de reconocer el derecho a que un médico prescriba una dosis letal de medicamento, que concurra una enfermedad en fase terminal, pues de esta manera habrían convertido un derecho explícitamente reconocido por el TEDH, en la sentencia del caso *Hass c. Suiza* (2011), el derecho a disponer de la propia vida incluido en el derecho a la vida

privada, en un derecho meramente teórico e ilusorio, por lo que el requisito exigido en derecho suizo carecería de justificación.

En este asunto, la demandante, la Sra. Gros no está afectada por enfermedad alguna, pero desea morir, a causa del deterioro propio de su avanzada edad. La Sala del TEDH estima la violación del artículo 8 del Convenio, pues la falta de una regulación estatal clara ha causado a la demandante un sufrimiento que no se habría producido con una regulación previsible y completa. Se trata del incumplimiento estatal de una obligación positiva procedimental⁵².

Por lo que se refiere a la obligación positiva sustantiva del Estado, reclamada por la demandante, es decir, que el derecho a obtener una dosis letal de medicamento no exija que la solicitante padezca una enfermedad terminal, entraría dentro del margen de apreciación reconocido al Estado. Es más, incluso si el Estado hubiera establecido una prohibición general de la ayuda al suicidio, seguiríamos moviéndonos dentro del margen de apreciación reconocido al Estado, por lo que tal medida sería perfectamente aceptable dentro del sistema del Convenio, conforme a la jurisprudencia del TEDH. Por tanto, la doctrina del margen de apreciación, aplicada a esta materia, consigue privar de garantías y de eficacia a un derecho que ha sido afirmado, pero como inefectivo⁵³.

Como hemos visto el Tribunal utiliza la doctrina del margen de apreciación estatal, construida jurisprudencialmente, pero cuya importancia ha llevado a que finalmente sea introducida de manera explícita en el Preámbulo del Convenio, en virtud del Protocolo nº 15, que entró en vigor el 21 de abril de 2021. Sin embargo, debemos recordar que esta doctrina ha sido objeto de profundas críticas doctrinales, pues puede servir al TEDH para no entrar a revisar el fondo de los asuntos especialmente sensibles para el Estado demandado. Por otra parte, esta doctrina parece aceptar que el alcance y contenido de los derechos

⁵² Véase ADAMO 2016: 21, donde comenta la solución adoptada por el Tribunal, en la sentencia de 2013 del asunto *Gross c. Suiza*, como una muestra de apertura hacia el reconocimiento de la eutanasia.

⁵³ Sobre la doctrina del margen de apreciación construida por el Tribunal puede consultarse una buena exposición en GERARDS 2019: 106-197.

humanos depende del lugar en que se ejerciten, lo que supondría una quiebra de los principios de igualdad y seguridad jurídica, según sus críticos⁵⁴.

La respuesta del Tribunal, a la objeción anterior, consistirá en reafirmar el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados en esta materia, lo que supone reiterar el carácter inefectivo del derecho. Sin embargo, adopta al mismo tiempo un giro procedimental, en la resolución del asunto, giro con el que pretende negar que su reconocimiento del derecho sea meramente teórico, pues algún tipo de eficacia y garantía sí le reconoce, aunque solo sea una garantía procedimental, en ningún caso sustantiva⁵⁵. Esta perspectiva procedimental forma parte de un cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal. Entre las razones que justifican dicho punto de vista procedimental encontramos el principio de subsidiariedad, según el cual las autoridades estatales estarían mejor situadas para decidir sobre los asuntos morales controvertidos. Otra razón, relacionada con la anterior, sería la ausencia de un consenso entre los Estados, en torno al reconocimiento del suicidio asistido, lo que exigiría concederles un amplio margen de apreciación e impediría imponerles obligaciones positivas sustantivas⁵⁶.

El paradigma procedimental consiste en que el Tribunal reconoce la existencia de obligaciones positivas procedimentales exigibles a los Estados. Es decir, aquellos Estados que en el ejercicio de su margen de apreciación reconozcan, en alguna medida, el derecho a disponer de la propia vida, deben regular la cuestión de una manera lo suficientemente clara, de forma que los individuos bajo su jurisdicción puedan conocer la ley que regula la cuestión y saber a qué atenerse, es decir, conocer las previsibles consecuencias de su conducta. En este asunto, la Sala del Tribunal concluye, en su sentencia de 2013, que no devino definitiva, que el derecho suizo prevé la posibilidad de

⁵⁴ Véase CLIMENT 2018: 129-130, donde critica la doctrina del margen de apreciación, cuando es aplicada por el TEDH al derecho a disponer de la propia vida.

⁵⁵ Véase CAÑAMARES 2016: 343-344, donde se comenta la necesidad de que el Estado regule de manera precisa el acceso al suicidio asistido.

⁵⁶ Sobre el punto de vista procedimental frente al sustantivo, en el tratamiento del suicidio asistido por el TEDH puede consultarse SARTORI 2018: 38-39.

obtener una dosis letal de pentobarbital sódico mediante prescripción médica, pero que no establece una regulación clara, que defina las circunstancias en que un médico puede prescribir la dosis letal de medicamento, por lo que incumple sus obligaciones procedimentales derivadas del derecho a la vida privada, con vulneración del artículo 8 del Convenio⁵⁷.

A primera vista, podría parecer que esta obligación procedimental permite paliar, en alguna medida, la falta de garantía y eficacia del derecho a disponer de la propia vida. Sin embargo, este giro procedimental lo que hace realmente es sacar a la luz, subrayar, la falta de garantía y eficacia del derecho sustantivo que debería servir de fundamento a la obligación procedimental establecida por el Tribunal. A lo anterior cabe añadir que el giro procedimental adoptado por el Tribunal parece basarse en un argumento que nos habla de la situación de angustia e incertidumbre que sufre la demandante, ante la falta de claridad de la regulación estatal, que le impide conocer con certeza si podrá poner fin a su vida, argumento desconcertante después de que el Tribunal zanjase con rotundidad la cuestión de si una injerencia en el derecho a disponer de la propia vida podía suponer una vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano.

Encontramos un sector de la doctrina que está en desacuerdo con el paradigma procedimental seguido en esta sentencia, pues el Tribunal habría incurrido en errores de argumentación manifiestos. De una parte, los argumentos basados en la ausencia de una base legal y precisa no serían convincentes. De otra, los argumentos que justifican la existencia de obligaciones procedimentales olvidan la doctrina del TEDH que reconoce un amplio margen de apreciación estatal también en el cumplimiento de las obligaciones procedimentales.

En cuanto al primer error de argumentación, la doctrina consolidada del Tribunal establece que la calidad de la ley sobre la que se fundamenta la restricción debe ser apreciada conforme a dos criterios: en primer lugar, la regulación debe ser accesible, es decir, el ciudadano debe disponer de información suficiente sobre las normas jurídicas aplicables; en segundo lugar,

⁵⁷ Véase WICKS 2016: 634, donde afirma que el punto de vista procedimental, adoptado por el Tribunal, pretende hacer los derechos efectivos, en alguna medida.

la norma debe ser previsible, es decir, formulada con suficiente precisión como para permitir al ciudadano ordenar su conducta y prever las consecuencias de una posible infracción.

En cuanto al primer error en la argumentación, si bien las normas de la Asociación Médica Suiza no son leyes formales, sí puede entenderse que son ley, de acuerdo con la acepción material, que es la aceptada jurisprudencialmente por el Tribunal a partir de su noción autónoma de ley. El Tribunal no debería haber ignorado la regulación estatal ni la jurisprudencia estatal, pues constituyen una regulación accesible, clara y previsible.

En cuanto al segundo error, dicho sector de la doctrina entiende que el Tribunal habría restringido enormemente el margen de apreciación del Estado, al imponerle una obligación positiva procedimental en contra del margen de apreciación estatal que el Tribunal reconoce también en el cumplimiento de las obligaciones procedimentales.

La conclusión a la que llega este sector de la doctrina, contrario al derecho a disponer de la propia vida, es que el Tribunal parece seguir una política de pequeños pasos hacia el reconocimiento de un derecho al suicidio asistido plenamente efectivo⁵⁸.

Sin embargo, exigir obligaciones procedimentales a los Estados es una doctrina correcta, que supone un acertado cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal. No obstante, responder con el establecimiento de obligaciones procedimentales a las críticas que hablan de falta de garantía y de eficacia del derecho a disponer de la propia vida, que debería ser eficaz no sólo en términos procedimentales, sino también sustantivos, es insuficiente y equivale a un reconocimiento explícito de que el derecho ha quedado en meramente teórico, al menos en su aspecto sustantivo.

A lo anterior debemos añadir que afirmar un derecho como inefectivo es incumplir una de las exigencias que el Tribunal se ha impuesto a sí mismo a lo

⁵⁸ Véase ENTENZA 2014: 194-205, donde desarrolla argumentos críticos con el paradigma procedimental seguido por la Sala del TEDH en el asunto *Gross c. Suiza*, que, en parte, hemos recogido.

largo de su jurisprudencia y que formaría parte de su mejor doctrina, la que afirma los derechos humanos como efectivos, la que defiende el principio de efectividad junto a una interpretación del Convenio adaptada a los cambios que experimenta la sociedad, según un criterio de interpretación evolutivo.

De esta manera, concluimos que el Tribunal no es coherente en la definición del derecho a disponer de la propia vida. Ha construido un concepto jurídico contradictorio. Si se quiere, ha reconocido un derecho procedimental que seguidamente niega como derecho sustantivo, sin ser capaz de ofrecer una explicación razonable de dicha inconsistencia.

Lo anterior desde un punto de vista teórico parece bastante claro. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, el Tribunal podría responder que prefiere trabajar junto a los Estados y no en su contra. Es decir, que es preferible un progresivo reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida, pues su garantía y eficacia deben conquistarse paso a paso. Desde dicho punto de vista pragmático, en relación con materias que generan amplia controversia social y jurídica, quizá tenga razón el Tribunal y sea preferible aceptar una mala técnica jurídica, una jurisprudencia y doctrina incoherentes, derechos humanos sin garantías, lagunas jurídicas, siempre que sean capaces de crear un clima favorable al reconocimiento futuro de las garantías del derecho y de su eficacia no solo procedimental, sino también sustantiva⁵⁹. Dentro de dicha estrategia del Tribunal, reconocer primero un derecho sustantivo sin efectividad, pues se acepta que los Estados dispongan de un amplio margen de apreciación en la materia que les permita incluso negar dicho derecho con carácter general, para en un segundo momento establecer obligaciones procedimentales que obliguen a aquellos Estados que reconocen el derecho sustantivo, podría ser una forma quizás poco elegante, pero sí astuta a la hora de conseguir el reconocimiento del

⁵⁹ Con la sentencia del asunto *Gross c. Suiza* (la sentencia de la Sala que no devino definitiva de fecha 14 de mayo del 2013) puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal un movimiento hacia la aceptación de un derecho a disponer de la propia vida, pues la Sala concluye que si el derecho estatal reconoce dicho derecho debe hacerlo efectivo. Véase BROWN 2014: 2.

derecho en un futuro, un derecho a disponer de la propia vida que finalmente pueda ser afirmado como real y efectivo, un derecho con garantías⁶⁰.

Que la estrategia del TEDH señalada suponga un acierto es algo que veremos en los próximos años, pero su inconsistencia teórica parece evidente. Pero comentemos la sentencia a la que nos hemos referido para comprobar los pasos concretos que recorre el Tribunal en la construcción de su doctrina procedimental.

IV.3.3.1. La obligación de establecer una legislación clara y coherente sobre el derecho al suicidio asistido: *Gross c. Suiza* (2013)

En el asunto *Gross c. Suiza*, nº 67810/10, sentencia de 14 de mayo de 2013, de la Sección 2ª del TEDH, la demandante es la Sra. Gros, una ciudadana suiza que alega ante el Tribunal la violación de su derecho a decidir de qué manera y en qué momento poner fin a su vida.

En 2005, tras una tentativa de suicidio fracasada, la demandante fue hospitalizada durante seis meses en un hospital psiquiátrico. Sin embargo, dicho tratamiento no modificó en nada su deseo de morir. Decidió poner fin a su vida para lo que necesitaba una dosis letal de pentobarbital sódico. Contactó con una asociación de ayuda al suicidio, *Exit*, que le respondió que sería muy difícil encontrar un médico que le recetase una dosis mortal de medicamento (§§ 6-8).

Un psiquiatra examinó a la demandante en repetidas ocasiones y dictaminó que era capaz de formarse un juicio propio, asimismo que su deseo

⁶⁰ Véase ÁLVAREZ 2015 :236-238, donde defiende que afirmar un derecho que puede ser limitado por los Estados, supone reconocer un amplio margen de apreciación en la materia, pero al mismo tiempo un reconocimiento indirecto del derecho, pues su limitación tendrá que ser justificada por el Estado.

de morir era razonado, resultado de una meditación prolongada, y que no correspondía a una enfermedad psiquiátrica, por lo que no existía ninguna objeción a la prescripción de la droga que, sin embargo, no prescribiría él mismo, pues consideró necesario separar la función de perito de la de médico. La demandante solicitó a tres médicos generalistas que le fuera prescrita la dosis letal de pentobarbital sódico sin éxito, por lo que presentó una solicitud a la Comisión de salud del cantón de Zúrich para que le facilitase los quince gramos de pentobarbital sódico. Dicha Comisión de salud rechazó la solicitud bajo el argumento de que ni el artículo 8 del Convenio ni la Constitución suiza obligan al Estado a ayudar a una persona que desea poner fin a su vida.

La demandante interpuso un recurso ante el Tribunal Administrativo del cantón de Zúrich cuya respuesta fue que el código penal suizo, en su artículo 115 solo castiga la ayuda al suicidio en el caso de estar motivada por un móvil egoísta. Por tanto, el médico que facilita medios para el suicidio a un paciente que sufre de una enfermedad en fase terminal no incurre en responsabilidad penal, pues su finalidad es altruista. Para el Tribunal Administrativo, la necesidad de prescripción médica permite prevenir decisiones prematuras y garantizar la justificación médica de la medida, así como acreditar que la decisión del paciente se basa en una decisión libre y meditada. El Tribunal Administrativo observó que en este caso el dictamen psiquiátrico declaró que no existe objeción alguna desde un punto de vista psiquiátrico, pero no acreditó que la paciente sufriera enfermedad alguna en fase terminal, tampoco examinó si el deseo de morir de la demandante respondía a una enfermedad susceptible de ser tratada médicamente. Según el Tribunal Administrativo, el deseo de morir no basta sin más para justificar una prescripción médica de una dosis letal de medicamento. Por tanto, concluyó que no se cumplían las condiciones para que fuera concedida una prescripción médica como la solicitada (§§ 10-15).

La demandante apeló ante el Tribunal Federal suizo a fin de que estableciera que prescribir la dosis letal solicitada por una persona capaz de formar su juicio y que no sufre enfermedad física o psíquica alguna no supone una violación de las obligaciones profesionales de un médico. La recurrente sostiene que el Estado tiene la obligación de facilitar los medios necesarios que

le permitan ejercer de manera real y efectiva su derecho a decidir cuándo y cómo poner término su vida.

El 12 de abril de 2010 el Tribunal Federal suizo rechazó el recurso invocando su propia jurisprudencia y la sentencia del asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002) del TEDH. Consideró en particular que no existe una obligación positiva para el Estado de garantizar el acceso a la sustancia que permite morir sin dolor y con seguridad. El Tribunal Federal añadió que el requisito de la prescripción médica persigue el fin legítimo de impedir una decisión precipitada y de prevenir los abusos, para garantizar la protección de la salud y la seguridad públicas. Constató que la demandante no cumplía los requisitos establecidos por las directrices de ética médica sobre el cuidado de pacientes en fase terminal, adoptadas por la Academia suiza de ciencias médicas, dado que no sufría ninguna enfermedad en fase terminal, pues la demandante justifica su deseo de morir simplemente en su avanzada edad y en una fragilidad cada vez más acusada.

Las directrices de la Academia suiza de ciencias médicas no tienen el rango de ley, se trata más bien de códigos de conducta. Establecen que el médico que ayuda al suicidio de una paciente debe comprobar que se reúnen los requisitos siguientes: debe tratarse de una enfermedad en fase terminal, haber sido planteados al paciente tratamientos alternativos, el paciente debe ser capaz de discernir sobre su decisión de morir, que debe haber sido meditada profundamente, además de no ser el resultado de una presión externa, asimismo debe tratarse de una voluntad persistente en el tiempo. El cumplimiento de los requisitos anteriores debe haber sido verificado por un tercero y el último acto que conduzca a la muerte debe en todo caso ser cumplido por el propio paciente (§§ 21 y 32-33).

La demandante alega que las autoridades suizas han vulnerado su derecho a decidir de qué manera y en qué momento poner fin a su vida, por lo que invoca el artículo 8 del Convenio, que habría sido violado. El hecho de que la dosis letal de pentobarbital sódico exija prescripción médica, combinado con el rechazo de los médicos a prescribirla, cuando no se trate de una enfermedad en fase terminal, habría convertido el derecho alegado en inefectivo. La

sentencia del Tribunal Federal presupone que el suicidio de la demandante requiere de una justificación médica, lo que es incompatible con la idea de que toda persona capaz de formar su propio juicio tiene derecho a decidir el momento y la modalidad de su propia muerte.

El Gobierno invoca la jurisprudencia del TEDH, establecida en *Pretty c. Reino Unido*, §§ 68, y sostiene que los Estados tienen derecho a regular las actividades perjudiciales para la vida y la seguridad de los demás, pues pertenece al Estado apreciar el riesgo y los posibles abusos en materia de asistencia al suicidio. En cuanto a saber si ha existido injerencia en los derechos contenidos en el artículo 8 del Convenio, o si existe alguna obligación positiva a cargo del Estado, el Gobierno no ve razón para apartarse de la jurisprudencia del asunto *Hass c. Suiza* (2011), pues toda injerencia en los derechos de la demandante subsumibles bajo el artículo 8 pueden justificarse en virtud del párrafo segundo de dicho artículo. En cualquier caso, el Estado habría permanecido dentro de los límites de su margen de apreciación, además la jurisprudencia del Tribunal establece que el Convenio debe ser leído como un todo y el artículo 2 obliga a las autoridades nacionales a impedir que una persona ponga fin a su vida, si la decisión no ha sido tomada libremente y con plena comprensión de lo que implica. Según el Gobierno, las estadísticas muestran que la mayoría de las tentativas de suicidio se deben a una enfermedad mental y que cuatro de cada cinco no vuelven a intentarlo (§§ 41-48).

El TEDH recuerda que ya consideró, sin negar de ninguna manera el principio del carácter sagrado de la vida protegido por el artículo 2 del Convenio, que en una época de sofisticación médica creciente y con aumento de la esperanza de vida muchas personas temen que se les obligue a vivir hasta edades muy avanzadas y en un estado de deterioro físico y mental (*Pretty c. Reino Unido*, § 65) por lo que el Tribunal declaró que prohibir el derecho al suicidio asistido, cuando la propia vida es experimentada como indigna y penosa, representa una injerencia en el derecho a la vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio, (*Pretty c. Reino Unido*, § 67). Mientras que en el asunto *Hass c. Suiza* (2011) el Tribunal precisó esta línea jurisprudencial reconociendo que el derecho de un individuo a decidir de qué manera y en qué momento desea

poner fin a su vida, a condición de que pueda formar libremente su voluntad, es uno de los aspectos del derecho a la vida privada, (*Hass c. Suiza*, § 51). A la vista de su doctrina, el Tribunal entiende que el deseo de la demandante de procurarse una dosis de pentobarbital sódico cae bajo el derecho a la vida privada, desde el que cabe deducir obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo del derecho a la vida privada exigibles a los Estados (§§ 60-62).

En el asunto *Hass c. Suiza* (2011), el Tribunal entendió que la solicitud de una dosis letal de medicamento sin prescripción médica debía ser examinada bajo el ángulo de una obligación positiva para el Estado, que se concreta en una obligación estatal de tomar las medidas necesarias para permitir un suicidio digno, (*Hass c. Suiza*, § 53). Por el contrario, el Tribunal entiende que en el asunto presente se plantea la cuestión de saber si el Estado ha establecido líneas directrices suficientes para definir en qué circunstancias los médicos están autorizados para prescribir un medicamento como el solicitado por la demandante, una dosis letal de pentobarbital sódico.

El TEDH subraya que en Suiza la asistencia al suicidio no es sancionable cuando quien coopera con el suicidio persigue un móvil altruista, en virtud del artículo 115 del Código Penal. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal, un médico puede prescribir una dosis letal de pentobarbital sódico a fin de que un paciente se suicide cuando se cumplan las condiciones establecidas en su jurisprudencia, que se remite a las directrices en materia de ética médica sobre cuidado de los pacientes en fase terminal, emitidas por organizaciones sanitarias no gubernamentales. Estas directrices solo permiten el suicidio asistido de los pacientes en fase terminal y dado que la demandante no lo es, no tendría derecho al suicidio asistido.

El TEDH señala que el Gobierno no ha presentado ningún otro elemento que incluya principios o normas que puedan servir de orientación para decidir en qué circunstancias un médico puede prescribir la dosis letal de medicamento a un paciente que no esté en fase terminal. El Tribunal entiende que esta ausencia de una regulación jurídica clara puede tener un efecto disuasorio sobre los médicos que habría sido confirmado en este caso.

El TEDH añade que la incertidumbre respecto del resultado de su solicitud debe haber causado en la demandante un grado considerable de angustia. Subraya que la demandante debe encontrarse en un estado de angustia e incertidumbre respecto de la posibilidad de poner fin a su vida, lo que no habría ocurrido si hubiera existido una regulación clara aprobada por el Estado que definiese las circunstancias en las que los médicos pueden prescribir una dosis letal de droga, para que el individuo en el ejercicio de su libre voluntad pueda poner fin a su vida. El Tribunal concluye que el derecho suizo prevé la posibilidad de obtener una dosis letal de pentobarbital sódico bajo prescripción médica, pero que no ofrece directrices suficientes que permitan determinar claramente el alcance de este derecho. Por tanto, ha existido violación del derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio.

En cuanto al contenido sustantivo del derecho a disponer de la propia vida que debería ser recogido en la legislación estatal, el Tribunal recuerda que, conforme al artículo 1 del Convenio, cada Estado debe asegurar en su ordenamiento jurídico interno el disfrute de los derechos y libertades garantizados, pues es fundamental, para el mecanismo de protección establecido por el Convenio, que los ordenamientos nacionales puedan por ellos mismos corregir las violaciones que se puedan cometer, por lo que el control del Tribunal solo se ejercerá subsidiariamente (§§ 64-68).

Por tanto, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes y especialmente el principio de subsidiariedad, el Tribunal entiende que corresponde a las autoridades internas establecer directrices completas y claras sobre si una persona, en la situación de la demandante, es decir, alguien que no sufre una enfermedad en fase terminal, tiene derecho a adquirir una dosis letal de medicamentos que le permita poner fin a su vida. Concluye que la ausencia de una regulación clara y completa supone una violación del derecho a la vida privada de la demandante, sin tomar posición respecto del contenido que debería ser incluido en dicha regulación, pues entra dentro del margen de apreciación estatal.

En esta sentencia encontramos una opinión disidente común de los jueces Raimondi, Jociene y Karakas quienes observan que, en virtud del artículo 24 a)

de la ley sobre productos terapéuticos combinada con la ley sobre estupefacientes, el pentobarbital sódico es dispensable únicamente con prescripción médica, en el ordenamiento suizo, por lo que la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo que reenvía a las directrices médicas mencionadas en esta sentencia define suficientemente y con claridad las circunstancias en las que un médico está autorizado a prescribir una dosis letal de pentobarbital sódico (§ 1 de la opinión disidente).

Los jueces disidentes entienden que el derecho al suicidio asistido estaba reconocido en Suiza. Sin embargo, la demandante no cumplía los requisitos para acceder a dicho derecho. La demandante no puede obtener la prescripción médica solicitada porque no sufre una enfermedad en fase terminal, requisito exigido para que sea prescrita por un médico la dosis letal de medicamento. Los criterios que permiten obtener una prescripción médica de la sustancia referida habrían sido aplicados correctamente e interpretados con claridad por el Tribunal Federal en su jurisprudencia.

Entienden los jueces disidentes que este caso es distinto al asunto *Hass c. Suiza* (2011), en el que el demandante deseaba poner fin a su vida porque sufría padecimientos psiquiátricos graves; pero que en ambos supuestos, en el caso *Hass c. Suiza* y en el presente, la regulación suiza exige una prescripción médica de la sustancia letal que persigue los fines legítimos de impedir que sea adoptada una decisión precipitada, así como prevenir los abusos y sobre todo garantizar que vea rechazada la petición de una dosis letal de pentobarbital sódico a todo paciente incapaz de comprender las consecuencias de sus actos.

Tal y como fue observado por el TEDH en el asunto *Hass c. Suiza*, señala la opinión disidente, una regulación protectora es aún más necesaria en un país como Suiza que permite el suicidio asistido.

Asimismo, recuerda que las investigaciones de derecho comparado muestran que la mayoría de Estados parte no autoriza ningún tipo de suicidio asistido, solo cuatro Estados autorizan a los médicos prescribir una sustancia letal que permita al paciente poner fin a su vida. No existe un consenso en esta materia, por lo que debe concederse a los Estados un amplio margen de apreciación en su regulación.

Respecto del argumento de la demandante por el que la regulación suiza haría ineficaz su derecho a decidir de qué manera y en qué momento poner término a su vida, responden los jueces disidentes que como todo otro aspecto del derecho a la vida privada puede ser limitado cuando aparezca como justificado desde el interés general.

En consideración a todo lo que precede, el Estado se habría mantenido en todo momento dentro del margen de apreciación que debe serle reconocido por lo que no había existido violación del derecho a la vida privada, según la opinión disidente a la sentencia del Tribunal (§§ 5-9 de la opinión disidente).

IV.3.4. La reconstrucción de la voluntad del paciente junto al interés superior del paciente en los tratamientos de soporte vital: *Glass c. Reino Unido, Lambert c. Francia y Gard c. Reino Unido*

Hemos visto, en los apartados precedentes, que la doctrina construida por el TEDH, a la hora de definir el derecho a disponer de la propia vida, es incoherente y solo puede ser aceptada como provisional, pues no resuelve el problema satisfactoriamente. También hemos visto que el paradigma procedimental que adopta el Tribunal solo puede ser defendido como una opción estratégica que pretende trabajar a favor del reconocimiento y de la eficacia del derecho a disponer de la propia vida desde una postura de colaboración con los Estados que pretende influir en aquellos Estados reacios al reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida.

Un escenario muy diferente encontramos en la jurisprudencia del TEDH relativa a la retirada de los tratamientos de soporte vital cuando el paciente no es capaz de emitir una declaración de voluntad. El problema que se plantea en estos casos es determinar si el tratamiento médico es una obstinación

terapéutica o, por el contrario, un tratamiento que debe ser mantenido. Para resolver estos supuestos, el Tribunal ha construido una doctrina coherente y que permite reconocer un derecho a que sean respetados tanto la voluntad como el interés del paciente, a la hora de retirar o mantener un tratamiento de soporte vital. Se trata de una doctrina que aparece perfectamente perfilada en la sentencia dictada en el asunto *Lambert y otros c. Francia*, nº 46043/14, sentencia de 5 de junio de 2015, de la Gran Sala del TEDH y que ha permitido al Tribunal resolver otros asuntos que le han sido planteados con posterioridad, mediante una decisión sumaria, pues ya no se precisará de un examen de todos los elementos fácticos y jurídicos involucrados. Es lo que ha ocurrido con la decisión de 2017 relativa al asunto *Gard y otros c. Reino Unido*, nº 39793/17, decisión de 27 de junio de 2017, de la Sección 1ª del TEDH, en la que el Tribunal inadmite la demanda por aparecer como manifiestamente mal fundada, como veremos con detalle cuando sea comentada.

IV.3.4.1. Una doctrina del TEDH sobre la retirada de los tratamientos de soporte vital

La doctrina sobre la retirada y el mantenimiento de los tratamientos de soporte vital es construida por el Tribunal en el asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), a partir de la resolución de un problema bioético difícil. Se trata de un paciente en estado vegetativo, el Sr. Lambert, que respira por sí mismo y es capaz de digerir alimentos, pero al que hay que alimentar e hidratar por vía enteral, pues no es capaz de deglutir por sí solo. Los daños cerebrales que padece son muy graves e irreversibles, de manera que ha perdido la conciencia con carácter permanente. La pregunta que se plantea el equipo médico que cuida del Sr. Lambert es si debe retirar la alimentación e hidratación artificiales o más bien mantenerla. La familia está dividida, la esposa de Lambert y parte de sus hermanos son favorables a la retirada de la alimentación e hidratación porque entienden que ésta habría sido la voluntad de Lambert, pues su manera

de pensar, de vivir, así como los comentarios favorables a no ser mantenido artificialmente con vida en caso de caer en un estado de gran dependencia, que compartió con su esposa en el pasado, apoyarían dicha conclusión. Por el contrario, los padres de Lambert y parte de sus hermanos son favorables a mantener la alimentación e hidratación, pues entienden que Lambert está vivo y que las supuestas declaraciones de Lambert contrarias a ser mantenido con vida no pueden ser aceptadas como una declaración de voluntad, dado su carácter informal y alejado en el tiempo, ya que no pueden ser considerados como un consentimiento informado, por lo que no permiten justificar la retirada de la alimentación e hidratación.

A primera vista, el asunto se presenta como irresoluble, desde la doctrina del consentimiento informado, pues el paciente no puede emitir una declaración de voluntad y sus deseos previamente expresados lo fueron de manera informal, ya que Lambert no otorgó voluntades anticipadas, a lo que se añade que la familia está dividida, por lo que parece problemático sustituir la voluntad del paciente por la de la familia.

Sin embargo, el TEDH resuelve el problema mediante un argumento cuyo esquema puede ser descrito de la manera siguiente.

En primer lugar, reconoce la existencia de un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la importancia de exigir el consentimiento informado del paciente, a la hora de aplicar, mantener o retirar un tratamiento médico, incluidos los tratamientos de soporte vital. Es cierto que el margen de apreciación de los Estados sigue siendo muy amplio, en esta materia, como repite reiteradamente el Tribunal en su jurisprudencia, también en este asunto, por lo que pueden regularla en un sentido u otro, pero al menos existe un elemento sobre el que los Estados estarían de acuerdo, la importancia decisiva del consentimiento del paciente cuando se plantea el problema de si se debe aplicar, mantener o retirar un tratamiento médico, incluidos los tratamientos de soporte vital.

En segundo lugar, el Tribunal se sirve de la regulación del consentimiento informado contenida en el Convenio de Oviedo y la hace suya, de esta manera acaba aplicando el artículo 9 del Convenio de Oviedo cuando afirma la necesidad

de tomar en cuenta los deseos precedentemente expresados por un paciente que no es capaz de emitir una declaración de voluntad, aunque dichos deseos hayan sido expresados de manera informal. También aplica el párrafo segundo del artículo 6.3 del Convenio de Oviedo, que exige que el paciente sea tomado en cuenta, en la medida de lo posible, en el procedimiento que conduce hasta la adopción de una decisión que le afecte.

El TEDH ha utilizado en esta ocasión el Convenio de Oviedo como soporte interpretativo. Existen dos concepciones en cuanto al uso que el Tribunal puede hacer del Convenio de Oviedo en su jurisprudencia. Por una parte, un punto de vista integrador que entiende que el Convenio y el Convenio de Oviedo son instrumentos complementarios, teniendo en cuenta además que el artículo 29 del Convenio de Oviedo otorga al Tribunal la competencia para emitir informes sobre la interpretación del Convenio de Oviedo. Por otra parte, un punto de vista segregador que afirma la diferencia entre ambos instrumentos y critica la posibilidad de que el Tribunal aplique o tenga en cuenta el Convenio de Oviedo en su jurisprudencia, pues carece de competencia para ello. En la práctica, el Tribunal ha optado por hacer una interpretación de los derechos incluidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos coherente con el Convenio de Oviedo, cuando le han sido planteados asuntos de contenido bioético. Sin embargo, no debemos olvidar que ambos convenios son diferentes en cuanto a su aplicación y obligatoriedad⁶¹.

A lo anterior debemos añadir que el TEDH completa su doctrina sobre el consentimiento informado en esta materia a partir de los criterios detallados en la *Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida* (la “Guía”). Se trata de una Guía elaborada por el Comité de Bioética del Consejo de Europa, con la intención de facilitar la aplicación de los principios consagrados en el Convenio de Oviedo, que fue

⁶¹ Puede consultarse SEATZU 2015: 6-16, donde analiza la aplicación que el TEDH ha hecho del Convenio de Oviedo y concluye que lo ha aplicado en diversas ocasiones de manera más o menos explícita, según los casos, aunque observa una tendencia a no citarlo, aunque en la práctica lo tenga en cuenta.

aprobada por el Comité de Bioética, en su cuarta sesión plenaria celebrada entre los días 26 y 28 del mes de noviembre del 2013.

En la Guía se establece un marco para el proceso de adopción de decisiones basado en los principios de autonomía, beneficencia, no-maleficencia y equidad, es decir, los principios clásicos de la bioética. A lo anterior, añade una descripción de las partes que intervienen y del proceso deliberativo que debe seguirse a la hora de tomar una decisión sobre la aplicación, retirada o mantenimiento de un tratamiento de soporte vital. Estos principios, así como el proceso deliberativo, serán incorporados por el TEDH en su doctrina.

Recordemos que el principio del consentimiento informado se afirma tras la II Guerra Mundial, en el contexto de la celebración del juicio de Núremberg contra los médicos nazis, acusados de crímenes contra la humanidad, a causa de los experimentos médicos y científicos llevados a cabo con prisioneros de guerra, también con judíos, gitanos, eslavos, enfermos y disidentes políticos. La reacción internacional fue de repudio y condena hacia la experimentación con humanos sin su consentimiento y permitió el desarrollo del Código de Núremberg sobre ética médica. Este Código afirmó el principio del consentimiento informado que sigue siendo la base ética de la investigación con seres humanos. Tras la adopción del Código, el consentimiento informado se impuso progresivamente como un principio bioético fundamental con alcance cada vez más amplio. Fue acogido por la Asociación Médica Mundial en el Código Internacional de Ética Médica de 1949 y posteriormente incluido en la Declaración de Helsinki sobre principios éticos para la investigación médica con seres humanos de 1964, así como en la Declaración de Lisboa sobre derechos de los pacientes de 1981. No se trata de textos jurídicamente vinculantes, pero sí muy influyentes en la práctica clínica y la investigación biomédica, por lo que inspiraron las nuevas legislaciones estatales. En cuanto a las normas internacionales, el Código de Núremberg inspiró el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde se recoge que «nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

Entre los tratados de ámbito regional, referidos a esta materia, encontramos el Convenio de Oviedo, en el ámbito del Consejo de Europa, así

como sus protocolos adicionales. Conforme al artículo 5 del Convenio de Oviedo, el respeto al consentimiento informado supone que toda intervención en el ámbito de la sanidad, diagnóstico o tratamiento clínico o quirúrgico, solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya otorgado expresamente su consentimiento libre e informado. Deben cumplirse algunos requisitos adicionales para la validez del consentimiento: el paciente debe estar en plena posesión de sus facultades mentales y psíquicas, su consentimiento debe ser libre y voluntario, además de basado en información comprensible sobre el diagnóstico y pronóstico de su enfermedad, así como sobre el método, la duración, la probabilidad de éxito, tratamientos alternativos, el dolor, los riesgos y los efectos secundarios. El consentimiento puede ser retirado libremente en cualquier momento por el paciente. El artículo 8 del Convenio de Oviedo prevé que cuando en una situación de urgencia no pueda obtenerse un consentimiento informado, el médico puede actuar inmediatamente para llevar a cabo cualquier intervención indispensable y no aplazable. En tales circunstancias, el consentimiento puede presumirse, a no ser que conste una declaración previa que se oponga. Si no se prestaron voluntades anticipadas, los médicos deben intentar reconstruir la voluntad presunta del paciente. Para los pacientes con capacidad jurídica limitada el consentimiento es otorgado por un representante legal o por una autoridad o institución designada por la ley, como pueda ser un defensor judicial, como ejemplo. Pero también en estos casos debe procurarse que la persona afectada participe en la toma de la decisión, en la medida de lo posible. Esta es la regulación que se deduce del Convenio de Oviedo.

Pero la efectividad del derecho al consentimiento informado como derecho internacionalmente protegido depende de que pueda ser llevado a una instancia judicial, de que pueda ser accionado en juicio. Sin embargo, los derechos contenidos en el Convenio de Oviedo y sus protocolos no permiten abrir un proceso ante ningún tribunal internacional, pues son los Estados los encargados de hacer cumplir los derechos incluidos en el Convenio de Oviedo. Por tanto, no existe ningún tribunal internacional encargado de hacer efectivos dichos derechos, pues el TEDH solo tiene competencia para interpretar el Convenio de Oviedo, conforme a su artículo 29, no para aplicarlo. No obstante, el TEDH se ha servido en algunas de sus sentencias de los derechos

reconocidos en el Convenio de Oviedo, podríamos decir que los ha aplicado, como veremos a continuación⁶².

En la resolución del asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), el Tribunal tiene en cuenta los artículos 1, 5, 6 y 9 del Convenio de Oviedo, lo justifica afirmando que forman parte del orden público europeo, pues se trata de obligaciones exigibles a los Estados miembros del Consejo de Europa. Asimismo, toma en consideración los siguientes textos del Consejo de Europa, sin fuerza normativa, pero que considera relevantes: la Recomendación 11 (del 2009) del Consejo de Ministros sobre los principios relativos a los poderes permanentes y voluntades anticipadas y la Recomendación 1418 (del 1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales.

IV.3.4.2. La voluntad y el interés del paciente ante la retirada de los tratamientos de soporte vital

La sentencia del asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015) estima, en su § 74, que existe un consenso entre los Estados miembros sobre el papel primordial de la voluntad del paciente en la toma de decisiones médicas que le afecten, pero sin olvidar que también debe ser tenido en cuenta qué es lo mejor para el paciente.

La jurisprudencia anglosajona, cuya influencia es evidente en el TEDH, ha tratado de conjugar ambos elementos, la voluntad del paciente junto a lo que

⁶² Puede consultarse NEGRI 2014: 99-114, donde recoge los distintos instrumentos internacionales que incluyen el consentimiento informado, en particular se refiere a la regulación contenida en el Convenio de Oviedo.

más le conviene⁶³. Desde esta perspectiva, en la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 25 de junio de 1990, en el asunto *Nancy Cruzan*, fue reconocido rango constitucional al derecho de un paciente en pleno uso de razón a rehusar tratamientos sanitarios, incluida la alimentación e hidratación artificiales, aunque el resultado fuera terminar con su vida. Por el contrario, no admitió la existencia de un derecho constitucional a exigir la retirada de un tratamiento en nombre o representación de un paciente incapaz de expresar su voluntad, por lo que desestimó la demanda de los padres de Nancy Cruzan que solicitaban en nombre de su hija autorización para retirarle la hidratación artificial. Esta decisión ayudó a la extensión de las voluntades anticipadas como institución jurídica que debería servir para prevenir situaciones como la planteada. En un sentido opuesto, la sentencia de la Cámara de los Lores de 4 de febrero de 1993, en el caso de *Anthony Bland*, también en estado vegetativo permanente y que no expresó sus deseos con anterioridad, se decantó por una solución que tuvo en cuenta lo mejor para el paciente, por lo que autorizó la retirada de los tratamientos de soporte vital, solicitada por los padres de Anthony Bland⁶⁴.

Las voluntades anticipadas o instrucciones previas tienen su origen en el testamento vital que surgió en EE. UU. ante los problemas planteados por pacientes que no querían que se les prolongara artificialmente la vida cuando llegan a un estado en el que no puedan expresar su voluntad. La expresión “testamento vital” fue acuñada por Luis Kutner en 1969. En EE. UU. era tradición no solo médica, sino también jurídica, la de contar con el consentimiento del paciente antes de aplicar cualquier tratamiento médico. A principios del siglo XX, en el caso *Schloendorff c. la Administración del Hospital de Nueva York* de 1914, el juez Cardozo concluyó que el cirujano que practica una operación sin el consentimiento del paciente comete un acto de agresión por el que se le pueden

⁶³ Sobre la doctrina del “best interest test” en la jurisprudencia inglesa, que puede servir para entender la solución dada por el TEDH en el asunto *Gard y otros c. Reino Unido* (2017), véase POLIPO 2018: 131-132.

⁶⁴ Un comentario sobre la sentencia del asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), que la pone en relación con la jurisprudencia estadounidense, puede consultarse en GARCÍA GARCÍA 2016: 505-507.

reclamar daños y perjuicios, pues todo ser humano adulto y capaz tiene derecho a determinar lo que se haga con su cuerpo.

En nuestro sistema regional de protección de los derechos humanos, el artículo 6.1 del Convenio de Oviedo justifica la intervención médica sobre un paciente incapaz cuando redunde en beneficio del paciente. El punto quinto del mismo artículo añade que la autorización a un tratamiento dada por el representante de un incapaz puede ser retirada en cualquier momento, siempre que lo sea en beneficio de la persona afectada. Lo anterior muestra que el criterio fijado por el Convenio de Oviedo tiene en cuenta el interés de los pacientes incapaces. Se trata de un criterio objetivo, pero al que precede un criterio subjetivo, pues el artículo 9 del Convenio de Oviedo establece que serán tomados en consideración los deseos expresados previamente por un paciente incapaz de expresar su voluntad, sin que se exija requisito formal alguno en la expresión de dichos deseos previos, por lo que no se estaría refiriendo únicamente a las voluntades anticipadas, sino a un concepto mucho más amplio e informal. Por tanto, el Convenio de Oviedo reconoce en primer lugar un criterio subjetivo, en un sentido muy amplio e informal, y cuando éste resulta inaplicable, recurre a un criterio objetivo, el criterio que busca el beneficio del paciente, que tiene en cuenta qué es lo mejor para él. Estos criterios pueden ser aplicados a la hora de resolver aquellos casos en los que se plantea si debemos retirar o mantener un tratamiento médico a pacientes incapaces de prestar una declaración de voluntad⁶⁵.

A partir de la regulación contenida en el Convenio de Oviedo, el TEDH, en su sentencia del asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), aplica como primer criterio, que debe ser tenido en cuenta, el subjetivo consagrado en el artículo 9 del Convenio de Oviedo, por lo que el Tribunal concluye que el paciente, aunque sea incapaz de expresar su voluntad, debe permanecer como el actor principal en el proceso de adopción de las decisiones que le afecten, pues su

⁶⁵ Puede consultarse MARCOS 2008: 183-187, sobre el origen del testamento vital en la práctica jurídica estadounidense.

consentimiento debe ser el centro sobre el que gira dicho proceso⁶⁶. Para conseguir dicho objetivo, el Tribunal se sirve también de la Guía del Consejo de Europa⁶⁷, en la que se propone que sean tenidos en cuenta los deseos que hubiera podido expresar previamente el paciente a sus familiares o amigos. Es decir, en ausencia de voluntades anticipadas, el Tribunal reconstruye la presunta voluntad del paciente, a partir de distintos elementos: deseos previos expresados por el paciente, su personalidad, creencias y estilo de vida⁶⁸.

Los anteriores presupuestos teóricos sirven al TEDH para definir, en la sentencia dictada en el asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), una doctrina que podemos perfilar a partir de los siguientes tres requisitos que deben concurrir consecutivamente y cuyo incumplimiento, de cualquiera de ellos, determinaría la violación de las obligaciones positivas deducibles del derecho a la vida, reconocido en el artículo 2 del Convenio. El primer requisito exige un derecho y práctica estatales que sirvan como marco jurídico adecuado, es decir, que no exista una laguna en la regulación de la retirada de los tratamientos de soporte vital y que dicha regulación sea, al menos *prima facie*, coherente con la jurisprudencia del TEDH y con el Convenio de Oviedo, es decir, con el orden público europeo en esta materia. El segundo requisito obliga a que el marco jurídico mencionado tenga en cuenta, en primer lugar, la voluntad del paciente, pues debe ser considerado como el centro en el proceso de la adopción de la medida; pero, en caso de que no pueda expresar su voluntad, deben tenerse en cuenta, en segundo lugar, tanto la opinión médica como la de los parientes o allegados del paciente, también la de su defensor judicial cuando se trate de menores. Por último, como tercer requisito, en caso de discrepancia o conflicto entre los médicos y los parientes o allegados del paciente, debe resolverse la cuestión mediante el recurso a los tribunales que deberán decidir tomando en

⁶⁶ Véase SARTORI 2018: 40-42, donde comenta el asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), a partir de la importancia que debe ser atribuida a la autonomía del paciente.

⁶⁷ La Guía sobre el proceso en la toma de decisiones relativas a los tratamientos médicos en fase terminal, del Consejo de Europa, de mayo de 2014.

⁶⁸ Sobre la importancia de la aplicación de la Guía del Consejo de Europa, de mayo de 2014, en la resolución del asunto *Lambert y otros c. Francia*, puede consultarse GARCÍA GARCÍA 2016: 509-511.

consideración las distintas opiniones expresadas, pero sobre todo el interés superior del paciente incapaz de expresar su voluntad. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos determina la violación de las obligaciones deducibles del artículo 2 del Convenio que impone a los Estados el establecimiento de una regulación que sirva de garantía del derecho a la vida.

En la sentencia del asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), el Tribunal concluye que en el caso enjuiciado se cumplen los tres requisitos propuestos, por lo que no se habría producido violación del artículo 2 del Convenio. Dichos requisitos también deben ser tenidos en cuenta en el juicio de proporcionalidad exigido por el apartado segundo del artículo 8, cuando sea alegada la vulneración del derecho a la vida privada. En la decisión emitida en el asunto *Gard y otros c. Reino Unido*, nº 39793/17, decisión de 27 de junio de 2017, de la Sección 1ª del TEDH, el Tribunal considera igualmente que en dicho caso se cumplen los tres requisitos y que la medida es necesaria en una sociedad democrática, así como proporcionada, por lo que concluye que la demanda está manifiestamente mal fundada, tanto en relación con el artículo 2 como con el artículo 8 del Convenio. En esta decisión nos recuerda el TEDH su fallo en la sentencia del asunto *Glass c. Reino Unido* (2004), pues sería coherente con la doctrina a la que nos estamos refiriendo, ya que la vulneración del artículo 8 del Convenio, que el Tribunal estima en esta última sentencia, se basa en que el hospital no acudió a los tribunales, el tercero de los requisitos exigidos por la doctrina del TEDH, a pesar del conflicto entre el equipo médico y la madre del menor, que surgió ante la administración de diamorfina al paciente menor en contra de la opinión de la madre. Se trata de resoluciones del Tribunal que serán comentadas en los apartados siguientes.

De esta manera la doctrina construida por el TEDH, en relación con la administración de tratamientos médicos o su retirada, especialmente por lo que se refiere a los tratamientos de soporte vital, se muestra como coherente. Un escenario muy diferente del contemplado cuando fue analizada su doctrina sobre el derecho a disponer de la propia vida. Debemos examinar las causas de una diferencia tan acusada en la resolución de ambos tipos de problemas. Una primera respuesta podemos encontrarla en la existencia de un consenso entre

los Estados, sobre la importancia del consentimiento informado a la hora de administrar un tratamiento médico, incluidos los tratamientos de soporte vital. A la que debemos añadir que tanto la regulación contenida en el Convenio de Oviedo, como en la Guía del Consejo de Europa, de mayo de 2014, que sirve de orientación a la hora de aplicar las reglas contenidas en el Convenio de Oviedo, se han mostrado como suficientes y determinantes en la resolución de este problema jurídico.

A la luz de la situación descrita, sobre el derecho a mantener o retirar los cuidados de soporte vital, parece que construir una doctrina coherente sobre el derecho a disponer de la propia vida, que ha sido comentado en los apartados precedentes, exigiría como condición previa cierto consenso entre los Estados a lo que convendría añadir un protocolo adicional al Convenio de Oviedo que formulara algunas reglas básicas sobre los requisitos exigibles a la hora de reconocer dicho derecho⁶⁹. Pero si es acertado dicho diagnóstico del problema, entonces la prudente estrategia del Tribunal que reconoce obligaciones procedimentales sin que sea reconocido como eficaz el derecho sustantivo, que debería servirle de fundamento, puede ser aceptada como una manera de proceder razonable, aunque insuficiente, pues deberían elaborarse protocolos adicionales al Convenio de Oviedo o incluso al propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, si queremos que el derecho al suicidio asistido sea protegido de manera efectiva.

Pero veamos el detalle de aquellas resoluciones del TEDH en las que define una doctrina que le permite decidir bajo qué condiciones tenemos derecho a retirar los tratamientos de soporte vital y cuándo estamos obligados a mantenerlos.

⁶⁹ Cuando se redactó el Convenio de Oviedo se decidió no abordar dos problemas éticos importantes: el aborto y la eutanasia, ante las diferencias de opinión irreconciliables, entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Sobre este asunto puede consultarse BROSSET 2011: 102. Véase HENDRIKS 2018: 561-570, donde critica que el TEDH no haga un uso más explícito de los derechos reconocidos en el Convenio de Oviedo.

IV.3.4.3. La voluntad de los padres en relación con los tratamientos médicos administrados a un menor: *Glass c. Reino Unido*

En el asunto *Glass c. Reino Unido*, nº 61827/00, sentencia de 9 de marzo de 2004 de la Sección 4ª del TEDH, los demandantes son dos ciudadanos del Reino Unido, David Glass y Carol Glass, quienes alegan que ciertas decisiones adoptadas por la autoridad hospitalaria y sus médicos sobre el tratamiento médico de David suponen una vulneración de su derecho a la integridad física.

Durante el mes de julio de 1998, David Glass fue ingresado en el hospital público de St. Mary donde tras una operación de las vías respiratorias superiores sufrió complicaciones e infecciones por las que necesitó respiración artificial. Se produjo una discusión entre Carol Glass, la segunda demandante, madre de David, y los médicos que pensaban que David estaba en fase terminal, por lo que concluyeron que carecía de sentido mantener los tratamientos de soporte vital. Sin embargo, su estado mejoró y el 2 de septiembre de 1998 pudo volver a casa, aunque después hubo de ser hospitalizado en repetidas ocasiones. El 8 de septiembre de 1998, David sufre una crisis, por lo que los médicos discuten con la madre sobre la posibilidad de recurrir a la morfina para calmar a su hijo. La interesada se opuso a la administración de morfina u otros analgésicos, añadió que si el corazón de David se paraba quería que fuera reanimado incluso mediante intubación. El doctor Walker pensaba que dicha actuación no beneficiaba a David, por lo que, en caso de que empeorase su estado de salud, recomendaba como único tratamiento calmar el dolor mediante morfina y el afecto familiar. Según el Gobierno, la madre de David confirmó al doctor Hallet, el 9 de septiembre de 1998, que aceptaba la administración de morfina. El doctor Hallet recogió en el informe médico que la madre expresó que se oponía a una eutanasia, a lo que Hallet le respondió que los médicos también y le comentaron la posibilidad de administrar morfina. La señora Glass estaba conforme en que le fuera administrada a David una dosis terapéutica de morfina cuando fuera necesario calmar el dolor (§§ 1-17).

El estado de David empeoró, por lo que fue ingresado en el hospital de St. Mary el 15 de octubre de 1998. Los médicos declararon que David había entrado en fase terminal por fallo respiratorio. Los médicos estaban convencidos de que la enfermedad entraba en fase terminal, por lo que era necesario un tratamiento contra el dolor, y recomendaron la administración de diamorfina. La madre de David insistió en que su hijo no estaba en fase terminal y se mostró preocupada por la administración de diamorfina, pues se había hablado previamente de morfina. Los doctores Walker, Ashton y Hallet insistieron en sus informes que la administración de diamorfina no se proponía matar a David, sino calmar su dolor. Los médicos intentaron hacer comprender a la madre de David que la administración de diamorfina no era una eutanasia, sino un calmante. El 20 de octubre de 1998, a las 19:00 horas, David Glass recibió el tratamiento de diamorfina. Los demandantes sostienen que la dosis administrada, un miligramo de diamorfina por hora, corresponde a la posología de una persona adulta, excesiva para un niño de la edad de David. Una discusión se desencadenó en el hospital entre familiares de David y los médicos.

Una orden de no reanimación fue incluida en el informe médico de David, sin que su madre fuese consultada. Finalmente, la dosis de diamorfina fue reducida a la mitad, tras la insistencia familiar. Al día siguiente, la madre de David encontró a su hijo en un estado muy deteriorado, por lo que sospechó de la reanudación de la administración de diamorfina. La familia pidió la retirada del tratamiento. El doctor Walker declaró que ello solo sería posible si la familia aceptaba que David no fuera reanimado. La familia intentó reanimar a David y llegaron a las manos con los doctores Walker y Ashton. Finalmente, David Glass se recuperó y volvió a su hogar familiar.

La madre de David presentó una demanda judicial en la que cuestionó las decisiones de la Dirección del hospital relativas al tratamiento de su hijo. El juez Scott Baker concluyó que la decisión de la Dirección del hospital no podía ser controlada jurisdiccionalmente, pues el control jurisdiccional es un instrumento excesivamente sumario para resolver problemas relativos a la práctica médica que son delicados y se encuentran en evolución, pues no le parecía sensato restringir el poder de los médicos a la hora de aplicar un tratamiento ante una

enfermedad que evoluciona, por lo que entendió que la actuación de los mismos no fue ilegal (§§ 22-39).

En cuanto al derecho y la práctica internas, el párrafo 24 de las Recomendaciones éticas, sobre el consentimiento del paciente, establece que cuando un menor de dieciséis años es incapaz de prestar su consentimiento informado, debe hacerlo quien ostente la patria potestad, quien puede autorizar o rechazar un tratamiento, pero siempre en interés del menor. Pero los médicos, si no están conformes, pueden acudir a un tribunal que resolverá la controversia entre el médico y la familia del menor, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor. En caso de urgencia, el médico puede aplicar aquellos cuidados necesarios requeridos por la urgencia médica.

La Guía del Ministerio de Sanidad británico sobre el consentimiento informado ofrece las siguientes instrucciones. El hecho de prestar un consentimiento informado es generalmente el fruto de un proceso y no un acontecimiento aislado. Los pacientes pueden cambiar de opinión y retirar su consentimiento en todo momento. Los adolescentes de dieciséis o diecisiete años pueden prestar su consentimiento por ellos mismos. Los menores de dieciséis años también pueden consentir si comprenden la cuestión que se les plantea, aunque es preferible completar su declaración de voluntad con la de los padres. En otros supuestos, una persona con autoridad parental debe consentir en nombre del menor, a no ser que se trate de una situación de urgencia.

En cuanto a la reanimación, el artículo 1 de las recomendaciones publicadas en marzo de 1993 por la Asociación médica británica y el Colegio Real de Enfermería, con la participación del Consejo de reanimación, establece que es necesario inscribir una orden de no reanimación cuando: a) es previsible que se dé un fracaso en la reanimación, b) es contraria al deseo del paciente y c) cuando la reanimación tuviera como consecuencia una calidad de vida inaceptable para el paciente. La decisión de emitir una orden de no reanimación corresponde al médico encargado del paciente, pero debe consultar la opinión de otros miembros del equipo médico incluyendo, la del paciente y también la de su familia o allegados.

En cuanto al derecho internacional pertinente, el Convenio de Oviedo enuncia algunos principios en materia de consentimiento. En el artículo 5 incluye la regla general que exige el consentimiento libre e informado en el ámbito sanitario como requisito para intervenir médicamente. La información facilitada debe ser adecuada, debe incluir el fin y la naturaleza de la intervención, así como sus consecuencias y riesgos. El consentimiento puede ser retirado en cualquier momento. En el artículo 6.2 del Convenio de Oviedo se establece que cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para prestar su consentimiento a la intervención sanitaria, entonces no puede efectuarse sin autorización de su representante, de una autoridad o una persona o instancia designados por la ley, en defensa del menor. La opinión del menor debe ser tomada en cuenta dependiendo de su madurez. La autorización del representante del menor puede ser retirada, asimismo, en cualquier momento. En el artículo 8 del Convenio de Oviedo se regula la situación de urgencia en cuyo caso, si el consentimiento no puede ser obtenido, podrá practicarse la intervención médica indispensable en beneficio de la salud del paciente.

En cuanto a los fundamentos jurídicos de las alegaciones formuladas, los demandantes afirman que la decisión de administrar diamorfina a David Glass, contra la voluntad de su madre, y la de incluir una orden de no reanimación en el informe médico, sin que lo supiera la madre del paciente menor, suponen una vulneración del derecho a la integridad física y moral de David, así como de los derechos de la demandante incluidos en el artículo 8 del Convenio. El hecho de que la Dirección del hospital no haya solicitado la autorización de los tribunales en la aplicación de un tratamiento médico que no contaba con el consentimiento de la madre constituye una vulneración de los derechos de David.

Los demandantes sostienen que el consentimiento prestado por la demandante no puede ser considerado irrevocable, pues depende de la evolución de la enfermedad. Añaden que en caso de desacuerdo fundamental entre el representante legal de un menor gravemente disminuido y los médicos no es oportuno ni razonable dejar en manos de los médicos la ponderación entre los distintos derechos fundamentales en juego, pues se trata de una función jurisdiccional para la que los médicos no están preparados. Se habría producido,

en este caso, una violación de las obligaciones positivas que recaen sobre el Estado, en virtud del artículo 8 del Convenio.

El Gobierno pone el acento sobre la urgencia y las circunstancias excepcionales en las que el personal sanitario tuvo que adoptar sus decisiones, ante las que la necesidad de recabar el consentimiento de los padres no es absoluta, además la Dirección del hospital pensaba que contaba con el consentimiento de la madre. El Gobierno añade que en caso de divergencia insuperable entre la madre y los médicos aquella tenía la posibilidad de acudir ante los tribunales, cosa que no hizo.

Los demandantes responden que la regulación interna relativa a los menores minusválidos constituye una mezcla vaga propia del *common law*, compuesta por prácticas locales, recomendaciones éticas y diversas recomendaciones oficiales y profesionales. Añaden que no se trató de un caso de urgencia, pues el equipo médico empleó mucho tiempo en discutir si administraban diamorfina. Entienden que la Dirección del hospital debía haber planteado el conflicto ante los tribunales, pues reiteran que, ante una situación en la que integridad física, la dignidad humana y los derechos fundamentales estaban cuestionados, era esencial la intervención de un tribunal (§§ 40-61 y 69).

El TEDH señala que la segunda demandante, la madre de David, actúa como representante legal del menor, a fin de defender sus intereses incluidos en el campo de los tratamientos médicos, a lo que tiene derecho. Asimismo, que el Gobierno alega que la interesada prestó autorización a los médicos del hospital St. Mary para aplicar determinados tratamientos médicos. Aunque es claro que, ante la administración de diamorfina, la demandante expresó firmemente su oposición a dicho tratamiento, manifestada reiteradamente, que no fue tenida en cuenta. El Tribunal entiende que la decisión de aplicar un tratamiento a David Glass, sin atender la protesta de su madre, debe ser analizada como una vulneración del derecho a la vida privada de David Glass y en particular de su derecho a la integridad. El TEDH señala la insistencia del Gobierno en que los médicos actuaron para resolver una urgencia, afirmación que los demandantes cuestionan. El TEDH considera que el argumento que nos habla de un supuesto

de urgencia no niega que se haya producido la injerencia, solo plantea la necesidad de la injerencia, necesidad que debe ser examinada (§ 70).

El TEDH observa que los demandantes cuestionan la adecuación de la regulación estatal a la hora de resolver los conflictos derivados de la oposición de los padres ante un tratamiento médico destinado a un hijo menor. El Tribunal entiende que no es necesario pronunciarse sobre la tesis de los demandantes según la cual las autoridades habrían incumplido sus obligaciones positivas de respeto efectivo del derecho a la integridad física. Sin embargo, añade dos observaciones al respecto. En primer lugar, la regulación estatal consagra firmemente la obligación de preservar la vida de los pacientes, salvo en circunstancias excepcionales. En segundo lugar, esta misma regulación considera como prioritario el requisito del consentimiento paterno y, salvo en situaciones de urgencia, obliga a los médicos a solicitar la intervención de la justicia en caso de conflicto con los padres. El Tribunal añade que la regulación cuestionada es compatible con los estándares fijados en materia de consentimiento por el Convenio de Oviedo, por lo que no comparte que las numerosas fuentes de las que derivan las normas y estándares aplicables, propias de un sistema de *common law*, refuercen la imprevisibilidad de las mismas y favorezcan en su aplicación excesos, en el ejercicio del poder de apreciación que confiere a los médicos.

Los demandantes defienden que el conflicto entre los médicos y la demandante debería haber sido llevado por la Dirección del hospital ante los tribunales y que es incorrecto pensar que los médicos se encontraban ante un caso de urgencia.

El Gobierno sostiene que la urgencia de la situación obligó a administrar diamorfina, a fin de calmar el sufrimiento, y que no era posible, en tales circunstancias, solicitar a un tribunal la autorización del tratamiento médico.

A partir de lo que ha sido expuesto, el TEDH entiende que debe examinar la necesidad de la medida en una sociedad democrática, conforme al apartado segundo del artículo 8 del Convenio. En cuanto al fin perseguido por la medida, el Tribunal considera que el personal sanitario se propuso servir a los intereses de David Glass.

En cuanto a la necesidad de la injerencia, el Tribunal señala que los hechos, producidos entre el 19 y el 21 de octubre de 1998, en el hospital de St. Mary, no pueden ser considerados aisladamente de los que ocurrieron a finales de julio y primeros de septiembre, del mismo año, entre el personal del hospital y la demandante, sobre el estado de salud de David y el tratamiento que debía serle aplicado. Los médicos del hospital mostraron su preocupación ante la reticencia de la demandante frente a sus consejos, especialmente sobre la administración de morfina. El doctor Walker hizo anotaciones, el 8 de septiembre de 1998, sobre la conveniencia de acudir a la justicia frente a la oposición de la demandante, pues podría llevar a un bloqueo de la situación. No ha sido explicado ante el Tribunal el motivo por el que la Dirección del hospital no acudió a los tribunales, ya que no existía duda de que el tratamiento propuesto por los médicos sería rechazado por la demandante. Es cierto que la demandante también podría haber acudido a los tribunales, pero el Tribunal entiende que la Dirección del hospital era la que debía tomar la iniciativa para desbloquear la situación, en prevención de una crisis futura (§§ 70-79).

El TEDH observa que los hechos no parecen confirmar que la demandante hubiera consentido la administración de diamorfina, al menos existen dudas sobre la existencia de un consentimiento libre, explícito e informado. En cualquier caso, suponiendo que la segunda demandante hubiera prestado su consentimiento, está claro que lo retiró y los médicos y la Dirección del hospital deberían haber respetado dicho cambio, en lugar de continuar con las tentativas insensibles a dicha oposición.

El TEDH concluye que en este caso la decisión de la Dirección del hospital y de los médicos, de seguir adelante con el tratamiento sin la autorización de un tribunal y con la oposición de la demandante, supone una violación del artículo 8 del Convenio. A la luz de esta conclusión entiende que no es necesario examinar separadamente la inserción de una orden de no reanimación en el informe del primer demandante (§§ 82-83).

Esta sentencia incorpora una opinión separada del juez Casadevall en la que manifiesta no compartir lo manifestado por el Tribunal, en el párrafo 83 de la sentencia, donde afirma que no es necesario examinar separadamente la queja

de los demandantes relativa a la inclusión de una orden de no reanimación del menor, sin el consentimiento de la demandante que desconocía la existencia de dicha orden de no reanimación.

El juez Casadevall afirma que puede comprender que las circunstancias del enfermo pudieran obligar a administrar diamorfina, ante una situación de urgencia, a fin de calmar su sufrimiento, incluso con el desconocimiento de la madre. Sin embargo, le resulta difícilmente aceptable que los médicos hayan tomado unilateralmente la grave decisión de incluir en el informe médico la orden de no reanimación del niño, sin el consentimiento de la madre que desconocía dicha orden. Finalmente, según la opinión disidente que comentamos, los hechos habrían probado seis años después que en este caso ha pesado más el instinto maternal que la opinión médica.

IV.3.4.4. Cuidados vitales frente a obstinación terapéutica: *Lambert y otros c. Francia*

En el asunto *Lambert y otros c. Francia*, nº 46043/14, sentencia de 5 de junio de 2015, de la Gran Sala del TEDH, los demandantes alegan que la retirada de la alimentación e hidratación artificiales a Vincent Lambert es contraria a las obligaciones del Estado, incluidas en el artículo 2 del Convenio, y constituiría un maltrato del artículo 3, así como una vulneración de su derecho a la integridad física del artículo 8 del Convenio.

Los cuatro demandantes son ciudadanos franceses, los esposos Pierre Lambert y Viviane Lambert, padres de Vincent Lambert, David Philippon y Anne Tuarze, hermanos de Vincent Lambert.

Vincent Lambert sufrió un accidente de carretera, el 29 de septiembre de 2008, que le provocó un grave traumatismo craneal que lo dejó tetrapléjico y completamente dependiente. Según el dictamen médico solicitado por el Consejo de Estado francés se encuentra en estado vegetativo crónico.

Vincent Lambert es alimentado e hidratado artificialmente por vía enteral mediante una sonda gástrica. Sus cuidadores creyeron percibir en 2012 signos cada vez más evidentes de oposición a los cuidados y al aseo, por lo que el equipo médico inició, en los primeros meses de 2013, el procedimiento colegiado previsto por la ley de 22 de abril de 2005 relativa a los derechos de los enfermos en la etapa final de la vida, denominada ley *Leonetti*, en el que participó su esposa, Rachel Lambert. Este procedimiento concluyó con la decisión del doctor Kariger, médico encargado de Vincent Lambert y jefe del servicio en el que estaba hospitalizado, quien decidió suprimir la nutrición, así como reducir la hidratación de Vincent Lambert, decisión que fue puesta en práctica el 10 de abril de 2013.

El 9 de mayo de 2013, los demandantes presentaron ante el Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne una demanda en la que solicitaban que el hospital fuera obligado a reestablecer la alimentación e hidratación de Vincent Lambert. El juez accedió a la medida cautelar solicitada y requirió al hospital para que restableciera la alimentación e hidratación, pues consideró que ante la falta de voluntades anticipadas de Vincent Lambert y la ausencia de una persona de confianza designada por el mismo, el procedimiento colegiado para la toma de la decisión, sobre el mantenimiento o la retirada del tratamiento de soporte vital, debía recabar la participación de su familia, aunque ésta estuviera dividida sobre el asunto. La esposa de Vincent Lambert estaba al tanto del procedimiento colegiado, pero no así los padres que no fueron informados y se oponían a que le fuera retirada la alimentación e hidratación (§§ 3-17).

En septiembre de 2013, se inició un nuevo procedimiento colegiado. El doctor Kariger consultó con seis médicos, tres de ellos exteriores al establecimiento sanitario, elegidos respectivamente por los padres, la esposa y el equipo médico. Tomó en consideración igualmente un informe de un médico responsable de una unidad de soporte vital especializada. Además, reunió a la familia en dos consejos, celebrados el 27 de septiembre y el 16 de noviembre de 2013, en los que participaron la esposa, los padres y los ocho hermanos y hermanas de Vincent Lambert. El resultado fue que Rachel Lambert y seis de los

ocho hermanos se pronunciaron a favor de la interrupción de la alimentación e hidratación artificiales mientras que los demandantes se opusieron.

El 9 de diciembre de 2013, el doctor Kariger reunió al conjunto de los médicos, así como a la práctica totalidad del equipo de cuidadores. Tras la reunión, el doctor Kariger y cinco de los seis médicos consultados se declararon favorables a la retirada del tratamiento. Tras esta consulta, el doctor Kariger anunció, el 11 de enero de 2014, su intención de interrumpir la nutrición y la hidratación artificiales, tras la elaboración de un informe motivado de trece páginas en el que constató que Vincent Lambert sufría una lesión cerebral irreversible, que el tratamiento le parecía inútil, así como desproporcionado, sin otro efecto que el mantenimiento artificial de la vida y que quedaba acreditado que Vincent Lambert, antes del accidente, no deseaba vivir en tales circunstancias, por todo ello concluía que continuar con el tratamiento de alimentación e hidratación artificial constituía una obstinación terapéutica.

El 13 de enero de 2014, los demandantes presentaron una nueva demanda, ante el Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne, a fin de que fuera prohibido al hospital retirar la alimentación e hidratación artificiales, en la que también solicitaron que Vincent Lambert fuera trasladado a una unidad de cuidados especializados ajena al hospital demandado. El Tribunal Administrativo suspendió la ejecución de la decisión del doctor Kariger.

El Tribunal Administrativo entendió que la decisión del doctor Kariger estaba basada en la voluntad presunta de Vincent Lambert quien no había otorgado voluntades anticipadas ni designado una persona de confianza con el encargo de que no fuera mantenido con vida en un estado de gran dependencia. El Tribunal Administrativo consideró que la opinión que Vincent Lambert habría expresado, ante su esposa y alguno de sus hermanos, procedía de una persona sin minusvalía alguna en dicho momento, que no se había enfrentado a las posibles consecuencias inmediatas de su deseo y que no podía ser asimilada a la declaración formal de una voluntad expresa. El Tribunal administrativo concluyó que el doctor Kariger había apreciado de manera errónea la voluntad de Vincent Lambert y añadió que según el dictamen del hospital universitario de Liège, Vincent Lambert se encontraba en un estado de mínima percepción, pero

que era capaz de una percepción emocional que incluía la existencia de posibles reacciones a su entorno, por lo que la alimentación e hidratación artificiales no pretendían meramente mantener artificialmente la vida. El Tribunal Administrativo entendió que la ausencia de sufrimiento derivada de la alimentación e hidratación artificiales impedía calificarlo como un tratamiento inútil o desproporcionado, por lo que concluyó que la decisión del doctor Kariger había constituido una vulneración grave y manifiestamente ilegal del derecho a la vida del Vincent Lambert, ante lo que ordenó la suspensión de su ejecución, al mismo tiempo que rechazó su traslado a otra unidad de cuidados especializados.

La decisión del Tribunal Administrativo fue recurrida por Rachel Lambert, François Lambert y el centro hospitalario ante el Consejo de Estado francés que consideró necesario ordenar que fuera emitido un dictamen médico, por doctores en neurociencia de reconocido prestigio, a fin de que se pronunciasen de manera independiente y colegiada, tras el examen del paciente y entrevistado el equipo médico y el personal cuidador, mediante un informe médico sobre el estado de salud y el pronóstico de Vincent Lambert. El dictamen fue confiado a un equipo de tres médicos. Además, el Consejo de Estado estimó necesario, dada la amplitud y dificultad de las cuestiones de orden científico, ético y deontológico planteadas, invitar a la Academia nacional de medicina, el Comité consultivo nacional de ética y el Consejo nacional médico a fin de recabar observaciones escritas que permitan aclarar las nociones de obstinación terapéutica y de mantenimiento artificial de la vida, cuando el paciente se encuentra en un estado de conciencia mínima.

El dictamen médico fue presentado el 26 de mayo de 2014. Sobre el estado de Vincent Lambert y su evolución indica que corresponde a un estado vegetativo sin señales de una mínima conciencia, que presenta dificultades para deglutir los alimentos y parálisis severa en los cuatro miembros y que su estado ha empeorado desde la evaluación hecha en Liège en el 2011. Sobre el carácter irreversible de las lesiones cerebrales y el pronóstico clínico, señala que los dos elementos a tener en cuenta para valorar la reversibilidad de las lesiones cerebrales son el plazo transcurrido desde el accidente, así como la naturaleza

misma de las lesiones. En este caso, han transcurrido cinco años y medio desde el traumatismo cerebral y las pruebas de imagen muestran una pérdida neuronal definitiva, una destrucción prácticamente completa de regiones estratégicas como los dos tálamos y la parte alta del tronco cerebral, así como una afectación severa de las vías de comunicación cerebrales, por lo que concluye que las lesiones cerebrales son irreversibles. Sobre la capacidad de Vincent Lambert para comunicarse con su entorno, el informe concluye que no está en condiciones de establecer una comunicación funcional con su entorno. Sobre los signos que permitirían pensar que Vincent Lambert reacciona a los cuidados, así como sobre su interpretación, efectivamente Vincent reacciona a los cuidados o a situaciones dolorosas, pero se trataría de respuestas inconscientes (§§ 20-43).

El Consejo nacional médico precisó en su observación que por mantenimiento artificial de la vida se entiende en la legislación francesa el recurso a medios y técnicas de sustitución de funciones vitales esenciales cuando se constata una alteración profunda e irreversible de las funciones cognitivas y relacionales.

El Sr. Leonetti subraya que la ley, en la que se basa la decisión médica, se aplica a pacientes con lesiones cerebrales que sufren una enfermedad grave e incurable en un estado avanzado de su enfermedad, pero que no es obligatorio que se encuentren en una fase terminal de la enfermedad. Precisa que la noción de obstinación terapéutica se aplica a los tratamientos que no tienen otro efecto que el mantenimiento artificial de la vida, en un sentido puramente biológico, con la doble característica de que se trate de un paciente que presente lesiones cerebrales muy graves e irreversibles y que su estado no presente la posibilidad de conciencia de sí ni de comunicación con su entorno. Añade que la ley atribuye la responsabilidad de retirar el tratamiento al médico, pues pretende evitar que sea la familia la que tome la decisión a fin de que no sufran sentimientos de culpabilidad, asimismo para que quede perfectamente identificada la persona que toma la decisión.

El Consejo de Estado francés, en su decisión de 24 de junio de 2014, respondió a las alegaciones fundadas en los artículos 2 y 8 del Convenio, afirmando que el Código de salud pública establece el derecho de toda persona

a recibir los cuidados más apropiados, el derecho a que sea respetada la voluntad de rechazar cualquier tipo de tratamiento y el derecho a no sufrir un tratamiento médico que suponga una obstinación terapéutica. Las anteriores normas no permiten a un médico, en el caso de un paciente incapaz de expresar su voluntad, limitar o retirar un tratamiento, cuando suponga poner en riesgo su vida, salvo que la continuación del tratamiento consista en una obstinación terapéutica o que responda a un deseo expresado en las voluntades anticipadas del paciente, siempre tras la consulta a otro médico y al equipo de cuidadores, así como a la persona de confianza, a la familia o a un allegado. Además, dicha decisión es susceptible de recurso ante los tribunales a fin de que controlen el cumplimiento de los requisitos legales. Por las anteriores razones las disposiciones del Código de salud pública no pueden ser vistas como incompatibles con el artículo 2 y 8 del Convenio.

El Consejo de Estado, sobre la aplicación de las disposiciones pertinentes del Código de salud pública, enuncia que el simple hecho de que una persona esté en un estado irreversible de inconsciencia no basta para calificar la alimentación e hidratación artificiales como injustificadas. El médico, para apreciar que las condiciones para retirar la alimentación y la hidratación se cumplen, debe tener en cuenta requisitos médicos, debe haber transcurrido un periodo de tiempo prolongado, el caso debe ser analizado colegiadamente y ser examinado el estado del paciente, su evolución, su sufrimiento y su pronóstico. También debe conceder una importancia esencial a la voluntad del paciente, anteriormente expresada, cualquiera que sea su forma y sentido. En el caso de que dicha voluntad previa sea desconocida, entonces no puede ser presumida como favorable a la retirada del tratamiento, por lo que el médico debe tomar en cuenta la opinión de la persona de confianza, en el caso de que hubiera sido designada por el paciente, la de los miembros de la familia o de algún allegado, teniendo siempre en cuenta lo mejor para el paciente en aplicación del principio de beneficencia (§ 48).

El Consejo de Estado francés concluye que la decisión tomada por el doctor Kariger, sobre la retirada de la alimentación e hidratación artificiales, respetó las condiciones legales, pues continuar con el tratamiento suponía una

obstinación terapéutica. El Consejo de Estado se basa en las siguientes consideraciones:

- el procedimiento colegiado seguido por el doctor Kariger se ha desarrollado conforme a lo establecido en el Código de salud pública, contrariamente a lo que concluyó el Tribunal Administrativo, no se ha producido irregularidad alguna,
- según el dictamen forense, la situación clínica actual de Vincent Lambert es de un estado vegetativo,
- las pruebas cerebrales muestran lesiones graves y extensas en las regiones esenciales para el funcionamiento cognitivo, con una severa atrofia cerebral,
- el pronóstico clínico es malo,
- la respuesta de Vincent Lambert a los estímulos no parece consciente, no se han podido interpretar como un comportamiento consciente,
- el Código de salud pública permite tener en cuenta los deseos expresados por el paciente previamente, aunque no se trate de un testamento vital o de voluntades anticipadas, así puede tenerse en cuenta que Rachel Lambert manifiesta que su marido expresó en repetidas ocasiones su deseo de no ser mantenido con vida, en caso de una gran dependencia; en el mismo sentido diversos hermanos y hermanas de Vincent Lambert han manifestado que dicho deseo se corresponde con su personalidad y su historia personal.

Del conjunto de consideraciones previas se desprende que los requisitos legales para que un médico decida retirar un tratamiento se cumplen en este caso, pues mantener el tratamiento se traduciría en una obstinación terapéutica, por lo que la decisión del doctor Kariger, de retirar la alimentación e hidratación artificiales, cumple con la ley, según el Consejo de Estado francés (§ 50).

En cuanto al derecho interno debemos referirnos al Código de salud pública, que ha sido modificado en algunos de sus artículos por la ley de 22 de abril de 2005 relativa a los derechos de los enfermos y al fin de la vida, la “ley Leonetti”, que no autoriza ni la eutanasia ni el suicidio asistido, pues solo permite

interrumpir un tratamiento médico cuando continuarlo suponga una obstinación terapéutica y siempre siguiendo un procedimiento reglado.

También deben ser tenidos en cuenta los artículos 1, 5, 6 y 9 del Convenio de Oviedo, así como la *Guía sobre el proceso de decisión relativo a los tratamientos médicos en situaciones de fin de vida* (La Guía) que ha sido elaborada por el Comité de bioética del Consejo de Europa con el fin de facilitar la puesta en práctica de los principios establecidos en el Convenio de Oviedo. La Guía cita como criterios jurídicos y éticos, aplicables en el proceso que lleva a la toma de la decisión, el principio de autonomía, en el que se incluye el consentimiento libre, informado y previo del paciente, el principio de beneficencia y no maleficencia, así como el principio de justicia, en el que se incluye la equidad en el acceso a los cuidados. La Guía precisa que el médico no debe poner en práctica un tratamiento inútil o desproporcionado, a la vista de los riesgos y consecuencia que suponga, pues debe proporcionar al paciente un tratamiento proporcionado y adaptado a su situación (§§ 60-68).

En el derecho comparado no se aprecia un consenso entre los Estados miembros, en cuanto a la retirada de un tratamiento cuando éste solo tiene por objeto la prolongación artificial de la vida. Pero sí existe un consenso sobre la importancia de la voluntad del paciente en la adopción de la decisión. El principio que exige el consentimiento informado en los tratamientos médicos es un aspecto del derecho a la vida privada, que ha sido regulado por los Estados estableciendo diferentes procedimientos, a fin de asegurar su expresión y verificar su existencia previa.

Las legislaciones estatales que autorizan la retirada del tratamiento médico prevén la posibilidad de que el paciente otorgue voluntades anticipadas. En ausencia de voluntades anticipadas, la decisión pertenece al médico, a los familiares o representante legal, o al juez. Algunos Estados establecen una jerarquía entre los familiares. La retirada del tratamiento está además sujeta a otros requisitos. Según el caso, se exige que el paciente sufra una enfermedad terminal o una enfermedad grave e irreversible, asimismo que el tratamiento no beneficie al paciente, que sea inútil y que vaya precedido por una fase de

valoración lo suficientemente larga, así como de un reexamen del estado de salud del paciente.

En relación con los fundamentos de derecho, los demandantes consideran que la retirada de la alimentación e hidratación artificiales a Vincent Lambert sería contraria a las obligaciones del Estado, deducibles del artículo 2 del Convenio, asimismo entienden que la privación de alimento e hidratación sería un maltrato constitutivo de tortura en el sentido del artículo 3 y la privación de los tratamientos de kinesioterapia y reanimación de la deglución un trato degradante e inhumano, comprendido en el artículo citado, añaden que la retirada de la alimentación e hidratación artificiales constituiría una vulneración de la integridad física de Vincent Lambert, protegida por el artículo 8 del Convenio.

En cuanto a la admisibilidad de esta demanda, aunque Vincent Lambert está vivo, los demandantes plantean una violación potencial o futura de sus derechos, por lo que el TEDH entiende que los demandantes pueden invocar el artículo 2 del Convenio en nombre propio y ser consideradas como víctimas indirectas, por lo que la demanda es admisible (§§ 76, 80 y 115-116).

En cuanto al fondo del asunto, el TEDH recuerda que la primera frase del artículo 2 del Convenio impone al Estado una obligación negativa, la de abstenerse de dar muerte intencionadamente, pero también incluye una obligación positiva que consiste en adoptar las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas bajo su jurisdicción. El TEDH debe examinar ambos aspectos del artículo 2 del Convenio, tanto la obligación negativa como la positiva. Los demandantes admiten que la retirada de la alimentación e hidratación artificial puede ser legítima cuando suponga una obstinación terapéutica y admiten la diferencia entre eutanasia, suicidio asistido y obstinación terapéutica, que consiste en no retirar un tratamiento devenido irrazonable. Sin embargo, mantienen que en este caso no se reúnen las condiciones para retirar el tratamiento, por lo que se trata de dar muerte voluntariamente, es decir, de un supuesto de eutanasia. Ante lo que el Gobierno subraya que la decisión médica no consiste en acabar con la vida, sino en poner término a tratamientos que suponen una obstinación terapéutica. El TEDH

observa que la ley Leonetti no autoriza ni la eutanasia ni el suicidio asistido, pues solo permite a un médico interrumpir un tratamiento cuando constituya una obstinación terapéutica, para lo que se exige seguir un procedimiento regulado legalmente. El Código de salud pública prohíbe expresamente a los médicos provocar deliberadamente la muerte. El TEDH señala que la legislación francesa prohíbe expresamente provocar voluntariamente la muerte y solo permite, en ciertas circunstancias, retirar o no iniciar un tratamiento que mantenga artificialmente la vida, por lo que el Tribunal entiende que en este asunto no se plantea un incumplimiento de la obligación negativa del Estado incluida en el artículo 2 del Convenio, de manera que habrá que examinar un posible incumplimiento de sus obligaciones positivas deducibles de dicho artículo.

Los demandantes consideran que la ley Leonetti no es aplicable a Vincent Lambert quien según ellos no está enfermo ni en fase terminal, sino gravemente minusválido. Denuncian el carácter impreciso de la ley en dos puntos: la noción de obstinación terapéutica y la calificación de la alimentación e hidratación artificiales como tratamiento en lugar de considerarlas como un cuidado. Entienden que el procedimiento que ha llevado hasta la decisión de retirar la alimentación e hidratación artificiales es contrario a las obligaciones positivas del Estado incluidas en el artículo 2 del Convenio.

El Gobierno alega que la noción de obstinación terapéutica se basa en los principios éticos de beneficencia y no maleficencia, recogidos en la Guía del Consejo de Europa. Añade que la ley francesa prevé garantías procedimentales, como son la toma en consideración de la voluntad del paciente, de la opinión de la persona de confianza, de la familia o allegados, así como el requisito de seguir un procedimiento colegiado en el que participen la familia y los allegados. En último término, la decisión del médico puede ser sometida a control judicial (§§ 124 y 127-128).

El TEDH nos recuerda que en el sistema del Convenio el artículo 2 impone al Estado la obligación de tomar las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas bajo su jurisdicción. En el ámbito de la salud pública dichas obligaciones positivas implican la adopción por el Estado de una regulación que imponga a los hospitales, públicos y privados, la adopción de medidas para la

protección de la vida de los pacientes. Subraya que en este asunto no se plantea el problema de la eutanasia, sino de la retirada de tratamientos que mantienen artificialmente la vida. En el asunto *Hass c. Suiza* (2011) el Tribunal recordó que el Convenio debe ser leído como un todo cuando dijo que en el examen de una eventual violación del artículo 8 también debía tenerse en cuenta el artículo 2 del Convenio, mediante una interpretación sistemática. En este caso ocurre que en el examen del artículo 2 también debe ser tenido en cuenta el artículo 8, el derecho a la vida privada en el que está incluido el derecho a la autonomía personal. El Tribunal ha declarado en la sentencia dictada en el asunto *Pretty c. Reino Unido*, en el § 67 de la sentencia de 2002, que impedir a la demandante poner fin a su vida, experimentada por ella como un final indigno y penoso, podría ser considerado como una injerencia en su derecho a la vida privada. Asimismo, en el asunto *Hass c. Suiza*, en el § 51 de la sentencia de 2011, el Tribunal afirma que el derecho de un individuo a decidir cuándo y de qué manera poner fin a su vida es un aspecto del derecho a la vida privada. El Tribunal recuerda el § 65 de la sentencia del asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002) donde dice que «La dignidad y la libertad humanas son la esencia misma del Convenio. Sin negar de ninguna manera el principio del carácter sagrado de la vida protegido por el Convenio, el Tribunal considera que es bajo el ángulo del artículo 8 que la noción de calidad de la vida adquiere todo su significado». El Tribunal recuerda asimismo que en los asuntos *Glass c. Reino Unido* (2004) y *Burke c. Reino Unido* (2006) ha tenido en cuenta los siguientes elementos, ante la cuestión de la retirada de un tratamiento médico: 1) la existencia en el derecho y en la práctica interna de un cuadro legislativo conforme con las exigencias del artículo 2 del Convenio, 2) la toma en consideración de los deseos del paciente, así como de la opinión de sus allegados y del personal médico, y 3) la posibilidad de recurrir a los tribunales en el caso de que se alberguen dudas sobre el beneficio para el paciente de la decisión adoptada (§§ 140-143).

En relación con el margen de apreciación reconocido a los Estados, el TEDH recuerda que el artículo 2 figura entre los artículos fundamentales del Convenio, pues ninguna derogación del mismo está autorizada conforme al artículo 15 y que la interpretación de las excepciones contenidas en el artículo 2 debe realizarse en términos muy restrictivos. Sin embargo, en el contexto de las

obligaciones positivas del Estado, cuando se trata de cuestiones científicas, jurídicas y éticas complejas, que abarcan tanto el inicio como el final de la vida humana, en ausencia de un consenso entre los Estados, el Tribunal reconoce un cierto margen de apreciación estatal. El Tribunal menciona el asunto *Vo c. Francia* (2004), en el que concluyó que el inicio de la vida humana es una cuestión en la que debe reconocerse a los Estados cierto margen de apreciación, ante la ausencia de una solución común aceptada por los Estados y de un consenso sobre la definición científica y jurídica sobre el inicio de la vida humana.

El Tribunal constata que no existe un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, a la hora de permitir la retirada de un tratamiento que mantenga artificialmente la vida, aunque una mayoría de Estados lo permiten. Sin embargo, cabe destacar que existe un consenso entre los Estados a la hora de atribuir un papel fundamental a la voluntad del paciente en la toma de la decisión, cualquiera que sea su modo de expresión. Por tanto, el Tribunal considera que, en relación con la posibilidad de retirar un tratamiento médico y las modalidades para ello, debe reconocer cierto margen de apreciación a los Estados, pero no ilimitado, en atención al consenso señalado, por lo que el Tribunal debe controlar la decisión estatal (§§ 146-148).

Los demandantes alegan que la ley *Leonetti* carece de claridad y precisión. El TEDH señala que la noción de obstinación terapéutica, según el artículo L. 1110-5 del Código de salud, se da cuando un tratamiento es inútil, desproporcionado o cuando su efecto solo es mantener artificialmente la vida. Los demandantes consideran que es una noción imprecisa. Sin embargo, el TEDH recuerda que el Consejo de Estado, en su decisión de 24 de junio de 2014, detalló los elementos a tomar en cuenta por el médico a la hora de apreciar la concurrencia de una obstinación terapéutica: entre los elementos médicos, que haya transcurrido un lapso de tiempo suficientemente largo, así como la valoración colegiada sobre el estado de salud del paciente, su evolución, su sufrimiento y pronóstico; entre los elementos no médicos, la voluntad del paciente, cualquiera que sea su modo de expresión, a la que el médico debe atribuir especial importancia, así como la opinión de su persona de confianza, de los familiares o allegados.

Por las razones expuestas, el TEDH entiende que el marco legislativo estatal es suficientemente claro, a los fines del artículo 2 del Convenio, por lo que el Estado sí protege adecuadamente la vida de los pacientes mediante su legislación (§§ 156-160).

En cuanto al procedimiento seguido para la adopción de la decisión, el TEDH señala que fue colegiado y que duró desde septiembre de 2013 hasta enero de 2014, que en todas sus fases se respetó lo establecido por la ley, que el doctor Kariger consultó a seis médicos, uno de ellos designado por los demandantes, reunió a la práctica totalidad del equipo de cuidadores, convocó dos consejos familiares en los que participaron la esposa, los padres y los ocho hermanos de Vincent Lambert, tras los cuales la esposa de Vincent y seis de sus hermanos se mostraron favorables a retirar el tratamiento, así como cinco de los seis médicos consultados. Por tanto, la decisión médica fue motivada de manera más que suficiente.

El TEDH observa la ausencia de consenso entre los Estados, en cuanto al proceso a seguir en la adopción de la decisión y en cuanto a la persona encargada de adoptarla, por lo que la regulación enjuiciada se inscribe dentro del margen de apreciación estatal. Asimismo, constata que en este caso el procedimiento ha sido largo y meticuloso, cumpliendo sobradamente las condiciones establecidas en la ley estatal, por lo que el procedimiento respeta las obligaciones positivas deducibles del derecho a la vida, del artículo 2 del Convenio.

El Tribunal observa que el Consejo de Estado francés, a la hora de determinar la voluntad de Vincent Lambert, quien no redactó voluntades anticipadas ni designó una persona de confianza, tomó en cuenta el testimonio de su esposa, Rachel Lambert quien manifestó que su marido, enfermero como ella con experiencia en reanimación y polidependencia, había a menudo comentado sus experiencias profesionales y expresado su deseo de no ser mantenido artificialmente con vida, si caía en un estado de gran dependencia. Ha tenido igualmente en cuenta las declaraciones de hermanos y hermanas de Vincent en el sentido de que dicho deseo se corresponde con la historia personal y las opiniones de Vincent Lambert. Los demandantes observan que el Consejo

de Estado, en virtud del artículo 8, no debería haber tenido en cuenta lo que Vincent Lambert hubiera podido manifestar informalmente, pues se trata de declaraciones orales demasiado vagas y generales.

El Tribunal recuerda que el paciente, incluso cuando no es capaz de expresar su voluntad, es el protagonista cuyo interés y beneficio debe ser tenido en cuenta en todo momento, por lo que debe ser situado en el centro del proceso de adopción de la decisión, pues es el sujeto y el actor principal. La Guía del Consejo de Europa preconiza que sea integrado en el proceso de decisión mediante los deseos que haya podido expresar previamente cuando hayan sido confiados oralmente a un miembro de la familia o persona allegada. En estas condiciones el TEDH estima que el Consejo de Estado puede entender que los testimonios ofrecidos por su esposa, confirmados como coherentes con las convicciones de Vincent Lambert, por una parte de sus hermanos, son suficientemente precisos para considerar como acreditados los deseos de Vincent Lambert, en cuanto a su deseo de retirada del tratamiento en la situación en la que se encontraba (§§ 169-180).

Además, en cuanto a los procedimientos jurisdiccionales de los que se han beneficiado los recurrentes, el Tribunal concluye que el examen realizado por la jurisdicción estatal ha sido exhaustivo y que todos los puntos de vista han sido expresados y ponderados de manera madura, a la vista del dictamen médico específico que fue encargado, así como desde las observaciones generales de las más altas instancias médicas y éticas. Por tanto, las autoridades estatales han cumplido con sus obligaciones positivas, tanto sustantivas como procedimentales, deducibles del artículo 2 del Convenio, si tenemos en cuenta el margen de apreciación reconocido al Estado tanto en relación con sus obligaciones sustantivas como procedimentales.

En esta sentencia encontramos una opinión separada, en parte disidente, de los jueces Hajsyev, Sikuta, Tsotsoria, Degaetano y Critco, quienes concluyen que en esta sentencia, tras una profunda reflexión del TEDH, tras las distinciones jurídicas más sutiles y en las que «les cheveux les plus fins ont été coupés en quatre», lo que se dice es que una persona con una invalidez grave que es incapaz de comunicarse, por lo que no puede expresar sus deseos en relación

con su estado actual, puede ser privada, con base en diversas afirmaciones cuestionables, de dos elementos esenciales para mantener la vida: el alimento y el agua, ante lo que el Convenio se muestra como inoperante. Entienden que esta conclusión es horripilante y que supone un paso atrás en el grado de protección a las personas vulnerables (§ 1 de la opinión separada).

Continúan los jueces disidentes señalando que Vincent Lambert se encuentra en un estado vegetativo crónico, es decir, en un estado de consciencia mínima. Sin embargo, no en un estado de muerte cerebral, pues sufre una disfunción cerebral que no le afecta a todos los niveles. De hecho, puede respirar solo, sin la ayuda de un respirador artificial, y puede digerir la comida, aunque presenta dificultades para deglutir los alimentos. Es decir, Vincent Lambert está vivo y recibe alimento e hidratación, que son dos elementos básicos esenciales para mantener la vida, se trata de cuidados que están íntimamente unidos al respeto de la dignidad humana. Pero entonces, ¿qué podría justificar que un Estado autorice a un médico no a desconectar a Vincent Lambert, sino a retirar la alimentación y la hidratación manteniéndolo en ayuno hasta la muerte por deshidratación e inanición? ¿Qué razón impide la intervención del Estado para proteger la vida de Vincent Lambert? ¿Razones financieras? ¿El dolor sentido por Vincent Lambert? No parece que sienta dolor. ¿Que carece de utilidad o importancia para la sociedad, pues no es una persona, sino una simple vida biológica?

Los jueces disidentes subrayan que no existen indicaciones claras y concluyentes sobre el deseo que había sido expresado por Vincent Lambert. Era enfermero, pero nunca formuló voluntades anticipadas ni nombró una persona de confianza para sustituir su declaración de voluntad. Una interpretación *a posteriori* de lo que las personas pueden haber dicho años antes, cuando estaban sanas, en el contexto de una conversación informal, expone a graves abusos a las personas incapaces de expresar su voluntad (§ 5 de la opinión separada).

En ningún caso puede decirse que Vincent Lambert se encuentre en fase terminal, al contrario, se encontrará en dicha situación cuando cese su alimentación e hidratación. Calificar la alimentación e hidratación de tratamiento

artificial conlleva una confusión inútil, pues toda alimentación es en alguna medida artificial, ya que siempre requiere de intermediarios. La cuestión es si la alimentación e hidratación suponen un beneficio para el paciente, sin causarle dolor o sufrimiento indebidos o un gasto excesivo para la sociedad. Si la respuesta es afirmativa, existe la obligación positiva de preservar la vida. El margen de apreciación del Estado no es ilimitado y debe ser restringido a la luz de los principios del Convenio, en especial del derecho a la vida. El Tribunal, a menudo, ha dicho que el convenio debe ser leído como un todo. El Tribunal debería haber dado mayor importancia al derecho a la vida en este caso. Vincent Lambert está vivo y tiene dignidad humana, por lo que en aplicación del artículo 2 debe recibir cuidados y un tratamiento ordinario y proporcionado, lo que incluye el alimento y la hidratación.

Los jueces disidentes continúan indicando que, tal y como alegan los demandantes, la ley nacional no es clara en cuanto a la diferencia entre tratamiento ordinario y extraordinario, ni en su definición de obstinación terapéutica o de cuándo estamos prolongando artificialmente la vida. Es cierto que corresponde a las jurisdicciones internas interpretar y aplicar la ley, el TEDH no puede convertirse en una cuarta instancia y debe respetar el principio de subsidiariedad, pero también debe afirmar el valor de la vida y la dignidad inherente a las personas en estado vegetativo, gravemente dependientes o incapaces de comunicar sus deseos.

Los jueces disidentes comparten con el Tribunal que debe ser establecida una distinción entre eutanasia y suicidio asistido, de una parte, y obstinación terapéutica, de otra. Pero en este caso parece contradictorio que el Gobierno subraye que el derecho francés prohíbe la eutanasia y que la misma no tiene relación con este asunto. Los jueces disidentes no comparten dicha afirmación, pues los criterios de la ley *Leonetti* interpretados por el Consejo de Estado francés tal y como son aplicados a una persona inconsciente y bajo tratamiento que no es terapéutico, sino simples cuidados, tienen en realidad como resultado precipitar un fallecimiento que no se produciría en caso contrario (§ 9 de la opinión disidente).

IV.3.4.5. Una doctrina sobre los requisitos para la retirada de los tratamientos de soporte vital que permite un examen sumario de las quejas presentadas ante el Tribunal: *Gard y otros c. Reino Unido*

En el asunto *Gard y otros c. Reino Unido*, nº 39793/17, decisión de 27 de junio de 2017, de la Sección 1ª del TEDH, el primer demandante es Charles Gard, nacido el 4 de agosto de 2016, cuyos padres son el segundo y tercer demandantes. Charles Gard nació con una rara y grave enfermedad genética. Se trata de una mutación en los genes que afecta al cerebro, músculos y a la capacidad respiratoria. Sufre fallos respiratorios progresivos que lo hacen dependiente de la ventilación artificial. No muestra una actividad cerebral normal y no interactúa con su entorno.

A principios de enero de 2017 fue diseñado un plan para tratar a Charles Gard mediante nucleósidos, tratamiento experimental cuya aplicación en este caso fue aprobada por el Comité de Ética estatal. Sin embargo, antes de que el tratamiento experimental fuera aplicado al paciente menor, éste sufrió una severa encefalopatía epiléptica, por lo que los médicos concluyeron que el tratamiento experimental a base de nucleósidos sería inútil y solo agravaría el sufrimiento de Charles Gard. El caso clínico fue sometido a la consideración de un equipo de expertos de Barcelona que concluyó en términos idénticos al equipo médico de Reino Unido (§§ 1-6).

En febrero de 2017, el Great Ormond Street Hospital presentó una solicitud ante la *High Court* para que autorizase, con base en el superior interés del paciente menor, la retirada de la ventilación artificial y la aplicación de cuidados paliativos a Charles Gard. Los padres se opusieron a dicha autorización.

Diferentes doctores en Reino Unido concluyeron que los daños severos en el cerebro del paciente eran irreversibles y que el tratamiento experimental con nucleósidos no beneficiaría al paciente.

Los padres negaron que la situación de su hijo fuera tan mala como diagnosticaron los médicos.

Conforme a la legislación de Reino Unido, le fue nombrado un defensor judicial, al paciente menor, quien concluyó que, conforme al interés superior del menor, no era conveniente que viajara a los EE. UU., como pretendían sus padres a fin de recibir un tratamiento experimental con nucleósidos, pues las posibilidades de que mejorara su estado de salud eran irreales.

El 11 de abril de 2017, la *High Court* admitió la solicitud del hospital. La *High Court* concluyó que a pesar de que los padres tienen capacidad para consentir la aplicación de un tratamiento médico a su hijo menor, el tribunal debe resolver la discrepancia entre los padres y el equipo médico basándose en el interés superior del menor. Añade que debe partirse de una sólida presunción a favor de la santidad de la vida humana, así como de que la vida debe ser mantenida y prolongada; asimismo, que el principio que protege el interés superior del menor incluye aspectos médicos, emocionales y relativos al bienestar.

Los demandantes recurrieron la decisión de la *High Court* ante el Tribunal de Apelación, alegaron la vulneración del artículo 8 del Convenio por la *High Court*, al haberse basado la decisión de dicho tribunal en el interés superior del menor, pero sin tener en cuenta que el tratamiento experimental supondría un daño irrelevante para él, dado su estado de salud, mientras que podría suponerle una mejora. Asimismo, alegan los artículos 2 y 5 del Convenio, aunque sin argumentar mínimamente en qué se basaría su vulneración.

El Tribunal de Apelación reseña que la *High Court* concluyó que el tratamiento con nucleósidos era una opción inútil y que no podía beneficiar al menor. Añade que el argumento de los demandantes, cuando afirman que el tratamiento experimental no supondría un daño relevante para su hijo, pero que sí podría reportarle algún beneficio, no fue alegado ante la *High Court*. Sin

embargo, el Tribunal de Apelación responde a dicha manifestación observando que los profesionales y expertos médicos mantienen una opinión unánime, cuando afirman que trasladar al menor a los EE. UU., para seguir un tratamiento experimental, solo serviría para prolongar su dolor, sufrimiento y angustia. Se trata de un tratamiento que no ha sido probado ni en modelos animales ni en humanos, por lo que los expertos consultados en Reino Unido y en Barcelona concluyeron que aplicarlo sería inútil y solo causaría más dolor, sufrimiento y angustia al paciente. El Tribunal de Apelación concluye que el hospital actuó dentro de sus competencias, asimismo que la decisión de la *High Court* tuvo en cuenta el interés superior del menor, pues lo situó en todo momento en el centro del proceso de la toma de la decisión, por lo que desestima el recurso presentado por los demandantes (§§ 19-32).

Los demandantes recurrieron ante el Tribunal Supremo que admitió su recurso el 8 de junio de 2017. Ante el Tribunal Supremo los demandantes repiten los argumentos alegados ante los tribunales inferiores, con una especial atención al respeto de sus derechos parentales derivados del artículo 8 del Convenio, repiten asimismo el argumento que fue rechazado por el Tribunal de Apelación, basado en que la injerencia en el artículo 8 del Convenio solo podría justificarse en caso de que hubiese un riesgo de daño relevante para el menor, lo que no ocurriría en este supuesto. El hospital y el defensor judicial del menor subrayan que el derecho estatal defiende el interés superior del menor, reiteran que trasladar al menor a los EE. UU., a fin de seguir un tratamiento experimental, no le beneficiaría en nada, pero sí le causaría dolor y sufrimiento, por lo que se produciría un daño relevante al menor, en contra de lo alegado por sus padres.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de los demandantes, pues comparte la conclusión del Tribunal de Apelación, ya que tanto el interés superior del menor como el riesgo de causarle un daño relevante sirven para fundamentar el rechazo a las pretensiones de los padres (§§ 33-36).

En cuanto a la admisión de la demanda, el Tribunal aplica su doctrina establecida en el asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), §§ 89-95, en la que establece, en relación con la decisión de retirar o mantener un tratamiento de soporte vital a un paciente incapaz de expresar su voluntad, dos requisitos de

admisibilidad de la demanda presentada en nombre y representación del paciente. En primer lugar, que exista riesgo de que los intereses y derechos del paciente queden sin protección, en caso de inadmisión. En segundo lugar, que no exista conflicto de intereses entre el paciente y sus familiares, pues podría ocurrir que el interés del paciente fuera contrario a lo solicitado por sus familiares.

En el presente caso se incumplen ambos requisitos, por lo que debe rechazarse la legitimación activa de los padres para demandar en nombre y representación del menor. Esta conclusión es clara a juicio del TEDH. En primer lugar, los intereses y derechos del menor no corren riesgo de quedar desprotegidos por cuanto le fue nombrado un defensor judicial que actuó ante la jurisdicción estatal. En segundo lugar, el TEDH entiende que existe un conflicto de intereses entre el hijo y los padres, pues a juicio del TEDH la solicitud de los padres tiene como consecuencia prolongar el sufrimiento de su hijo.

El TEDH reconoce que las razones de los padres de un menor a la hora de defender su derecho a demandar en nombre de su hijo son más fuertes que las de los padres de un hijo mayor de edad. Sin embargo, renuncia a precisar su doctrina en relación con los padres de hijos menores de edad, pues entiende que en este caso carece de importancia práctica por cuanto, finalmente, como ocurrió también en el asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), reconoce a los padres demandantes la condición de víctima indirecta y la legitimación activa para demandar en nombre propio, aunque rechaza que puedan demandar en nombre de su hijo.

En cuanto a la violación del artículo 2 del Convenio alegada, el Tribunal ha considerado en su jurisprudencia que las obligaciones positivas deducibles del artículo 2 incluyen la obligación estatal de establecer un marco legislativo apropiado que obligue a los hospitales a proteger a los pacientes (*Hristozov y otros c. Bulgaria*, § 108 de la sentencia de 13 de noviembre de 2012). Sin embargo, el Tribunal añade que el artículo 2 no incluye un derecho a acceder a los medicamentos o tratamientos médicos no autorizados (§§ 57-60 y 77-78).

El problema de la retirada de tratamientos de soporte vital ha sido examinado en el asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), donde el Tribunal ha establecido una doctrina que exige el cumplimiento de los tres requisitos

siguientes como condición para la retirada de los tratamientos de soporte vital: 1) que exista un derecho y práctica estatales que sirvan de marco regulatorio compatible con las obligaciones derivadas del artículo 2 del Convenio, 2) que a la hora de adoptar la decisión se tomen en cuenta y se ponderen las opiniones del paciente, de los médicos y de los familiares o allegados y 3) en caso de discrepancia o conflicto entre la opinión médica y la de los familiares, cuando el paciente no es capaz de expresar su voluntad, que la decisión sea finalmente adoptada por un tribunal que haya examinado la cuestión teniendo en cuenta lo mejor para el paciente.

El TEDH es consciente de que no existe un consenso entre los Estados, a la hora de regular la retirada o mantenimiento de los tratamientos de soporte vital, aunque la mayoría de países admiten su retirada bajo ciertas condiciones. En lo que sí existe consenso entre los Estados es en la importancia que conceden al consentimiento informado del paciente.

Para resolver el presente caso el Tribunal examina si se cumplen los tres requisitos mencionados. En cuanto a la exigencia al Estado de un marco regulatorio compatible con las obligaciones derivadas del artículo 2 del Convenio, el Tribunal recuerda que en el asunto *Glass c. Reino Unido* (2004) ya concluyó que el marco regulatorio y la práctica jurídica en Reino Unido era conforme con el Convenio, así como respetuosa con el Convenio de Oviedo y que no ve razones, en el caso presente, para modificar dicha conclusión, por lo que se cumple con el primer requisito. En cuanto al segundo requisito, los tribunales estatales que conocieron del asunto tuvieron en cuenta todas las opiniones, la de los médicos, la de los padres y la del defensor judicial del menor, por lo que también se cumple con esta segunda exigencia. Por último, el tercer requisito también se cumple, pues el hospital recurrió a los tribunales cuando los padres del menor mostraron su oposición a que le fuera retirado el tratamiento de soporte vital a su hijo, tribunales que resolvieron la cuestión teniendo en cuenta el interés superior del menor. Por tanto, no se ha producido la violación alegada por los demandantes en cuanto a las obligaciones positivas estatales deducibles del artículo 2, por lo que la demanda es inadmisibile por estar manifiestamente mal fundada en este aspecto sustantivo (§§ 76-98).

En cuanto a la violación del artículo 8, recordemos que el Tribunal debe realizar un juicio de proporcionalidad siguiendo el esquema recogido en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio. El Tribunal señala que las partes no discuten la existencia de una ley nacional que regule la cuestión, la existencia de un marco jurídico, por lo que partimos de su existencia. Asimismo, concurre un fin legítimo que permitiría justificar la injerencia, pues la medida persigue la protección de la salud y de la moral, así como de los derechos y libertades de los menores. En cuanto al examen de la necesidad de la medida en una sociedad democrática, los demandantes alegan que negar el tratamiento experimental a su hijo y retirarle el soporte vital es desproporcionado, pues el tratamiento experimental no le produciría un daño relevante y podría suponer una mejora en su estado de salud. Sin embargo, el TEDH, basándose en la opinión unánime de los médicos, como ya hicieron los tribunales estatales, no acepta el argumento defendido por los padres, pues entiende que trasladar al menor hasta los EE. UU., para seguir un tratamiento experimental, no va a mejorar el estado de salud del menor significativamente, pero sí va a alargar su dolor, sufrimiento y angustia. Por tanto, supone un daño relevante para el menor, por lo que el interés superior del menor, concretado en la conveniencia de evitarle un daño relevante, exige apreciar que la medida es proporcionada. De manera que es claro que no se habría producido violación del artículo 8 del Convenio y la demanda debe ser inadmitida como manifiestamente mal fundada.

Los argumentos anteriores permiten al Tribunal concluir que la demanda está mal fundada, por lo que la inadmite en aplicación de la doctrina establecida en el asunto *Lambert y otros c. Francia*.

En este comentario a la decisión del asunto *Gard y otros c. Reino Unido* (2017) vemos que el Tribunal aplica una doctrina que ha construido a partir de los asuntos que le han sido planteados, sobre la retirada de tratamientos de soporte vital a pacientes incapaces de expresar su voluntad, doctrina que aplica igualmente cuando le son planteados asuntos en los que se solicita la adopción de un tratamiento médico experimental, como en el asunto *Gard y otros c. Reino Unido*, para un paciente incapaz de expresar su voluntad. Se trata de una doctrina que aparece como consolidada en su jurisprudencia, por lo que no duda

en inadmitir una demanda como mal fundada en aquellos casos, como el supuesto planteado en *Gard y otros c. Reino Unido*, en los que un examen sumario de la queja, a partir de la doctrina mencionada, ofrece como resultado que no ha existido vulneración de los derechos contenidos en el Convenio. Una doctrina y un modo de proceder del TEDH que se ven confirmados por la decisión de inadmisión de la demanda formulada en el asunto *Parfitt c. Reino Unido*, nº 18533/2021, dictada por la Sección 4ª del TEDH, cuya fundamentación re remite a la doctrina seguida en el asunto *Gard y otros c. Reino* (§ 53 de la decisión del asunto *Parfitt c. Reino Unido*).

Al menos en relación con los tratamientos médicos en general, y los tratamientos de soporte vital en especial, el Tribunal ha sido capaz de fijar una doctrina que le permite resolver este tipo de problemas, una doctrina que se muestra como coherente y completa. Este resultado no ha sido alcanzado todavía en el resto de problemas bioéticos planteados ante el Tribunal y que hemos comentado en este trabajo, pero ahora comprobamos que llegar a dicho resultado no es imposible para el TEDH.

Recapitulación

En este capítulo han sido analizados una serie de casos relacionados con la eutanasia. Se trata de asuntos en los que ha sido reclamado ante el TEDH el derecho al suicidio asistido y planteado el problema de la retirada de los tratamientos de soporte vital a los pacientes incapaces de expresar su voluntad y que no han prestado voluntades anticipadas.

El derecho al suicidio asistido ha sido alegado ante el TEDH cuando ha sido reclamado que el Estado permita la ayuda al suicidio asistido. Asimismo, cuando ha sido reclamado que el Estado facilite, al candidato al suicidio, la obtención de una dosis letal de medicamento.

El derecho al suicidio asistido ha sido alegado ante el TEDH como formando parte del derecho a la vida, del artículo 2 del Convenio, pues ha sido defendido que el derecho a la vida incluye un aspecto negativo, que consistiría en un derecho a no ser obligado a vivir una vida que es sentida como indigna. La respuesta del TEDH ha sido que el derecho a la vida no incluye un derecho al suicidio asistido, pues su función en el sistema del Convenio es proteger la vida frente a la actuación del Estado y de los particulares.

El derecho al suicidio asistido también ha sido defendido ante el TEDH bajo el argumento de que la prohibición estatal del suicidio asistido supondría un trato degradante e inhumano para el candidato al suicidio asistido que se vería obligado por el Estado a vivir una vida que experimenta como indigna y degradante. El Tribunal ha respondido que el Estado que prohíbe la ayuda al suicidio no es responsable del sufrimiento que pueda experimentar el candidato al suicidio, pues su enfermedad o padecimientos no han sido provocados directamente por el Estado.

Finalmente, el derecho al suicidio asistido ha sido reclamado con fundamento en el derecho a la vida privada, del artículo 8 del Convenio. El Tribunal ha admitido en un primer momento que no podía descartar que el derecho al suicidio asistido esté incluido en el derecho a la vida privada, para afirmar seguidamente, y reiterar en lo que supone una doctrina consolidada, que el derecho a disponer de la propia vida, es decir, a decidir en qué momento y de qué manera poner fin a la propia vida, es un aspecto del derecho a la vida privada, en el que estaría incluido el derecho al suicidio asistido. Por tanto, el Tribunal ha reconocido de manera expresa la existencia de un derecho al suicidio asistido incluido en el Convenio. Sin embargo, se trata de un derecho limitable, pues admite injerencias por parte del Estado, siempre que aparezcan como justificadas por alguno de los fines legítimos recogidos en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio. El resultado final será que el Tribunal reconoce la existencia de un derecho al suicidio asistido, pero también un amplio margen de apreciación que permite a los Estados limitar, incluso prohibir, el suicidio asistido, con fundamento en el riesgo que supondría para los más vulnerables, incluido el propio candidato. De manera que este fin legítimo permite a los Estados prohibir

el suicidio asistido. Se trata de una conclusión paradójica, pues el Tribunal reconoce un derecho teórico que se muestra inefectivo frente a los Estados.

El Tribunal trata de salvar la incoherencia señalada mediante un punto de vista procedimental, que intenta ejercer algún tipo de control sobre los Estados, para así ofrecer cierta garantía del derecho. Sin embargo, el paradigma procedimental no resuelve la contradicción señalada, más bien la muestra desde otro punto de vista. Porque las obligaciones procedimentales sólo se exigen a aquellos Estados que reconocen el derecho al suicidio asistido en alguna medida, pues consisten en la exigencia de coherencia entre el derecho reconocido por el Estado y la legislación y actuación estatales. Este paradigma procedimental puede llevar a una nueva situación paradójica, desde un punto de vista sustantivo, pues podría ocurrir que los Estados que reconocen y garantizan el derecho al suicidio asistido, en alguna medida, fueran condenados por el Tribunal, por una regulación o actuación incoherentes con el derecho reconocido, en contradicción con lo que ocurriría con otros Estados que prohíben sin más el suicidio asistido, pero que no serían condenados, pues no incumplirían obligación procedimental alguna.

En cualquier caso, el Tribunal ha reconocido el derecho al suicidio asistido, por lo que ha tenido que definir una noción autónoma de víctima directa, indirecta y potencial para este derecho. La condición de víctima directa corresponde al propio candidato al suicidio asistido. La indirecta solo es reconocida al familiar que guarde una relación muy estrecha con la víctima directa, como pueda ser el esposo, padre, etc., de tal manera que pueda afirmarse que el derecho a la vida privada del familiar también se ha visto afectado indirectamente. Mientras que la condición de víctima potencial ha sido negada en aquellos casos planteados ante el Tribunal, pues la definición de víctima potencial, en esta materia, es muy exigente, ya que no basta con una mera posibilidad de que el demandante pueda verse afectado por la legislación estatal, sino que debe ser probable y razonable que la vulneración del derecho se produzca en el futuro.

Asimismo, el Tribunal ha reconocido una obligación procesal dirigida a las jurisdicciones estatales que deben entrar a conocer del fondo del asunto que les

haya sido planteado cuando sea reclamado el derecho al suicidio asistido, independientemente de que esté prohibido en el derecho estatal, lo que obliga a los Estados a justificar debidamente la limitación o prohibición del derecho.

Si la doctrina del Tribunal sobre el derecho al suicidio asistido se nos ha mostrado como paradójica, encontramos una situación radicalmente diferente en su doctrina sobre la retirada y mantenimiento de los tratamientos médicos a personas incapaces de prestar su consentimiento y que no habían otorgado voluntades anticipadas, pues se trata de una jurisprudencia coherente y que permite resolver los distintos conflictos jurídicos que puedan plantearse.

El Tribunal ha ofrecido una solución al problema sobre la retirada de los tratamientos médicos mediante una doctrina basada en los artículos 6.1 y 9 del Convenio de Oviedo, así como en los principios incluidos en la *Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones de final de vida*, elaborada por el Comité de Bioética del Consejo de Europa. El TEDH carece de competencia para aplicar las disposiciones contenidas en el Convenio de Oviedo, mientras que los principios recogidos en la *Guía* carecen de fuerza normativa. Sin embargo, el Tribunal ha entendido que dichas normas y principios pueden servir para construir un orden público europeo, basándose en que existe un consenso entre los Estados, a la hora de atribuir una importancia capital al consentimiento informado del paciente, pues le sirve de fundamento para exigir una serie de obligaciones a los Estados.

Según la doctrina elaborada por el Tribunal, a la hora de decidir si debe retirarse o mantenerse un tratamiento médico, hay que estar en primer lugar a la voluntad del paciente. En caso de que no pueda prestarla y no existan voluntades anticipadas, debe reconstruirse su voluntad a partir de sus declaraciones informales previas relatadas por su familiares o personas próximas. Todo ello conforme a lo recogido en el artículo 9 del Convenio de Oviedo. En caso de que no sea posible reconstruir la voluntad del paciente, debe adoptarse la decisión que más le beneficie, por lo que puede acordarse la retirada de los tratamientos que supongan una obstinación terapéutica, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio de Oviedo. Tanto la reconstrucción de la voluntad como la decisión sobre lo más beneficioso para el paciente deben ser el resultado de un

proceso en el que serán oídos los médicos y los familiares, teniendo en cuenta siempre el interés del afectado, que debe permanecer en el centro del proceso de la adopción de la decisión, de conformidad con los principios propuestos en la *Guía*. Finalmente, si aparece un conflicto entre la opinión de los médicos y la de los familiares, o entre los propios familiares, la cuestión debe ser planteada ante los tribunales que están obligados a resolver según los criterios definidos en la doctrina del TEDH.

En aquellos casos en los que el paciente es un menor, el TEDH entiende que la voluntad de los padres debe ser tenida en cuenta a la hora de retirar o mantener un tratamiento médico, pero si surge un conflicto entre la opinión de los médicos y la de los padres del menor, entonces tendrá que ser resuelto por un juez que debe aplicar los criterios contenidos en la doctrina del TEDH. Es decir, en principio debe hacerse lo que decidan los padres, excepto en aquellos casos en los que el tratamiento consista en una obstinación terapéutica que en nada beneficie al menor y pueda comportarle un sufrimiento adicional.

De manera que el Tribunal ha resuelto razonablemente bien el problema de la retirada de un tratamiento médico, a diferencia de lo que hemos comentado en relación con el derecho al suicidio asistido.

CONCLUSIONES

I. El TEDH ha admitido una serie de demandas en las que han sido planteados el derecho al aborto, el derecho a la reproducción asistida, el derecho a que sean reconocidos los efectos de una gestación subrogada, el derecho a disponer de la propia vida y el derecho a retirar o mantener los tratamientos médicos a personas incapaces de expresar su consentimiento. El TEDH no solo ha admitido dichas demandas, sino que en un número significativo de ellas ha estimado la vulneración del derecho correspondiente.

II. Los derechos estudiados en esta tesis no aparecen de manera expresa en el Convenio. Sin embargo, el TEDH ha admitido las quejas basadas en ellos e incluso ha llegado a estimar su vulneración, mediante una interpretación evolutiva y progresista de los derechos incluidos en el Convenio, en especial del derecho a la vida privada, que tiene en cuenta los cambios sociales a la hora de resolver los problemas jurídicos planteados por el desarrollo de las técnicas biomédicas y que pretende la garantía efectiva de los derechos.

III. La eficacia de cosa interpretada que poseen las sentencias del TEDH le permite elaborar una doctrina sobre los derechos bioéticos, estudiados en esta tesis, de la que cabe deducir una serie de obligaciones estatales. Con ella se dan los primeros pasos en la construcción de un orden público europeo para estas materias de contenido bioético.

IV. Como requisito previo a la construcción de un orden público bioético, el TEDH se ha visto obligado a definir una noción autónoma de víctima para cada uno de los derechos estudiados. Ha definido las nociones de víctima directa,

indirecta y potencial, específicamente para cada derecho, así como los requisitos para aceptar la legitimación activa y la capacidad para demandar en nombre de la víctima directa.

V. El TEDH no ha reconocido expresamente un derecho al aborto, pero sí ha reconocido expresamente un derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, incluido en el derecho a la vida privada, así como un derecho a que la filiación derivada de una gestación subrogada sea reconocida, en determinados supuestos, en garantía del derecho a la vida privada de los menores. Asimismo, ha reconocido un derecho a disponer de la propia vida como un aspecto del derecho a la vida privada.

VI. El TEDH solo ha establecido obligaciones sustantivas estatales en relación con el reconocimiento, en determinados supuestos, de la filiación derivada de una gestación subrogada y con el procedimiento a seguir para la retirada de un tratamiento médico que suponga una obstinación terapéutica. Se trata de obligaciones que exigen al Estado el reconocimiento del derecho sustantivo. Para el resto de derechos estudiados en esta tesis, el TEDH solo ha llegado a exigir obligaciones procedimentales. Es decir, no exige al Estado el reconocimiento del derecho sustantivo, sino tan solo una obligación procedimental de coherencia entre el derecho reconocido en el ordenamiento estatal y la legislación o actuación que desarrolla el derecho, de tal manera que el derecho reconocido resulte mínimamente garantizado.

VII. La diferencia entre obligaciones sustantivas y procedimentales, así como entre obligaciones positivas y negativas, exigibles a los Estados, es de utilidad y aplicable a los derechos estudiados en esta tesis.

VIII. El TEDH no ha reconocido un derecho sustantivo al aborto deducible del Convenio. Pero sí ha reconocido obligaciones procedimentales exigibles a los Estados que reconozcan el derecho al aborto en alguna medida. Por tanto, reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación a la hora de reconocer o prohibir el aborto, pero al mismo tiempo exige a los Estados que sí reconocen el derecho al aborto que lo garanticen, mediante un desarrollo legislativo y una actuación estatal coherentes con el derecho sustantivo reconocido.

IX. Cuando ha sido planteado un conflicto entre el derecho del varón a ser padre y el derecho de la mujer a abortar, el TEDH ha resuelto con claridad a favor de los derechos de la mujer. En aquellos asuntos en los que el varón ha cuestionado la legislación sobre el aborto, sin que estuviera directamente afectado por dicha regulación, el TEDH le ha negado la condición de víctima e inadmitido la demanda, pues no acepta suerte alguna de *actio popularis*, ya que solo admite vulneraciones concretas de los derechos. Mientras que en aquellos otros asuntos en los que el varón sí se ha visto directamente afectado por la regulación estatal del aborto, el TEDH ha inadmitido su demanda porque o bien le niega legitimación activa, porque conforme al derecho sustantivo estatal no es titular de derecho alguno en relación con el aborto, o bien inadmite la demanda por estar manifiestamente mal fundada, pues una ponderación sumaria entre los derechos de la mujer y los del varón, incluidos en el Convenio, arroja un resultado claramente favorable a los derechos de la mujer. En cualquiera de los casos, el TEDH entiende que el derecho de la mujer al aborto está por encima del derecho del varón a ser padre.

X. El derecho al aborto ha sido alegado como un aspecto del derecho a la vida privada. El TEDH ha respondido mediante un punto de vista procedimental desde el que reconoce un amplio margen de apreciación estatal que permite a los Estados tanto admitir como prohibir el aborto. La asunción de este paradigma procedimental se basa en la ausencia de un consenso entre los Estados a la hora de determinar el inicio de la vida humana, cuestión controvertida jurídica y socialmente. Las obligaciones procedimentales solo se aplican a los Estados que reconocen el derecho al aborto, en alguna medida, imponiéndoles una exigencia de coherencia entre el derecho reconocido y la actuación estatal.

XI. Desde el paradigma procedimental comentado, el TEDH ha reconocido tanto la vulneración del derecho a la vida privada como del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, en aquellos casos en los que se ha impedido o dificultado a las mujeres el ejercicio del derecho al aborto previamente reconocido por el Estado.

XII. El TEDH ha entendido el derecho al aborto como uno de los aspectos del derecho a la vida privada, pero en este último derecho la diferencia entre

obligaciones sustantivas y procedimentales es clara, por lo que la doctrina del TEDH, sobre el derecho al aborto, que niega la existencia de obligaciones sustantivas estatales al mismo tiempo que afirma la existencia de obligaciones procedimentales no plantea ningún problema evidente de coherencia. Por tanto, el paradigma procedimental que ha adoptado el TEDH en su doctrina sobre el aborto, al menos, se muestra como consistente.

XIII. Sin embargo, en relación con el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, en aquellos casos en los que se impide o dificulta a la mujer el ejercicio de su derecho a abortar reconocido por el Estado, tenemos que la diferencia entre obligaciones sustantivas y procedimentales se muestra borrosa en los supuestos en los que concurre alguna de las indicaciones clásicas en la regulación del aborto: la terapéutica, la eugenésica, la ética y la socioeconómica. La distinción entre obligaciones sustantivas y procedimentales se muestra irrelevante porque cuando concurren dichas indicaciones tenemos que la existencia de trato degradante e inhumano infligido a la mujer no depende de que el Estado haya infringido una obligación sustantiva o procedimental, pues en ambos casos se producirá el trato degradante e inhumano. Ello es así porque el sufrimiento de la mujer no parece que dependa de si el Estado prohíbe sin más el aborto, incumpliendo una hipotética obligación sustantiva, o más bien de que reconozca el derecho al aborto para impedir o dificultar su ejercicio en la práctica, incumpliendo una hipotética obligación procedimental. Lo anterior se cumple, al menos, cuando concurren las indicaciones terapéutica, eugenésica, ética y socioeconómica, pues funcionan como buenas descripciones de supuestos de hecho que permiten afirmar la existencia de un sufrimiento de la mujer que alcanza el umbral mínimo exigido por el TEDH para que sea calificado de trato degradante e inhumano, no solo cuando se prohíbe el aborto, sino también cuando se permite, pero se impide o dificulta en la práctica. Por tanto, es posible defender la existencia de una obligación sustantiva que exija a los Estados el reconocimiento de un derecho sustantivo al aborto, regulado mediante un sistema de indicaciones, porque la vulneración del derecho a no sufrir trato degradante e inhumano, que es un derecho de naturaleza absoluta en el sistema del Convenio, se produce no solo cuando el Estado incumple la obligación procedimental, sino también cuando incumple la sustantiva. Si negásemos la

existencia de dicha obligación sustantiva estatal, entonces estaríamos afirmando que el Estado que prohíbe el aborto, en los supuestos correspondientes a las indicaciones clásicas, no estaría causando un trato degradante e inhumano a la mujer. Sin embargo, esta conclusión no parece razonable porque el umbral de sufrimiento alcanzado por la mujer en caso de incumplimiento de la obligación estatal procedimental no difiere del que alcanza cuando el Estado incumple la obligación sustantiva. Se trata de la «estrategia del artículo 3», que ha sido defendida por una parte de la doctrina.

XIV. Han sido alegados ante el TEDH: el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, el derecho de la mujer a devenir madre genética mediante la implantación de un embrión generado *in vitro* en contra de la voluntad del progenitor varón, así como el derecho a destinar un embrión *in vitro* a la investigación científica. Se trata de una serie de conflictos que podrían haber sido materialmente resueltos a partir de la definición, por parte del TEDH, de un estatuto jurídico para el embrión generado *in vitro*. Sin embargo, el TEDH ha renunciado a definir dicho estatuto, pues se confiesa incapaz de acometer la tarea, ante la ausencia de un consenso mínimo entre los Estados, a lo que se añade lo controvertido de la cuestión en términos científicos, filosóficos, jurídicos y sociales. La solución de compromiso adoptada por el TEDH consistirá en el reconocimiento a los Estados de un amplio margen de apreciación en la regulación de estos derechos. Reconoce que se trata de derechos incluidos en el derecho a la vida privada, pero cuya limitación acepta como justificada a partir de los fines legítimos recogidos en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio.

XV. Un derecho a la gestación subrogada no ha sido planteado, como tal, ante el TEDH, en cuya jurisprudencia no encontraremos pronunciamientos ni a favor ni en contra de dicho derecho, excepto en los votos particulares.

XVI. Ha sido alegado ante el TEDH el derecho de los menores nacidos de una gestación subrogada a ver reconocida su filiación derivada de un contrato de gestación subrogada. El TEDH ha admitido que los Estados están obligados a reconocer la filiación paterna derivada de una gestación subrogada, válidamente celebrada en el extranjero, cuando el padre de intención también es

el padre biológico del menor. El fundamento de esta conclusión reside en que el derecho a la vida privada del menor incluye el derecho a la identidad personal en el que está incluido el derecho a ver reconocida la filiación biológica. Los Estados pueden reconocer esta filiación mediante la transcripción del certificado registral extranjero, pero también mediante un procedimiento de reclamación de la filiación biológica, de adopción, de posesión de estado u otro que el Estado pueda establecer. Lo importante es que se trate de un procedimiento lo suficientemente rápido a fin de evitar la indefensión del menor. En estos casos, en los que el padre de intención también es el biológico, el TEDH ha añadido que la filiación materna también debe ser reconocida, independientemente de si es la madre genética. Por el contrario, el TEDH no se ha pronunciado todavía con claridad sobre aquellos supuestos en los que ninguno de los padres de intención es progenitor genético.

XVII. Ha sido alegado ante el TEDH el derecho a la vida familiar como fundamento para exigir el reconocimiento de los efectos derivados de un contrato de gestación subrogada. El TEDH ha concluido que la existencia de vida familiar derivada de un contrato de gestación subrogada exige una serie de requisitos específicos, pues no basta con que se hayan creado vínculos afectivos de calidad entre los padres de intención y el menor, requisito determinante según su jurisprudencia precedente sobre la existencia de vida familiar *de facto*. En relación con la gestación subrogada, para apreciar la existencia de vida familiar *de facto* el TEDH exige, además de vínculos afectivos, un proyecto parental y una duración de la convivencia mínima, sin que haya determinado cuánto debe durar dicha convivencia, pero sí que debe ser una convivencia prolongada, señalando que también debe tenerse en cuenta la solidez del vínculo jurídico entre los padres de intención y el menor. Si no se cumplen los requisitos señalados, debe concluirse que no existe vida familiar y el Estado puede negar eficacia jurídica a la gestación subrogada. En caso contrario, ante la existencia de vida familiar *de facto*, el Estado estaría obligado a reconocer eficacia jurídica a la gestación subrogada, al menos, en la medida necesaria para la garantía de los derechos protegidos por el Convenio.

XVIII. El derecho al suicidio asistido ha sido planteado ante el TEDH. Se ha alegado que está incluido en el derecho a la vida, en el derecho a la vida privada y en el derecho a no sufrir trato degradante e inhumano.

XIX. El derecho al suicidio asistido ha sido alegado como incluido en el derecho a la vida. Consistiría, en su dimensión negativa, en un derecho a no ser obligado a vivir una vida sentida como indigna. El TEDH ha respondido que el derecho a la vida no incluye una tal dimensión o aspecto negativo, pues su función en el sistema del Convenio consiste en proteger la vida frente a la actuación del Estado, sus agentes o los particulares.

XX. El derecho al suicidio asistido también ha sido defendido ante el TEDH bajo el argumento de que la prohibición estatal del suicidio asistido supondría un trato degradante e inhumano para el candidato al suicidio asistido, que se vería obligado por el Estado a vivir una vida que experimenta como indigna y degradante. El TEDH ha respondido que el Estado que prohíbe la ayuda al suicidio no es responsable del sufrimiento que pueda experimentar el candidato al suicidio, pues su enfermedad o padecimientos no han sido provocados directamente por el Estado. Por tanto, la prohibición estatal del suicidio asistido no supone un trato degradante e inhumano en ningún caso.

XXI. En cambio, el TEDH ha reconocido explícitamente en su jurisprudencia que el derecho al suicidio asistido está incluido en el derecho a la vida privada, pero mediante una doctrina que lo reconoce como un derecho limitable, pues admite injerencias del Estado, que pueden llegar hasta su prohibición, siempre que esté justificada en la protección de los más vulnerables, incluido el propio candidato. Se trata de una conclusión paradójica, pues el TEDH reconoce un derecho al suicidio asistido teórico que en la práctica deviene infectivo.

XXII. El TEDH, una vez más, adopta un punto de vista procedimental en la garantía del derecho al suicidio asistido. Después de renunciar a la garantía de dicho derecho como derecho sustantivo, pues reconoce un amplio margen de apreciación estatal que permite la prohibición del suicidio asistido, recoge en su doctrina que aquellos Estados que reconozcan, en alguna medida, este derecho, deben desarrollar una legislación y actuación coherentes con su protección. Este

paradigma procedimental, lejos de resolver la paradoja, consistente en reconocer un derecho teórico que es negado en la práctica, en contra del principio de efectividad, más bien la subrayará, pues llevará a que pueda ser condenado un Estado que reconoce el derecho al suicidio asistido, pero sin que lo haya desarrollado de una manera coherente, mientras que aquellos Estados que lo prohíben sin más no incumplirían obligación procedimental alguna, por lo que no serían condenados. Un nuevo resultado paradójico de la doctrina construida por el TEDH.

XXIII. El TEDH ha definido una noción autónoma de víctima para el derecho al suicidio asistido. Se trata de una doctrina que solo considera víctima directa al candidato al suicidio asistido. Víctima indirecta sería el familiar que guarde una relación muy estrecha con el candidato al suicidio, como pueda ser el cónyuge, el padre o el hijo, pero no otros familiares más alejados en el grado de parentesco. No disponemos de una categoría de víctima potencial aplicable en esta materia, pues el TEDH ha inadmitido la condición de víctima potencial en aquellos asuntos que le han sido planteados. El criterio tan estricto que ha seguido el TEDH en la construcción de una noción autónoma de víctima para este derecho se basa en la naturaleza personalísima y no transmisible del derecho a disponer de la propia vida.

XXIV. El TEDH ha reconocido una obligación procesal dirigida a las jurisdicciones estatales que deben entrar a conocer del fondo del asunto que les haya sido planteado cuando sea reclamado el derecho al suicidio asistido, independientemente de que esté prohibido en el derecho estatal, lo que obliga a los Estados a justificar debidamente la limitación o prohibición del derecho.

XXV. Ha sido planteado ante el TEDH el problema de la retirada o mantenimiento de los tratamientos médicos en aquellos casos en los que el paciente es incapaz de expresar su voluntad y no haya prestado voluntades anticipadas. El TEDH ha resuelto este problema de una manera coherente que permite resolver los asuntos que puedan plantearse en el futuro, para lo que se ha basado en los artículos 6.1 y 9 del Convenio de Oviedo, así como en los principios contenidos en la *Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones de final de vida* elaborada por el Comité de

Bioética del Consejo de Europa. El TEDH carece de competencia para aplicar las disposiciones contenidas en el Convenio de Oviedo, mientras que los principios recogidos en la *Guía* carecen de fuerza normativa. Sin embargo, el Tribunal ha entendido que dichas normas y principios pueden servir para construir una doctrina compatible con el orden público europeo, basándose en que existe un consenso entre los Estados a la hora de atribuir una importancia capital al consentimiento informado del paciente ante los tratamientos médicos.

XXVI. Según la doctrina elaborada por el Tribunal, a la hora de decidir si debe retirarse o mantenerse un tratamiento médico, hay que estar en primer lugar a la voluntad del paciente. En caso de que no pueda expresarla y no existan voluntades anticipadas, debe reconstruirse su voluntad a partir de sus declaraciones informales previas relatadas por su familiares o personas próximas. Todo ello conforme a lo recogido en el artículo 9 del Convenio de Oviedo cuando establece que deben ser tenidos en cuenta los deseos previos expresados por el paciente cuando no sea posible que preste su consentimiento en el momento de la intervención médica. En caso de que no sea posible reconstruir la voluntad del paciente, debe adoptarse la decisión que más le beneficie, por lo que puede acordarse la retirada de los tratamientos que supongan una obstinación terapéutica, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio de Oviedo cuando establece que una intervención a una persona incapaz de prestar su consentimiento solo puede practicarse en su beneficio directo. Tanto la reconstrucción de la voluntad como la decisión sobre lo más beneficioso para el paciente deben ser el resultado de un proceso en el que serán oídos los médicos y los familiares, teniendo en cuenta siempre el interés del afectado, que debe permanecer en el centro del proceso de la adopción de la decisión, de conformidad con los principios propuestos en la *Guía*. Finalmente, si aparece un conflicto entre la opinión de los médicos y la de los familiares, o entre los propios familiares, la cuestión debe ser planteada ante los tribunales que están obligados a aplicar los criterios definidos en la doctrina del TEDH.

XXVII. En aquellos casos en los que el paciente es un menor, el TEDH entiende que la voluntad de los padres debe ser tenida en cuenta, a la hora de retirar o mantener un tratamiento médico, pero si surge un conflicto entre la

opinión de los médicos y los padres del menor, entonces tendrá que ser resuelto por un juez que debe aplicar los criterios contenidos en la doctrina del TEDH. Es decir, en principio debe hacerse lo que decidan los padres, excepto en aquellos casos en los que el tratamiento consista en una obstinación terapéutica que en nada beneficie al menor y pueda comportarle un sufrimiento adicional.

XXVIII. En todo el espectro de los derechos analizados, el TEDH ha sido muy prudente a la hora de exigir obligaciones sustantivas a los Estados y ha recurrido con frecuencia a su doctrina del margen de apreciación estatal. Según esta doctrina, debe ser reconocido a los Estados un amplio margen de decisión en la regulación de aquellas materias sobre las que no exista un consenso mínimo entre los Estados, especialmente cuando afecten a cuestiones morales controvertidas.

XXIX. El TEDH ha afirmado expresamente que prefiere trabajar a favor de la protección y garantía de los derechos humanos en colaboración con los Estados, en lugar de adoptar una posición beligerante con ellos, pues el principio de subsidiariedad exige que los Estados sean los primeros garantes del Convenio. Entiende que, en la práctica, es más efectivo introducir los nuevos derechos mediante la exigencia de una serie de garantías procedimentales que se basan en el reconocimiento de un amplio margen de apreciación estatal en cuanto al reconocimiento del derecho sustantivo, pero que exigen seguidamente a los Estados que se comprometan con la protección de los derechos que efectivamente hayan reconocido mediante un desarrollo y actuación estatal coherentes. Se trata de una manera de proceder que permite trabajar a favor del reconocimiento de los nuevos derechos bioéticos de manera gradual y progresiva, pero que es percibida como inevitable, a largo plazo, por los Estados.

XXX. El TEDH ha dado los primeros pasos en la construcción de un orden público europeo para los derechos bioéticos examinados en este trabajo, consistente en un conjunto de obligaciones exigibles a los Estados miembros del Consejo de Europa para la garantía de dichos derechos. Se trata de una doctrina todavía incompleta e incoherente en diversos aspectos, pero claro indicio de la voluntad del TEDH de desarrollar progresivamente este grupo de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

ADAMO, Ugo (2016). «Il diritto convenzionale in relazione al fine de la vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un analisi giuresprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili», *Rivista associazione italiana dei costituzionalisti*, nº 2/2016, págs. 1-31.

ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana y BONET PÉREZ, Jordi (2018). «La actividad judicial del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos: alcances y limitaciones», en OLASOLO, Héctor, BUITRAGO REY, Nicolás Eduardo, BONILLA TOVAR, Vanessa y CANOSA CANTOR, Jannluck (Coord.). *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*. Valencia: Tirant lo Banch, págs. 317-345.

ALIX, Noé, AGOSTINI, Célia, GAMET, Cyprien y GASPARI, Gianluca (2015). «L'existence d'un ordre public corporel», *La Revue des droits de l'homme*, nº 8, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, págs. 1-8.

ALKORTA IDIAKEZ, Itziar (2006). «Nuevos límites del derecho a procrear», *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, págs. 9-61.

ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo (2015). «Un comentario sobre el caso Gross c. Suiza (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso nº 67810/10)», *Revista Tribunal Internacional*, Publicación del Departamento de Derecho Internacional, Universidad de Chile, volumen 4, nº 8, págs. 227-238.

ANDORNO, Roberto (2018). «Intercountry surrogacy and the best interest of the child», en Luisa NETO & Rute Teixeira Pedro (eds.), *Debatendo a procriação o medicamento assistida* (e-book), Porto, Faculty of Law of the University of Porto, págs. 127-136, disponible en <https://www.cije.up.pt/news/e-book-debatendo-procriacao-medicamento-assistida>.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (1999). «Eutanasia: dilemas relevantes», en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Coord.), *Problemas de la eutanasia*. Madrid: Dykinson.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (2013). *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Dykinson.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis I. (2018). *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo. (La llamada gestación por sustitución)*. Pamplona: Editorial Aranzadi, S. A. U.

ARIÈS, Philippe (1975). *Essais sur l'histoire de la mort en Occident. Du Moyen Âge à nos jours*. Paris: Éditions du Seuil.

ARIÈS, Philippe (1983). *El hombre ante la muerte*. Madrid: Taurus Ediciones, S. A.

ARROYO GIL, Antonio (2020). «Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego», *Estudios de Derecho*, Universidad de Deusto, vol. 68/2, págs. 41-73.

ARRUEGO, Gonzalo (2019). «Los confines del derecho fundamental a la vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 115, págs. 111-137.

ATIENZA, Manuel (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.

BACHELET, Olivier (2011). «Le droit de choisir sa mort: les ambiguïtés de la Cour de Strasbourg», *Revue Internationale De Droit Penal*, vol. 82, págs. 109-127.

BELOVA, Gabriela (2019). «Science and technology. Some remarks on the legal status of human embryo», *Kutafin University Law Review*, volumen 6, issue 1, págs. 1-12.

BORRILLO, Daniel (2018). «Trouble dans la parenté. Accouchement sans maternité et maternités masculines», *La Revue des Juristes de Sciences Po*, nº 15, págs. 29-36.

BOTTINI, Sarah Pentz (2007). «Europe's Rebellious Daughter: Will Ireland Be Forced to Conform Its Abortion Law to That of Its Neighbors?», *Journal of Church and State*, nº 49, págs. 212-249.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2004). *Los límites de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, S.L.

BRID, Ni Ghráinne, AISLING, McMahoo (2019). «Abortion Northern Ireland and the European Convention on Human Rights: reflections from the UK Supreme Court», *International & Comparative Law Quarterly*, volume 68, Issue 2, págs. 477-494.

BROSSET, Estelle (2011). «La fin de la vie et le droit européen», Negri (S.), *Between Life and Death: Regulating Advance Directives. National and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, págs. 87-106.

BROWN, Stephen (2014). «Gross v. Switzerland and Right to Die Jurisprudence in the European Court of Human Rights», *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, volume 14, Issue 2, article 5, págs. 1-12.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2015). *La Convention européenne des droits de l'homme*. Issy-les-Moulineaux: Lextenso éditions.

CABRERA CARO, Leticia (2019). «El consentimiento libre: la trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada», *Revista chilena de Derecho*, vol. 46, nº 2, págs. 527-553.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2015). «Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, págs. 45-113.

CANOSA USERA, Raúl (2009). «La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago (2016). «La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo en Canadá en relación con el derecho a la muerte digna», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 108, págs. 337-356.

CASADEVALL, Josep (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CASADO, María (Comp.) (2009). *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Pamplona: Aranzadi.

CASADO, María, LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús (2018). *Manual de bioética laica (I)*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.

CASADO, María, LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús, (Coords.) (2021), *El Convenio de Oviedo cumple veinte años. Propuestas para su modificación*. Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona.

COOK, R. J., DICKENS, B. M., FATHALLA, M. F. (2005). *Santé de la reproduction et droits humains. Intégrer la médecine, l'éthique et le droit*. Paris: Masson.

COOK, J., ERDMAN, Joanna N., DICKENS, Bernard M. (eds.) (2016). *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*. México: Fondo de Cultura Económica.

COSTA, Jean-Paul (2017). *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*. Paris: Dalloz.

CLIMENT GALLART, Jorge Antonio (2018). «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la disposición de la propia vida». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, págs. 124-137.

COSENTINO, Chiara (2015). «Safe and Legal Abortion: An Emergin Human Right? The long lasting Dispute with State sovereignty in ECHR Jurisprudence», *Human Rights Law Review*, nº 15, págs. 569-589.

COSTA, Jean-Paul (2017). *La Cour européenne des droits de l'homme, Des juges pour la liberté*. Clamecy: Dalloz.

CRISTIANO, Raffaella (2018). «Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione», *Rivista N de la Associazione italiana dei costituzionalisti*, págs. 1-19.

CUADROS AGUILERA, Pol (2018). *La donación de sangre. Historia y crítica de su regulación*. Pamplona: Aranzadi.

CZUBIK, Agnieszka (2019). «Protection of women's rights and helth in international law versus "surrogacy bussines"», en MOSTOWIK, Piotr, *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Warszawa: Prawo Prywatne, págs. 509-525.

DE LA TORRE, Javier (2019). *La eutanasia y el final de la vida. Una reflexión crítica*. Santander: Sal terrae.

DE SCHUTTER, Olivier (2002). «L'aide au suicide devant la Cour Européenne des droits de l'homme (A propos de l'arrêt *Pretty c. Le Royaume-Uni du 29 avril 2002*)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, nº 53, págs. 71-111.

DÍAZ FRAILE, Juan María (2019). «La gestación por sustitución ante el Registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea». *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, págs. 53-131.

DÍAZ GREGO, María (2017). «Paradiso y Campanelli c. Italia: ¿un pronunciamiento europeo contra la gestación por sustitución?», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 64, págs. 185-200.

DURÁN AYAGO, Antonia (2019). «Protocolo nº 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 48, pags. 132-149.

DWORKIN, Ronald (1998). *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel.

ENTENZA, Hector (2014). «La réglementation légale suisse en matière d'accès à l'assistance au suicide: Réflexions autour d l'arrêt Gross c. Suisse», *Swis Review of International and European Law*, nº 24, págs. 189-206.

ERDMAN, Joanna N. (2014). «Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights», *Reproductive Health Matters*, nº 22, págs. 22-30.

ERDMAN, Joanna N. (2016). «El giro procesal, el aborto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en COOK, Rebecca, ERDMANN, Joanna N., DICKENS, Bernard M., *El aborto en el derecho internacional*, México: Fondo de Cultura Económica.

ESTRADA TANCK, Dorothy (2018). «Abortion in Public International Law and comparative Perspectives: Approaches and Challenges», *Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato*, nº 13, p. 1-7.

FABBRINI, F. (2011). «The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the right to abortion», *Columbia Journal of European Law*, nº 18(1), págs. 1-72.

FARNÓS AMORÓS, Esther (2007). «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida», *Revista para el Análisis del Derecho*, págs. 1-16.

FARNÓS AMORÓS, Esther (2016). «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia», *Revista de Bioética y Derecho*, nº 36, págs. 93-111.

FARNÓS AMORÓS, Esther (2017). «Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho», *Revista Bioética y Derecho*, nº 40, págs. 231-242.

FENWICK, Daniel (2014). «"Abortion jurisprudence" at Strasbourg: deferential, avoidant and normatively neutral?», *Legal Studies*, vol. 34, nº 2, págs. 214-241.

FERNÁNDEZ CODINA (2019). *Gonzalo Gestación subrogada, Crítica a sus críticas. Sobre por qué es moralmente lícita y legalizable*. Barcelona: Bosch.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2001). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas.

FERRAJOLI, Luigi, *et alii* (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, Luigi (2011). *Principia iuris*, su volumen segundo. Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, Luigi (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, Luigi (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta.

FINNEY, Emma (2011). «Shifting toward a European ROE v. WADE: Should judicial activism create an international Right to Abortion with A., B. and C. v. Ireland?», *University of Pittsburg Law Review*, vol. 72, págs. 389-430.

FREEMAN, Katherine (1994). «The unborn child and the European convention on Human Rights: to Whom does “Everyone’s right to life” belong?», *Emory International Law Review*, vol. 8 págs. 615-665.

FROST, Tom (2018). «Abortion in Northern Ireland: Has the Rubicon Been Crossed?», *Liverpool Law Review*, nº 39, págs.175-196.

GARCÍA GARCÍA, Antonio A. (2016). «Apuntes sobre la ley francesa de 2 de febrero de 2016 por la que se crean nuevos derechos de los enfermos y de las personas al final de su vida y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de junio de 2015, recaída en el caso *Lambert y otros c. Francia*». *Extraordinario XXV Congreso 2016*, vol. 26, pp. 495-511.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2013). *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*. Barcelona: El Viejo Topo editorial.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2016). «Entre subjetividad y socialidad: el dilema de los derechos sociales ilustrado con la jurisprudencia del TEDH, ponencia del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, págs. 1-28, consultado en iusfilosofiamundolatino.ua.es.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2018). «La cosa sin la palabra: los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista española de derecho europeo*, nº 66, págs. 55-83.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2021). *Se vende cuerpo. El debate sobre la venta de órganos*. Barcelona: Herder.

GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (coords.) (2009). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARCÍA ROCA, Javier (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Pamplona: Aranzadi.

GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA, Pablo, (Coords.) (2014), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel (2018). «La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 113, págs. 103-130.

GEORGE, Robert P., TOLLEFSEN, Christopher (2012). *Embrión. Una defensa de la vida humana*. Madrid: Rialp.

GERARDS, Janneke (2019). *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Lluís I., SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés (1998). *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Civitas.

GUILLAUM, Gilbert (1999). «Article 2», en PETTITI, Louis-Edmond (Dir.); DECAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre-Henri, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris: Economica, págs. 145-148.

HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P., BUCHLEY, C. M. (2018). *Law of the European Convention on Human Rights*, Glasgow: Oxford University Press.

HENDRIKS, Arend Cornelis (2018). «End-of-life decisions. Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights», *ERA Forum*, vol. 19, nº 4, págs. 561-570.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2018-I). «La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva», en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (Coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Pamplona: Aranzadi.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2018-II). «La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, págs. 57-72.

IRELAND, Elizabeth J. (2013): «Do not Abort the Mission: An Analysis of the European Court of Human Rights case of R.R. v. Poland», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 38, nº 2, págs. 651-695.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier (2018). «Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 12, págs. 42-54.

KIRCHNER, Stefan (2012). «Turning religious values into law through the language of human rights: legal ethics and the right to life under the European Convention on Human Rights», *Baltic Journal of Law & Politics*, vol. 5, nº 1, págs. 70-98.

LAMM, Eleonora (2008). «Las restricciones de acceso a un aborto legal y seguro como violación de los derechos humanos de las mujeres», *Dipòsit Digital de la UB, Càtedra Unesco de Bioètica de la UB, Bioètica, Derecho y Sociedad, Documentos de trabajo*, consultado en diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/11421.

LAMM, Eleonora (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo (2006). «La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos», *Cuadernos de Bioética*, vol. XVII, nº 2, págs. 151-191.

LÉCUYER, Yannick (2017). *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Domont: Hachette.

LEJEUNE, Jérôme (2000). *¿Qué es el embrión humano?*. Madrid: Rialp.

LE MAIGAT, Patrice (2016). «Entre le Sacré et le Profane: Retour sur une querelle idéologique, ontologique et politique sur le statut de l'embryon. Autodétermination et dignité humaine (CEDH)», *La Revue des droits de l'homme, Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, págs. 1-9.

LE NAOUR, Jean-Yves y VALENTI, Catherine (2003). *Histoire de l'avortement, XIXe-XXe siècle*. Paris: Éditions du Seuil.

LÓPEZ BARAHONA, Mónica (2003). «Adopción prenatal: una alternativa legítima para los embriones congelados», en GARCÍA, Alberto (Coord.), *El destino de los embriones congelados*, Madrid: Fundación Universitaria Española.

LÓPEZ GUERRA, Luis (2021). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MALOVIC, Nedim (2015). «Acces to Abortion services in the Council of Europe: A critical analysis of women's reproductive rights», *European Human Rights Law Review*, págs. 1-15.

MARCOS DEL CANO, Ana María (2008). «La autonomía del paciente en los supuestos de incapacidad», en JUNQUERA DE ESTÁFINI, Rafael y ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.), *Bioética y Bioderecho: reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Granada: Comares.

MARCOS DEL CANO, Ana María y DE LA TORRE; Javier (ed.) (2019). *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*. Madrid: Dykinson.

MARCOVITCH (2020). Joël, *L'embryon, mémoire de l'humanité*. Paris: L'Harmattan.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre (2016). *La Cour européenne des droits de l'Homme*. Paris: Dalloz.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2019). «International surrogacy arrangements: a global *Handmaid's Tale*?», en MOSTOWIK, Piotr, *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, Warszawa: Prawo Prywatne.

MATHIEU Bertrand (2010). «Objet et finalité», en AZOUX BACRIE, Laurence (Coord.); GROS ESPIELL, Héctor; MICHAUD, Jean; TEBOUL, Gérard; *Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine. Analyses et commentaires*, Paris: Economica.

MÉNDEZ BAIGES, Víctor (2002-I). *Sobre morir. Eutanasia, derechos, razones*. Madrid: Trotta.

MÉNDEZ BAIGES, Víctor (2002-II). «La dignidad humana en la enfermedad del Alzheimer», en CASADO, María (Comp.) *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MÉNDEZ BAIGES, Víctor y SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio (2007). *Bioética y derecho*. Barcelona: Editorial UOC.

MIROCHA, Lukasz (2019). «Dark side of diversity. Actions undertaken in the system of the Council of Europe with regard to the issue of surrogate motherhood», en MOSTOWIK, Piotr, *Fundamental legal Problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Warszawa: Prawo Prywatne.

MOLERO MARTÍN-SALAS, María del Pilar (2016). «La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales*, vol.14, nº 2, págs. 183-206.

MORGAN, A. Rhinehart (2013). «Abortions in Ireland: Reconciling a History of Restrictive Abortion Practices with the European Court of Human Rights Ruling in A., B. & C. v. Ireland», *Penn State Law Review*, vol. 117, nº 3, págs. 959-958.

MORTE GÓMEZ, Carmen (2020). *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Condiciones de admisibilidad y modificaciones recientes del procedimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NAVARRO-MICHEL, Mónica (2021). «El test genético preimplantacional en el Convenio de Oviedo», en CASADO, María y LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús, (coords.), *El Convenio de Oviedo cumple veinte años. Propuestas para su modificación*. Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona.

NEGRI, Stefania (2014). «El consentimiento informado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Julgar Coimbra editora*, págs. 97-114.

NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar (2002). «Objeto y principios del Convenio (Capítulo I)», en CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares.

NOWICKA, Wanda (2011). «Sexual and reproductive rights and the human rights agenda: controversial and contested», *Reproductive Health Matters*, vol. 19, nº 38, págs. 119-128.

NUÑO, Laura (2020). *Maternidades S. A. El negocio de los vientres de alquiler*. Madrid: Los libros de la catarata.

OCHOA RUIZ, Natalia (2017). «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de enero de 2017, en el Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia [GC]», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, págs. 1-18.

OLAGUIBE, Luis (2018). «Constitucionalidad y convencionalidad de los derechos humanos del embrión», *Prudentia Iuris*, págs. 109-120.

OLAYA GODOY VÁZQUEZ, M. (2018). «La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, nº 34, págs. 111-131.

PATEMAN, Carole (2019). *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Ménades.

PETTITI, Louis-Edmond (direc.), (1999). *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Paris: Economica.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo y PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo (2020). *Hablemos de Derechos Humanos, La doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque*. Valencia: Tirant lo Blanch.

POLI, Ludovica (2015). «La sentenza Parrillo c. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell'embrione», *Diritto internazionale pubblico*, vol. 2, págs. 511-516.

POLI, Ludovica (2017). «Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e "treaty bodies" a confronto», *Diritti umani e diritto internazionale*, nº 1, págs. 189-212.

POLI, Ludovica (2019). «L'ultimo diritto. Esitazioni, contraddizioni, ma anche apertura nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di fine vita», *Giurisprudenza penal Web*, págs. 1-21.

POLIPO, Ottavia (2018). «*Gard c. Regno Unito*: un' altra occasione persa della Corte EDU in materia di *end-of-life-decisions*», *Diritto penale contemporaneo*, nº 3, págs. 125-152.

PRIAULX, Nicolette (2008). «Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive “Rights” and the Intriguing Case of Tysiac v. Poland», *European Journal of Health Law*, nº 15, p. 361-379.

PUPPINCK, Grégor (2013-I). «Abortion and the European Convention on Human Rights», *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 3, nº 2, págs. 142-193.

PUPPINCK, Grégor (2013-II). «Procedural Obligations under the European Convention to ensure a broader access to abortion», *The European Centre for Law and Justice*, vol. 13, nº 1, págs. 215-224.

PUPPINCK, Grégor (2013-III). «Costa and Pavan v. Italy and the convergence between human rights and biotechnologies. Commentary on the ECHR decision Costa and Pavan v. Italy, No 52/270/10, 28 Augustus 2012», *Quaderni di diritto mercato tecnologia*, nº 3, on line edition: 2239-7442, págs. 152-177.

PUPPINCK, Grégor (2014). «Le droit au suicide assisté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Générale de Droit Médical*, nº 49, págs. 1-22.

PUPPINCK, Grégor (2015). «El aborto en la ley europea: derechos humanos, derechos sociales y la nueva tendencia cultural», *Prudentia iuris*, nº 80, págs. 165-178.

PUPPINCK, Grégor (2018). *Les droits de l'homme dénaturé*. Paris: Les Éditions du Cerf.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2003). *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2009). «El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH», en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., (Coords.), *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, Políticos y Constitucionales.

REGUERA CABEZAS, Marta y CAYÓN-DE LAS CUEVAS, Joaquín (2021). «Deseados pero abandonados: el incierto destino de los embriones crioconservados», *Revista de Bioética y Derecho*, nº 53, págs. 139-157.

RENUCCI, Jean-François (2005). *Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Droits garantis et mécanisme de protection*. Strasbourg: Éditions du Conseil de l'Europe.

REY MARTÍNEZ, Fernando (2008). «La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 12, págs. 33-69.

REY MARTÍNEZ, Fernando (2009). «La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión», *Estudios Constitucionales de Chile*, nº 1, págs. 331-360.

REY MARTÍNEZ, Fernando (2011). «¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia “A, B y C vs. Irlanda”, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Derecho del Estado*, nº 27, págs. 293-302.

RIETIKER, Daniel (2012). «From Prevention to Facilitation? Suicide in the Jurisprudence of the ECtHR in the light of the Recent *Haas v. Switzerland* Judgment», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 25, págs. 85-126.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.) (2002). *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares.

SALES PALLARÉS, Lorena (2019). «La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, págs. 326-347.

SÁNCHEZ, Pablo A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel (2014). «El inicio de la vida humana y el alcance de su protección jurídica en la jurisprudencia europea e internacional», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, págs. 435-483.

SANDEL, Michael J. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*. Barcelona: Penguin Random House.

SANDEL, Michael J. (2015). *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*. Barcelona: Marbot Ediciones.

SANDEL, Michael J. (2016). *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?*. Barcelona: Penguin Random House.

SANZ CABALLERO, Susana (2004). «El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanasia a debate», *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 31, págs. 157-181.

SARTORI, Daria (2018). «End-of-life issues and the European Court of Human Rights. The value of personal autonomy within a *proceduralized* review», *Questions of International Law*, nº 52, págs. 23-43.

SAURA ESTAPÀ, Jaume (2015). «El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de derechos humanos», *Revista electrónica de Estudios internacionales*, nº 29, págs. 1-33.

SCOTT, Rosamund (2018). «Reproductive Health: Morals, Margins and Rights», *The Modern Law Review*, vol. 81 nº 3, págs. 422-451.

SCOTTO, Pablo (2021). «¿Interés o dignidad? El fundamento de los derechos de la persona en el Convenio de Oviedo.», en CASADO, María y LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús, (Coords.), *El Convenio de Oviedo cumple veinte años. Propuestas para su modificación*, Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona.

SEATZU, Francesco y SIMONA, Fanni (2015). «The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine», *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 31, nº 81, págs. 6-16.

SIEGEL, Reva B. (2016). «La constitucionalización del aborto», en COOK, Rebecca J., ERDMAN, Joanna N. y DICKENS, Bernard M. (Editores), *El aborto en el derecho transnacional*, México: Fondo de Cultura Económica.

SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (2008), «La legislación biomédica ante la tecnología genética», en SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (Ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Barcelona: Icaria.

SONIEWICKA, Marta (2019) «Ethical and philosophical issues arising from surrogate motherhood», en MOSTOWIK, Piotr, *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, Warszawa: Prawo Prywatne.

SUDRE, Frédéric (2015). *La Convention Européenne des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France.

SUDRE, Frédéric (2016). *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France.

SUDRE, Frédéric (Dir.), *et alii* (2017). *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Paris: Presses Universitaires de France.

TORRES QUIROGA (2019). Miguel Ángel, *Maternidad y gestación en venta. Fabricar bebés en la era neoliberal*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.

UNDURRAGA, Verónica (2016). «El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto», en COOK, Rebecca J., ERDMAN, N. y DICKENS, Bernard M. (Eds.), *El aborto en el derecho transnacional*, México: Fondo de Cultura Económica.

VALERO HEREDIA, Ana (2014). «La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional UNED*, nº 43, p. 421-440.

VALLS, Ramón (2003). *Ética para la bioética y a ratos para la política*. Barcelona: Gedisa.

VALLS, Ramón (2016). «La dignidad humana», en ROYES, Albert (Coord.), *Morir en libertad*, Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.

VARI, Filippo (2021). «Considerazione critiche a propósito della sentenza Costa et Pavan della II Sezione della Corte EDU», *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 1, págs. 1-9.

VILAR GONZÁLEZ, Silvia (2018). *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*. Madrid: Wolters Kluwer España.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2019). «El grupo de bioética de la conferencia de obispos de la Unión Europea: "el grupo". Comentarios sobre el dictamen sobre la subrogación gestacional». en LLEDÓ YAGÜE Francisco et alii (Dir.), GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa (Coordinadora), *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, Madrid: Dykinson.

VON DER PFORDTEN, Dietmar (2020). *Dignidad humana*. Barcelona: Atelier.

WACHSMANN, Patrick (2008). *Les droits de l'homme*. Paris: Dalloz, Paris.

WICKS, Elizabeth (2011). «A, B, C v. Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 11, nº 3, págs. 556-566.

WICKS, Elizabeth (2012). «The Meaning of *life*: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties», *Human Rights Law Review*, vol. 12, nº 2, págs. 199-219.

WICKS, Elizabeth (2014). «The Supreme Court judgment in *Nicklinson*: one step forward on assisted dying, two steps back on human rights», *Medical Law Review*, vol. 23, nº 1, págs. 144-156.

WICKS, Elizabeth (2016). «*Nicklinson and Lamb v. United Kingdom*: Strasbourg fails to assist on assisted dying in the UK», *Medical Law Review*, vol. 24, nº 4, págs. 633-640.

WILLEMS, Geoffrey (2017). «Droits de l'homme et procréation médicalement assistée: la Cour de Strasbourg face aux évolutions biomédicales et aux mutations de la filiation», consultado en la web el 27/22/2021 <http://www.protestants.org/index.php?id=34242>, págs. 1-18.

ZAMPAS, Christina y GHER, Jaime M. (2008). «Abortion as a Human Right-International and Regional Standards», *Human Rights Law Review*, vol. 8, n° 2, págs. 249-294.

JURISPRUDENCIA

A c. Reino Unido, nº 100/1997/884/1096, sentencia de 23 de septiembre de 1998 del TEDH.

A, B y C c. Irlanda, nº 25579/05, sentencia de 16 de diciembre de 2010 de la Gran Sala del TEDH.

Ada Rossi y otros c. Italia, nº 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 56278/08, 58420/08 y 58424/08, decisión sobre la admisibilidad de 16 de diciembre de 2008 de la Sección 2ª del TEDH.

Airey c. Irlanda, nº 6289/73, sentencia de 6 de febrero de 1981 del TEDH.

Bazorkina c. Rusia, nº 69481/01, sentencia de 27 de julio de 2006 de la Sección 3ª de la Sala del TEDH.

Biao c. Dinamarca, nº 3859/10, sentencia de 25 de mayo de 2016 de la Gran Sala del TEDH.

Burke c. Reino Unido, nº 19807/06, decisión sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 11 de julio de 2006 de la Sección 4ª del TEDH.

C c. Francia y E c. Francia, nº 1462/18 y 17348/18, decisión de 19 de noviembre de 2019 de la Sección 5ª del TEDH.

Costa y Pavan c. Italia, nº 54270/10, sentencia de 28 de agosto de 2012 de la Sección 2ª del TEDH.

D. c. Francia, nº 11288/18, sentencia de 16 de julio de 2020 de la Sección 5ª del TEDH.

D. c. Irlanda, nº 26499/02, decisión sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 27 de junio de 2006 de la Sección 4ª del TEDH.

D. y otros c. Bélgica, nº 29176/2013, decisión sobre la admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 8 de julio de 2014 de la Sección 2ª del TEDH.

Demopoulos y otros c. Turquía, nº 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19994/04 y 21819/04, decisión de 1 de marzo de 2010 de la Gran Sala del TEDH.

Dickson c. Reino Unido, nº 44362/04, sentencia de 4 de diciembre de 2007 de la Gran Sala del TEDH.

Dictamen de la Gran Sala del TEDH en relación con el reconocimiento en derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, solicitado por el Tribunal de casación francés, nº P16-2018-001, 10 de abril de 2019, dictamen firme de la Gran Sala del TEDH.

E. B. c. Francia, nº 43546/02, sentencia de 22 de enero de 2008 de la Gran Sala del TEDH.

Evans c. Reino Unido, nº 6339/05, sentencia de 10 de abril de 2007 de la Gran Sala del TEDH.

Fjölfnisóttir y otros c. Islandia, nº 71552/2017, sentencia de 18 de mayo de 2021 de la Sección 3ª del TEDH.

Foulon y Bouvet c. Francia, nº 90963/2014 y nº 10410/2014, sentencia de 21 de julio de 2016 de la Sección 5ª del TEDH.

Gard y otros c. Reino Unido, nº 39793/17, decisión de 27 de junio de 2017 de la Sección 1ª del TEDH, corregida el 7 de julio de 2017 conforme al artículo 81 del Reglamento del TEDH.

Genovese c. Malta, nº 52124/09, sentencia de 11 de octubre de 2011 de la Sección 4ª del TEDH.

Giampiero Boso c. Italia, nº 50490/99, decisión sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 5 de septiembre de 2002 de la Sección 1ª del TEDH.

Glass c. Reino Unido, nº 61827/00, sentencia de 9 de marzo de 2004 de la Sección 4ª del TEDH.

Gross c. Suiza, nº 67810/10, sentencia de 14 de mayo de 2013 de la Sección 2ª del TEDH.

Gross c. Suiza, nº 67810/10, sentencia de 30 de septiembre de 2014 de la Gran Sala del TEDH que anula la sentencia de 14 de mayo de 2013 de la Sección 2ª del TEDH.

H c. Noruega, nº 17004/90, decisión sobre la admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 19 de mayo de 1992 de la Comisión.

Hass c. Suiza, nº 31322/07, sentencia de 20 de enero de 2011 de la Sección 1ª del TEDH.

Hirst c. Reino Unido, nº 74025/01, sentencia de 6 de octubre de 2005 de la Gran Sala del TEDH.

Hristozov y otros c. Bulgaria, nº 47039/11 y nº 358/12, sentencia de 13 de noviembre de 2012 de la Sección 4ª del TEDH.

Iwanzuk c. Polonia, nº 25196/94, sentencia de 15 de noviembre de 2001 de la Sección 4ª del TEDH.

Jacques y Catherine Levenez c. Francia, nº 30643/06, decisión sobre la admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 9 de enero de 2010 de la Sección 5ª del TEDH.

Jane Nicklinson c. Reino Unido y Paul Lamb c. Reino Unido, nº 2478/15 y 1787/15, decisión sobre la admisibilidad de la demanda que las declara inadmisibles de 16 de julio de 2015 de la Sección 4ª del TEDH.

Johansen c. Noruega, nº 17383/90, sentencia de 27 de junio de 1996 del TEDH.

Kearns c. Francia, nº 25991/04, sentencia de 10 de enero de 2008 de la Sección 3ª del TEDH.

Keegan c. Irlanda, nº 16969/90, sentencia de 26 de mayo de 1994 del TEDH.

Ketreb c. Francia, nº 38447/09, sentencia de 19 de julio de 2012 de la Sección 5ª del TEDH.

Koch c. Alemania, nº 497/09, sentencia de 19 de julio de 2012 de la Sección 5ª del TEDH.

Kopf y Liberda c. Austria, nº 1598/06, sentencia de 17 de enero de 2012 de la Sección 5ª del TEDH.

Kroon y otros c. Países Bajos, nº 18535/91, sentencia de 27 de octubre de 1994 del TEDH.

Labasse c. Francia, nº 65941/2011, sentencia de 26 de junio de 2014 de la Sección 5ª del TEDH.

Labita c. Italia, nº 26772/95, sentencia de 6 de abril de 2000 de la Gran Sala del TEDH.

Lambert y otros c. Francia, nº 46043/14, sentencia de 5 de junio de 2015 de la Gran Sala del TEDH.

Laborie c. Francia, nº 44024/13, sentencia de 19 de enero de 2017 de la Sección 5ª del TEDH.

L.C.B. c. Reino Unido, nº 23413/94, sentencia de 9 de junio de 1998 del TEDH.

Marckx c. Bélgica, nº 6833/74, sentencia de 13 de junio de 1979 del TEDH.

McCann y otros c. Reino Unido, nº 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995 de la Gran Sala del TEDH.

Mennesson c. Francia, nº 65192/2011, sentencia de 26 de junio de 2014 de la Sección 5ª del TEDH.

Mikulic c. Croacia, nº 53176/99, sentencia de 7 de febrero de 2002 de la Sección 1ª de la Sala del TEDH.

Moretti y Benedetti c. Italia, nº 16318/07, sentencia de 27 de abril de 2010 de la Sección 10ª del TEDH.

Neulinger y Shuruk c. Suiza, nº 41615/07, sentencia de 6 de julio de 2010 de la Gran Sala del TEDH.

O. c. Alemania, nº 77910/01, decisión sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 11 de diciembre de 2007 de la Sección 5ª del TEDH.

Olsson c. Suecia, nº 10465/83, sentencia de 24 de marzo de 1988 del TEDH.

Open Door y Dublín Well Women c. Irlanda, nº 14234/88 y 14235/88, sentencia de 29 de octubre de 1992 del TEDH.

Osman c. Reino Unido, nº 23452/92, sentencia de 28 de octubre de 1998 de la Gran Sala del TEDH.

P. y S. c. Polonia, nº 57375/08, sentencia de 30 de octubre de 2012 de la Sección 4ª del TEDH.

Parfitt c. Reino Unido, nº 18533/2021, decisión sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile de 21 de abril de 2021 de la Sección 4ª del TEDH.

Paradiso y Campanelli c. Italia, nº 25358/2012, sentencia de 27 de enero de 2015 de la Sección 10ª del TEDH.

Paradiso y Campanelli c. Italia, nº 25358/2012, sentencia de 24 de enero de 2017 de la Gran Sala del TEDH.

Parrillo c. Italia, nº 46470/11, sentencia de 27 de agosto de 2015 de la Gran Sala del TEDH.

Predescu c. Rumania, nº 21447/03, sentencia de 2 de diciembre de 2008 de la Sección 3ª del TEDH.

Pretty c. Reino Unido, nº 2346/02, sentencia de 29 de abril de 2002 de la Sección 4ª del TEDH.

Price c. Reino Unido, nº 33394/96, sentencia de 10 de julio de 2001 de la Sección 3ª del TEDH.

R. c. Reino Unido, nº 10083/82, decisión de la Comisión de 4 de julio de 1983 sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile.

R. y H. c. Reino Unido, nº 35348/06, sentencia de 31 de mayo de 2011 de la Sección 4ª del TEDH.

R. R. c. Polonia, nº 27617/04, sentencia 26 de mayo de 2011 de la Sección 4ª del TEDH.

Rossegatti c. Suiza, nº 17671/02, sentencia de 13 de julio de 2006 de la Sección 3ª del TEDH.

Rosemarie Brüggemann y Abdelhaid Scheuten c. La República Federal de Alemania, nº 6959/75, decisión de la Comisión de 19 de mayo de 1976 sobre admisibilidad de la demanda que la declara admisible.

Rosemarie Brüggemann y Abdelhaid Scheuten c. La República Federal de Alemania, nº 6959/75, resolución del Comité de Ministros del 17 de marzo de 1978.

Scozzari y Giunta c. Italia, nº 39221/98 y 41963/98, sentencia de 13 de julio de 2000 de la Gran Sala del TEDH.

S. H. y otros c. Austria, nº 57813/00, sentencia de 3 de noviembre de 2011 de la Gran Sala del TEDH.

Sanles Sanles c. España, nº 48335/99, decisión de la Sección 4ª del TEDH de 26 de octubre de 2000 sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile.

Schneider c. Alemania, nº 17080/07, sentencia de 15 de septiembre de 2011 de Sección 4ª del TEDH.

Soering c. Reino Unido, nº 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989 del TEHD.

Tysiac c. Polonia, nº 5410/03, sentencia de 20 de marzo de 2007 de la Sección 4ª del TEDH.

Valasinas c. Lituania, nº 44558/98, sentencia de 24 de julio de 2001 de la Sección 3ª del TEDH.

Vo. c. Francia, nº 53924/00, sentencia de 8 de julio de 2004 de la Gran Sala del TEDH.

Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo, nº 76240/01, sentencia de 28 de junio de 2007 de la Sección 1ª del TEDH.

Women on waves y otros c. Portugal, nº 31276/05, sentencia de 3 de febrero de 2009 de la Sección 2ª del TEDH.

WP. c Reino Unido, nº 8416/78, decisión de la Comisión de 13 de mayo de 1980 sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile.

X c. Alemania, nº 10565/83, decisión de la Comisión de 9 de mayo de 1984 sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile.

X c. Austria, nº 7045/75, decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1976 sobre admisibilidad de la demanda que la declara inadmisibile.

X, Y y C c. Reino Unido, nº 2183/93, sentencia de 22 de abril de 1997 de la Gran Sala del TEDH.

Y. C. c. Reino Unido, nº 4547/10, sentencia 13 de marzo de 2012 de la Sección 4ª del TEDH.

Z. c. Polonia, nº 46132/08, sentencia de 13 de noviembre de 2012 de la Sección 4ª del TEDH.