

# El inicio de la vida humana y el alcance de su protección jurídica en la jurisprudencia europea e internacional

## *The Beginning of the Human Life and the Scope of its Legal Protection in the European and International Case Law*

José Manuel **Sánchez Patrón\***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El alcance subjetivo de la protección jurídica*. III. *El alcance objetivo de la protección jurídica*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

\* Profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Departamento de Derecho internacional “Adolfo Miaja de la Muela”. Universitat de València. E-mail: [jmsp@uv.es](mailto:jmsp@uv.es).

El presente trabajo de investigación ha sido elaborado en el marco del Grupo Interdisciplinar de I+D+I Bioderecho de la Universitat de València así como del Proyecto de investigación: “El reforzamiento del estatuto jurídico del individuo en los ámbitos internacional, europeo y nacional: nuevos desarrollos normativos y jurisprudenciales” subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad [DER2010-20139/JURI-TIPO BJ]. Dicho trabajo de investigación ha sido finalizado en mayo de 2013.

Artículo recibido el 7 de julio de 2013

Aprobado para publicación el 11 de septiembre de 2013

**RESUMEN:** Los tratados internacionales de derechos humanos reconocen el derecho a la vida, pero la mayoría de ellos no determinan si las personas no nacidas quedan comprendidas en su ámbito de aplicación y cuál sería el grado de protección. Ante esta falta de concreción, la interpretación y aplicación de este derecho fundamental realizada por sus órganos de control resulta de especial importancia. El análisis de la jurisprudencia existente al respecto — fundamentalmente, de procedencia europea— nos permitirá contribuir a la delimitación del alcance subjetivo y objetivo de la protección del no nacido.

**Palabras clave:** vida humana, derechos humanos, protección jurídica y jurisprudencia internacional y europea.

**ABSTRACT:** The international human rights treaties recognize the right to life, but most of them do not determine if the unborn is within its scope and what the degree of protection. Given this lack of specificity, the interpretation and application of this fundamental right by its supervisory bodies is particularly important. The analysis of existing case law about it - mainly from Europe - will enable us to contribute to the definition of subjective and objective scope of the protection of the unborn.

**Descriptors:** Human life, Human rights, Legal protection and International and European case-law.

**RÉSUMÉ:** Les traités internationaux relatifs aux Droits de l'homme reconnaissent le droit à la vie, mais la plupart d'entre eux ne déterminent pas si l'enfant à naître ne sont pas dans sa portée et ce que le degré de protection. Compte tenu de ce manque de spécificité, l'interprétation et l'application de ce droit fondamental par ses organes de contrôle est particulièrement important. L'analyse de la jurisprudence existant à ce sujet - principalement d'Europe - va nous permettre de contribuer à la définition de la portée subjective et objective de la protection de l'enfant à naître.

**Mots-clés:** Vie humaine; Droits de l'homme, Protection juridique et jurisprudence internationale et européenne.

## I. INTRODUCCIÓN

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “todo individuo tiene derecho a la vida”, sin más especificaciones.<sup>1</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos añade que este derecho “es inherente a la persona humana” y que estará protegido por la ley sin que pueda serle negado arbitrariamente.<sup>2</sup> Similares garantías otorga el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) al derecho de “toda persona” a la vida.<sup>3</sup> La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos se pronuncia en el mismo sentido.<sup>4</sup> Sin embargo, ninguno de estos instrumentos internacionales determina el alcance del reconocimiento de este derecho;<sup>5</sup> en concreto, si su ámbito de protección se

<sup>1</sup> El artículo 3o. de la Resolución 217 A(III) de 10 de diciembre de 1948 de la Asamblea General de las Naciones Unidas dispone que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

<sup>2</sup> El artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 establece que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

<sup>3</sup> El artículo 2.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 señala que: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga penal capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establezca esa pena”.

<sup>4</sup> El artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 27 de julio de 1981 afirma que: “Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente”. No obstante, el artículo 14.2 del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África de 11 de julio de 2003 —en vigor desde el 25 de noviembre de 2005— compromete a los Estados parte a “adoptar las medidas apropiadas para: c) proteger los derechos reproductivos de la mujer autorizando el aborto médico en casos de abuso sexual, violación, incesto, y cuando la continuidad del embarazo pone en peligro la salud física y mental de la madre o la vida de la madre o el feto”. Acerca del contenido de dicho instrumento internacional puede consultarse el análisis de: Ngwena, CH., “Inscribing Abortion as a Human Right: Significance of the Protocol on the Rights of Women in Africa”, *Human Rights Quarterly: A Comparative and International Journal of the Social Sciences, Philosophy and Law*, vol. 32, núm. 4, pp. 783-864.

<sup>5</sup> Smits, P. W., *The Right to Life of the Unborn Child in International Documents, Decisions and Opinions*, Bedum, Scholma, 1992.

extiende a los seres humanos no nacidos y en su caso cuál sería el grado de protección.<sup>6</sup>

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) incorpora una redacción parecida a la recogida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; pero, al contrario de lo establecido por este último tratado internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos especifica que el derecho a la vida estará protegido “en general”, “a partir del momento de la concepción”.<sup>7</sup> Esta mención es la única que se explicita en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y que se refiere al ámbito de aplicación inicial del citado derecho fundamental.<sup>8</sup> Una simple lectura de su contenido es suficiente para considerar comprendido dentro de su ámbito de protección a los no nacidos (alcance subjetivo). No obstante, la redacción de este derecho fundamental deja sin determinar el margen de protección del que gozaría el no nacido hasta el momento en el que se produjera el nacimiento (alcance objetivo). Este tratado internacional —al igual

<sup>6</sup> Al respecto y sin ánimo exhaustivo puede consultarse los trabajos de: Cave, E., *The Mother of all Crimes: Human Rights, Criminalization and Child Born Alive*, Aldershot, Ashgate, 2004; Eser, A. y Koch, H. G., *Abortion and the Law: from International Comparison to Legal Policy*, T. M. C. Asser Press, The Hague, 2005; Fortin, J., “Legal Protection for the Unborn Child”, *The Modern Law Review*, 1987, vol. 51, pp. 54-83; Hassan, D. Y Khan, A., “Right to Life and Abortion : a Study on the Legal Controversy of the Status of the Unborn Child in International Human Rights Law”, *The Indian Journal of International Law: A Quarterly*, 2011, vol. 51, núm. 3, pp. 408-422; Hubbard, R., “Rights for fetuses and embryos?”, *Rights and liberties in the biotech age: Why we need a genetic bill of rights*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 2005, pp. 216-218; Ibegbu, J., *Rights of the Unborn Child in International Law*, Lewiston, Edwin Mellen Press, 2000; Magherita, R., “Abortion and Human Rights”, *New Law Journal*, 1991, vol. 141, núm. 6520, pp. 1270-1271; Starck, Ch., “The human embryo is a person and not a object”, *Human dignity and Human Cloning*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 63-67 y Steinbock, B., *Life Before Birth: the Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2011.

<sup>7</sup> El artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969 determina que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

<sup>8</sup> Mathieu, B., “Le droit á la vie dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes”, *Le droit á la vie*, Editions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 2006, y Wicks, “The Meaning of Life: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review*, 2012, vol. 12, núm. 2, pp. 199-219.

que ocurre con otros instrumentos internacionales señalados en esta parte introductoria— concibe el derecho a la vida como un derecho que no tiene carácter absoluto; peculiaridad que también comparte con el resto de derechos fundamentales. Su protección se encuentra sometida a un régimen de limitaciones. Sin embargo, tales limitaciones sólo se prevén para las personas ya nacidas y no para los que no han nacido aún. Por este motivo, el grado de protección concedido a estos últimos se encuentra indefinido.

Ante la falta de concreción apuntada, la interpretación y aplicación del derecho a la vida realizada por los órganos de control de estos tratados internacionales, resulta de especial importancia. Precisamente, el presente trabajo de investigación tiene por objeto analizar la jurisprudencia existente al respecto a fin de delimitar, a través de esta vía, el alcance de la protección del no nacido; en particular, cuál es el alcance subjetivo y objetivo de dicha protección que se deriva del derecho fundamental a la vida. Para llevar a efecto la finalidad propuesta, hemos seleccionado los principales casos judiciales en la materia, centrándonos, principalmente, en la jurisprudencia europea en la que se ha abordado el mayor número de casos planteados.

Por lo que respecta al alcance subjetivo de la protección, los casos han sido seleccionados con el objetivo de intentar despejar las dudas existentes acerca de la atribución del derecho a la vida al no nacido, pero también sobre otras cuestiones conexas; a saber: ¿cuándo se iniciaría la protección? ¿Quién estaría cubierto por la misma? ¿Los progenitores gozan de algún tipo de protección? ¿Y terceras personas? En relación con el alcance objetivo de la protección, la selección casuística obedece a la pretensión de responder a la cuestión de la extensión del derecho a la vida del no nacido así como a otras vinculadas a esta última; en concreto: ¿cuál sería el contenido de la protección? ¿Existe un contenido absoluto? ¿Qué tipo de obligaciones son las que vinculan a los Estados? Y, por último, ¿qué garantías deben respetar?

## II. EL ALCANCE SUBJETIVO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA

### 1. *La protección jurídica del no nacido*

#### A. *La protección jurídica del embrión*

La fecundación *in vitro* (FIV) constituye una técnica de reproducción asistida utilizada para solucionar problemas de infertilidad. Esta técnica consiste en fertilizar los óvulos de la mujer con el espermatozoides del hombre mediante un procedimiento que se realiza en el laboratorio. El embrión resultante es implantado en el útero o en las trompas de Falopio de la mujer con el fin de procurar su embarazo.

El Estado de Costa Rica aprobó un Decreto Ejecutivo el 3 de febrero de 1995 en el que autorizó la práctica de la FIV en unas condiciones restrictivas. Sin embargo, la Corte Suprema consideró que dicha disposición legislativa era inconstitucional en una sentencia adoptada el 15 de marzo de 2000, ya que, entre otras razones, la práctica de la FIV “aten-taba claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”.<sup>9</sup> Como consecuencia de esta prohibición, algunos matrimonios tuvieron que interrumpir su tratamiento médico y otros se vieron obligados a viajar a otros países para poder tener acceso a la FIV, lo que a juicio de los demandantes, supuso la violación de varias disposiciones de la CADH.<sup>10</sup> Precisamente, la Corte Suprema de Costa Rica consideró que el De-creto Ejecutivo que autorizaba la práctica de la FIV era inconstitucional por contravenir la CADH, cuyo articulado —en concreto, el artículo 4.1 referido al derecho a la vida— exige, en su opinión, una protección absoluta del embrión.<sup>11</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) examinó el caso planteado a la luz de dicho artículo convencional. Y para ello, interpretó algunos de los conceptos presentes

<sup>9</sup> Corte IDH, sentencia *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012, par. 74.

<sup>10</sup> Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, Resumen oficial de la sentencia del 28 de noviembre de 2012.

<sup>11</sup> *Ibidem*, par. 171.

en el mismo; en particular, el término “concepción”.<sup>12</sup> Su concreción resulta clave a los efectos de determinar el momento a partir del cual se inicia la protección reconocida por la CADH.<sup>13</sup>

La Corte IDH acudió a la literatura científica y observó que existen dos lecturas diferentes del término concepción.<sup>14</sup> La primera identifica este término con el momento de la “fecundación” del óvulo por el espermatozoide, mientras que la segunda traslada aquel momento al de “la implantación” del óvulo fecundado en el útero de la mujer.<sup>15</sup> Según la primera de estas interpretaciones, la “fecundación” constituiría el momento a partir del cual el embrión ha alcanzado un grado de madurez suficiente para ser considerado un “ser humano” con una “vida plena”.<sup>16</sup> Por el contrario, los defensores de “la implantación” entienden que estas consideraciones sólo pueden atribuirse al embrión implantado en el útero “donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno”.<sup>17</sup> Al respecto, la Corte IDH observó que “sólo cuando se cumple el segundo momento (el de la implantación) se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”.<sup>18</sup> El óvulo fecundado —según constató la Corte IDH— “da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano”, si bien es cierto que “si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son

<sup>12</sup> Al respecto, puede consultarse el trabajo de Rubinfeld, J., “On the Legal Status of the Proposition that ‘Life Begins at Conception’”, *Stanford Law Review*, 1991, vol. 43, núm. 3, pp. 599-635. Y, en particular, en relación con la CADH, el trabajo de Paul Díaz, A., “Estatus del no nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación”, *Ius et Praxis*, vol. 18, núm. 1, 2012, pp. 61-112.

<sup>13</sup> Corte IDH, sentencia Artavia Murillo..., *cit.*, par. 176.

<sup>14</sup> La Corte IDH también se hace eco de otras posturas como la que defiende que “la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso” del embrión. Sin embargo, la Corte IDH no desarrolla ni, por supuesto, asume sus postulados en el razonamiento jurídico de su sentencia. Véase Corte IDH, sentencia Artavia..., *cit.*, par. 183. Al respecto, véase Pérez Álvarez, S., *La libertad ideológica ante los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la UE*, Granada, Comares, 2009, pp. 2 y ss.

<sup>15</sup> Corte IDH, sentencia Artavia Murillo..., *cit.*, par. 180.

<sup>16</sup> *Ibidem*, par. 183 y 186.

<sup>17</sup> *Ibidem*, par. 183.

<sup>18</sup> *Ibidem*, par. 186.

nulas”.<sup>19</sup> Esto quiere decir que, a juicio de la Corte IDH, si “un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”.<sup>20</sup> A la vista de ello, la Corte IDH llegó a la conclusión de que el término concepción debe entenderse “desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar” los derechos reconocidos en el articulado de la CADH.<sup>21</sup>

La Corte IDH consideró que la expresión “persona”, “utilizada en numerosos artículos” de la CADH no permite “sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos”.<sup>22</sup> Por este motivo, concluyó señalando que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”.<sup>23</sup> Ahora bien, la conclusión anterior, ¿debe predicarse del embrión como tal, independientemente de su implantación en el útero materno? La Corte IDH aclaró que el derecho a la vida —y, por extensión, el resto de los consagrados en el CADH— no se aplica antes de la concepción, momento que, según su interpretación, coincide con el de la implantación en el útero de la mujer. Según sus propias palabras, “antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4” en el que se reconoce dicho derecho.<sup>24</sup> Esta posición le permitió rechazar la prohibición decidida por la Corte Suprema de Costa Rica en la que se consideraba la FIV contraria al derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la CADH.<sup>25</sup> Ahora bien,

<sup>19</sup> *Ibidem*, par. 186.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*, par. 189. También, véase par. 223, 244, 256, 264 y 315. No obstante, el juez Vio Grossi expresó su voto disidente a la conclusión mayoritaria alcanzada por la Corte. Según su parecer, “para la Convención, la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, que se es “persona” o “ser humano” desde el “momento de la concepción”, lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. A partir de esto último se tiene, entonces, según aquella, el “derecho... a que se respete (la) vida” de “toda persona” y, consecuentemente, existe la obligación de que se proteja ese derecho”. Voto disidente del juez Vio Grossi a la sentencia *Artavia Murillo...*, *cit.*, p. 12.

<sup>22</sup> *Ibidem*, par. 222.

<sup>23</sup> *Ibidem*, par. 223.

<sup>24</sup> *Ibidem*, par. 264.

<sup>25</sup> También, en este sentido, ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe núm. 85/10 adoptado en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa*



la Corte IDH se mostró tajante con la negación de los derechos reconocidos en la CADH al embrión no implantado en el útero materno, al considerarlo no concebido, y por ende, carente de personalidad.<sup>26</sup> Pero, ¿qué ocurre una vez que el embrión resulta implantado en el útero de la mujer? En congruencia con su razonamiento jurídico, la concepción debería ser admitida y a partir de ella, la protección del embrión implantado. No obstante, la Corte IDH no se pronunció expresamente sobre el particular, sino que cabe admitir implícitamente esta interpretación cuando afirma que “no puede alegarse la protección absoluta del embrión”.<sup>27</sup> Esto quiere decir que el embrión implantado, en tanto que concebido, gozaría de protección, si bien es cierto que esta última no sería “absoluta”. Aunque la Corte IDH evitó ser más precisa al respecto, puede inferirse de sus afirmaciones que el embrión implantado gozaría de la protección concedida por la CADH; incluso, de la protección derivada del derecho a la vida. Pero esta protección no sería “absoluta”, sino que el alcance de la misma sería “gradual e incremental” en función del “desarrollo” que hubiera experimentado el propio embrión.<sup>28</sup>

### B. La protección jurídica del feto

Una mujer británica decidió interrumpir su embarazo de ocho semanas alegando problemas de salud física/mental. Conforme a la legislación nacional, la interrupción del embarazo podía llevarse a cabo en estos supuestos siempre y cuando dos facultativos certificasen los problemas de salud física/mental de la embarazada. Aunque la mujer obtuvo sendos

Rica, del 14 de julio de 2010, pars. 111 y 115. Con respecto a esta última decisión, puede consultarse la contribución de Brena, I., “La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, vol. 12, pp. 25-45.

<sup>26</sup> Acerca de esta cuestión, véase Petersen, N., “The Legal Status of the Human Embryo “in vitro”: General Human Rights Instruments”, *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, 2005, vol. 65, núm. 2, pp. 447-466, especialmente, p. 466 en las que figura las conclusiones de su estudio.

<sup>27</sup> Corte IDH, sentencia Artavia Murillo..., *cit.*, par. 263. También en este sentido, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe núm. 23/81 “Caso 2141 Estados Unidos de América (Baby Boy)” de 6 de marzo de 1981, par. 31.

<sup>28</sup> Corte IDH, sentencia Artavia Murillo..., *cit.*, par. 264.

certificados, su marido se opuso a la interrupción del embarazo. A fin de evitarlo, el marido acudió ante los tribunales británicos invocando el derecho a la vida del feto. Sin embargo, los tribunales británicos desestimaron su petición, por lo que el demandante, una vez agotada la vía judicial interna, decidió elevar los hechos relatados ante la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos que adoptó uno de sus primeros pronunciamientos sobre el particular.<sup>29</sup>

La Comisión Europea de Derechos Humanos examinó el artículo 2o. del CEDH donde se reconoce el derecho a la vida.<sup>30</sup> Y a resultados de su examen, el órgano europeo llegó a la conclusión de que dicho artículo está destinado a proteger la vida de “las personas ya nacidas y no puede aplicarse al feto”.<sup>31</sup> Ahora bien, la Comisión Europea de Derechos Humanos advirtió que tampoco existe una limitación expresa en el artículo 2o. del CEDH que excluya al feto de su ámbito de protección.<sup>32</sup> Por tal motivo, este artículo puede ser interpretado de tres formas diferentes; a saber: la primera, no reconociendo al feto un derecho a la vida, la segunda “reconociendo al feto tal derecho con ciertas limitaciones” y, la tercera, “reconociendo al feto un derecho a la vida de carácter absoluto”.<sup>33</sup> No obstante, el órgano convencional rechazó esta última interpretación desde el inicio del examen de las tres opciones apuntadas.<sup>34</sup> Su rechazo lo justificó a partir de una constatación fáctica: la vida del feto “está íntimamente ligada a la vida de la madre que lo gesta y no puede ser considerado aisladamente”.<sup>35</sup> Esta imposibilidad *de facto* impide que el derecho a la vida del feto pueda ser concebido de manera absoluta, ya que esta concepción conllevaría la prohibición de interrumpir el embarazo en cualquier caso, incluso cuando dicho embarazo “pone en

<sup>29</sup> ComEDH, decisión “X v. United Kingdom”, del 13 de mayo de 1980, as. 8416/79.

<sup>30</sup> *Ibidem*, par. 7 y ss.

<sup>31</sup> *Ibidem*, par. 17.

<sup>32</sup> Con carácter general, acerca de la protección del feto, véase Frankowski, S. y Cole, G., *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective*, Dordrecht, Nijhoff, 1987, y Kulusika, S., “The Rights of the Foetus: An Overview”, *Zambia Law Journal*, 2004, vol. 36, pp. 111-138.

<sup>33</sup> ComEDH, decisión “X v. United Kingdom”, *cit.*, par. 17.

<sup>34</sup> *Ibidem*, par. 18.

<sup>35</sup> *Ibidem*, par. 19.

peligro grave a la vida de la futura madre”.<sup>36</sup> De esta manera, la vida del feto acabaría siendo “más valiosa que la de la madre embarazada” lo que no le pareció aceptable.<sup>37</sup>

A la vista de lo anterior, la Comisión Europea de Derechos Humanos se preguntó por las dos interpretaciones restantes; esto es, la que considera que el feto no tiene un derecho a la vida, o la que lo admite con ciertas limitaciones.<sup>38</sup> Sin embargo, llegados a este punto, el órgano europeo consideró que no necesitaba pronunciarse sobre esta disyuntiva para resolver el caso.<sup>39</sup> A estos efectos, la Comisión Europea de Derechos Humanos entendió que la autorización de interrumpir el embarazo fue adoptada por las autoridades británicas en un estadio inicial del embarazo y que dicha autorización tenía como finalidad proteger la salud de la madre. En este caso, el órgano convencional consideró que la interrupción del embarazo, en tales condiciones, supone una “limitación implícita del derecho a la vida del feto”, pero que ésta limitación “es compatible” con el artículo 2o. del CEDH en el que se reconoce el derecho a la vida.<sup>40</sup> Ciertamente es que la Comisión Europea de Derechos Humanos llegó a esta conclusión teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso —estadio inicial de embarazo y protección de la salud de la madre—, pero, puede considerarse, con carácter general, que la interpretación según la cual el derecho a la vida del feto es limitado resulta compatible con el CEDH. La conformidad de esta interpretación nos permite afirmar que el derecho a la vida del feto puede limitarse, lo que implica que, aunque limitable, es susceptible de protección. Sin embargo, este extremo es el que la Comisión Europea de Derechos Humanos evitó confirmar o rechazar expresamente, guardando así silencio respecto de la primera interpretación apuntada en relación con el artículo 2o. del CEDH; en concreto, si este artículo convencional permite extender su ámbito de aplicación a la vida del feto.

<sup>36</sup> *Ibidem*, par. 19.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*, par. 21.

<sup>39</sup> *Ibidem*, par. 23.

<sup>40</sup> *Idem*.

## 2. La protección jurídica de los progenitores

### A. La protección jurídica del padre

Una pareja se acogió a la FIV para la creación y conservación de seis embriones ante la ablación terapéutica de los ovarios de la mujer. Su implantación en el útero sólo podría realizarse después de que finalizara un tratamiento médico que estaba siguiendo. Sin embargo, antes de que éste llegara a su término —unos dos años—, la pareja puso fin a la relación. Como consecuencia de la ruptura, el hombre decidió revocar su consentimiento a la conservación de los embriones y su utilización por su ex pareja; posibilidad contemplada en la legislación británica y de la que eran conocedores los progenitores en el momento de consentir. Esta revocación tiene importantes consecuencias para la mujer, ya que se procedería a la destrucción de los embriones y —extirpados sus ovarios— se le impediría tener descendencia biológica.<sup>41</sup>

El caso planteó un auténtico dilema ya que resultó difícil encontrar una solución conciliadora. Acoger la pretensión de la demandante, obligaría a su ex pareja a convertirse en padre contra su voluntad, mientras que rechazarla le imposibilitaría tener descendencia genética. Ante esta disyuntiva, el TEDH decidió priorizar la voluntad del padre potencial sobre los efectos que su revocación podría provocar en ella. Esta preferencia —a juicio del TEDH— permitió respetar “la dignidad humana

<sup>41</sup> Communiqué de presse du Greffier de la Cour, CEDH 125(2006) de 7 de marzo de 2006. Acerca de este caso, ver los comentarios de: Azoux Bacrie, L., “Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait: Une approche contestable (a propos de l’arrêt Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007)”, *Le droit de la famille à l’épreuve de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 91-108; Ben-Naftali, O., Canor, I., “Evans v. United Kingdom: ap. 6339/05: European Court of Human Rights, abril 10, 2007”, *American Journal of International Law*, 2008, vol. 102, núm. 1, pp. 128-134; Gallus, N., “La procréation médicalement assistée et les Droits de l’homme: Cour Européenne des Droits de l’Homme (Grande Chambre), Evans c. Royaume-Uni, 10 avril 2007 et Dickson c. Royaume-Uni, 4 décembre 2007”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2008, vol. 19, núm. 75, pp. 879-899, y Quesada Alcalá, C., “La relación entre el consentimiento y el derecho a la vida, una cuestión problemática a los ojos del TEDH. Sentencia Evans c. Reino Unido. Asunto no. 6339/05, de 7 de marzo de 2006”, *Revista General del Derecho*, 2006, núm. 10, pp. 1-15.

y la libre voluntad” de los que participan en este tipo de procedimientos, permitiendo asimismo asegurar un “justo equilibrio” entre las partes. Además, el TEDH reforzó su apuesta por el respeto de la voluntad del hipotético padre al considerar que con su protección se garantizaba la “seguridad jurídica” y se evitaban problemas de “arbitrariedad e incoherencia”.<sup>42</sup> Por estas razones, el TEDH avaló la revocación del consentimiento inicial prestado por el hombre, tal y como permitía la legislación británica aplicable a la FIV. La opción finalmente elegida por el TEDH impidió que la demandante pudiera tener descendencia biológica tal y como era su pretensión.<sup>43</sup>

Ahora bien, la primacía del consentimiento que garantiza su posible revocación se encuentra limitada en el tiempo. Como se comprenderá, la garantía de la revocación no puede extenderse más allá del momento en el que se produce la implantación de los embriones en el útero de la mujer; ya que, a partir de este momento, entran a formar parte de su cuerpo y se rompe el equilibrio existente entre los progenitores antes de la implantación. La casuística internacional no nos ofrece ningún caso en el que se haya planteado esta dificultad, pero, sin embargo, existen varios supuestos en los que se ha suscitado el problema opuesto: la oposición del padre a que la madre interrumpa su embarazo pese a que la legislación interna le permitía hacerlo. Esta oposición se fundamenta en el pretendido derecho del padre potencial a serlo, lo que, muchas veces entra en contradicción con la firme determinación de la madre a interrumpir su embarazo conforme a la normativa interna. Pero, cuando así sucede, ¿cuál de las voluntades es la que prevalece?

<sup>42</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “*Evans c. Royaume Uni*”, del 10 de abril de 2007, as. 6339/05, par. 89.

<sup>43</sup> No obstante, cuatro Jueces —Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann y Ziemele—, votaron en contra de la opinión mayoritaria de la Gran Sala. Para ellos, “el derecho de la demandante de convertirse en madre, en el sentido genético del término, pesa más que el derecho de su (expareja) de decidir no convertirse en padre”. Opinión disidente común de los Jueces Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann y Ziemele a la Sentencia “*Evans c. Royaume Uni*”, *cit.*, par. 6. También ver, especialmente, pars. 9 y 13.

## B. La protección jurídica de la madre

Giampiero Boso, un italiano residente en un pueblo cercano a Venecia acudió al TEDH alegando que su esposa había interrumpido su embarazo contra su voluntad, impidiéndole ser padre. Este impedimento le llevó a solicitar una indemnización por la negación del que consideraba su derecho, así como a plantear la constitucionalidad de la legislación italiana que le permitía a su mujer decidir la interrupción del embarazo.<sup>44</sup>

El TEDH admitió que el demandante era, en tanto que padre potencial, afectado de “manera suficientemente estrecha por la interrupción del embarazo” decidido por su esposa por razones de salud. Sin embargo, los órganos de control del CEDH —en concreto, la Comisión Europea de Derechos Humanos— ya establecieron que el feto y su desarrollo está “estrechamente conectado” a la vida privada de la madre,<sup>45</sup> de tal manera que los derechos del feto —en particular, su derecho a la vida— se encontraban limitados por los que eran reconocidos a su madre.<sup>46</sup> *A contrario sensu*, esta relación cercana no le otorga a la madre un poder ilimitado sobre el feto, sino que dicho poder se encuentra limitado por los derechos reconocidos a este último. Ahora bien, ¿la voluntad del padre constituye también una limitación adicional al poder decisorio de la madre? La Comisión Europea de Derechos Humanos, en un caso precedente, denegó al padre el derecho a ser consultado o a acudir a un tribunal en relación con la decisión de su mujer de interrumpir el embarazo.<sup>47</sup>

Con posterioridad, el TEDH confirmó esta interpretación y ahondó en ella al considerar que el derecho del padre potencial “debe tener en cuenta los derechos de la madre” en el caso de que se trate de una inte-

<sup>44</sup> TEDH, decisión “Boso c. L’Italie”, del 5 de septiembre de 2002, as. 50490/99.

<sup>45</sup> ComEDH, Informe “Brüggemann and Scheuten a. Federal Republic of Germany” del 12 de julio de 1977, as. 6959/75, par. 59.

<sup>46</sup> ComEDH, decisión “X v. United Kingdom”, *cit.*, par. 23. Recientemente, el TEDH se ha pronunciado en el mismo sentido en su Sentencia: “*Mehmet Sentürk et Bekir Sentürk c. Turquie*” del 9 de abril de 2013, as. 13423/09, par. 108 y 109.

<sup>47</sup> ComEDH, decisión “X v. United Kingdom”, *cit.*, par. 27.

rrupción del embarazo decidida por esta última.<sup>48</sup> Esta prevalencia del derecho de la madre sobre los del padre potencial se explica —según el TEDH— porque “es ella la que es concernida esencialmente por el embarazo, su continuación o su interrupción”.<sup>49</sup> Por tanto, el pretendido derecho del padre a serlo cede ante el de la mujer a interrumpir su embarazo cuando la normativa de su país lo permita. Esta interpretación acaba circunscribiendo el posible conflicto de derechos a los reconocidos a la mujer así como al feto que se desarrolla en su seno.<sup>50</sup>

### C. La protección jurídica de los padres

Una adolescente, menor de edad, resultó embarazada como consecuencia de una violación cometida por un chico, también menor de edad. La legislación nacional —en concreto, la polaca— permite la interrupción del embarazo cuando éste se produce como consecuencia de un acto sexual ilícito como es el caso de una violación. Sin embargo, la ausencia de un marco legislativo claro, las tergiversaciones del personal médico y el hostigamiento al que se sometió a la interesada, dificultaron considerablemente que la interrupción del embarazo pudiera llevarse a término.<sup>51</sup>

Uno de los problemas que se planteó en el litigio es la condición de menor de edad de la víctima de la violación y su capacidad para consentir la interrupción del embarazo. La solución más extrema a esta problemática es que, pese a la incapacidad de la menor de edad, su consen-

<sup>48</sup> TEDH, decisión “Boso c. L’Italie”, *cit.*, par. 2

<sup>49</sup> *Ibidem*, par. 2.

<sup>50</sup> Acerca de esta cuestión, véase Demirdijan, A., “L’avortement et les droits de la femme sous le Droit international”, *Revue Québécoise de Droit International*, 2001, vol. 14, núm. 2, pp. 83-115; Halliday, S., “A comparative analysis of some of the legal parameters of the right to life and the right to privacy in the regulation of abortion”, *Human rights in transition*, 2003, pp. 85-105; Mans, L., “Liability for the Death of a Fetus: Fetal Rights or Women’s Rights?” en *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, 2004, vol. 15, núm. 2, pp. 295-312, y Matteo, M., “Governmental Abortion Policies and the Right to Privacy: the Rights of the Individual and the Rights of the Unborn”, *Brooklyn Journal of International Law*, 1985, vol. 11, pp. 103-126.

<sup>51</sup> Communiqué de presse du Greffier de la Cour, CEDH 398(2012) del 30 de octubre de 2012.

timiento sea considerado suficiente; o bien, todo lo contrario, que dicha incapacidad justifique que la decisión sea adoptada exclusivamente por sus padres.<sup>52</sup> La solución intermedia consiste en que la incapacidad de la menor sea completada con la prestación del consentimiento por parte de sus padres; opción que plantea la dificultad añadida de la posible discordancia que pueda surgir entre la voluntad de la menor y el deseo de sus padres.

Para el TEDH, la situación originada por un embarazo no deseado no afectaba de la misma manera a la menor que a sus padres. Por este motivo, los padres de la menor no tenían “el derecho a adoptar decisiones concernientes a las opciones reproductivas de la menor, ya que la autonomía personal de la menor debe tomarse en consideración en este ámbito”.<sup>53</sup> Esto significa que, a juicio del TEDH, la menor de edad podía decidir acerca de la interrupción o continuidad del embarazo. Pero, ¿puede hacerlo al margen de la voluntad de sus padres? El TEDH continuó señalando que:

No puede ignorarse que los intereses y perspectivas de la madre de una menor embarazada están también involucradas en la decisión acerca de si llevar a efecto el embarazo o no. Además, resulta razonable considerar que su vínculo emocional explica que sea natural para la madre sentirse especialmente concernida por las cuestiones derivadas de los dilemas y opciones reproductivas realizadas por la hija.<sup>54</sup>

Así pues, aunque la situación de la hija no es equiparable a la de sus padres —insistió el TEDH—,<sup>55</sup> estos últimos no pueden quedar al margen de la decisión adoptada por su hija acerca de interrumpir o continuar el embarazo, por lo que su deseo al respecto debe también ser conside-

<sup>52</sup> El Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de salud para el Distrito Federal de 24 de abril de 2007, despenaliza la práctica del aborto cuando éste se produce antes de la semana doceava. Sin embargo esta normativa ni la Ley de Salud para el Distrito Federal se refieren a la intervención de los padres de la menor embarazada y su opinión acerca de la decisión de ésta última de interrumpir el embarazo. Véase *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 26 de abril de 2007, p. 2.

<sup>53</sup> TEDH, sentencia “*P. and S. v. Poland*”, del 30 de octubre de 2012, as. 57375/08, par. 109.

<sup>54</sup> *Ibidem*, par. 109.

<sup>55</sup> *Ibidem*, par. 109.



rado. Ahora bien, ¿qué ocurre si el deseo de los padres es contrario a la voluntad de su hija? El TEDH no se pronunció acerca de la posible divergencia que pueda surgir entre las partes, sino que se limitó a señalar que es necesario un procedimiento en el que “ambas partes puedan ser escuchadas y sus puntos de vista considerados de forma completa y objetiva, incluyendo, si así fuera necesario, un mecanismo para aconsejar y reconciliar los puntos de vista en conflicto en favor del mejor interés de la menor”.<sup>56</sup>

### 3. *La protección jurídica de terceros*

Un tribunal portugués condenó a varios años de prisión a una enfermera que practicó interrupciones del embarazo ilegales de forma regular y contra remuneración. Esta práctica la realizaba en un anexo de su vivienda utilizando para ello medicamentos e instrumentos quirúrgicos que pertenecían al hospital en el que trabajaba. La demandante alegó ante el TEDH que su condena vulneraba varios preceptos de la CEDH; entre ellos, el que protege la libertad de conciencia. A su juicio, la condena que le fue impuesta constituía un atentado a su libertad de conciencia, dada su creencia de que las mujeres deben beneficiarse de los servicios de la interrupción del embarazo desde el momento en el que así lo solicitan.<sup>57</sup>

El CEDH reconoce el derecho a la libertad de conciencia tanto en su dimensión interna como externa. Precisamente, esta última dimensión incluye la práctica —entendida como conjunto de actos— que deriva de convicciones como la alegada por la demandante. Según su convicción, las mujeres deben tener la posibilidad de interrumpir su embarazo cuando así lo decidan. Esta creencia explica las interrupciones del embarazo que realizó de forma clandestina, dada la prohibición que pesaba sobre este tipo de práctica fuera de los supuestos legalmente permitidos. Sin embargo, el TEDH advirtió que el CEDH —en concreto, su artículo 9o.— protege diversas prácticas derivadas de la convicción de cada per-

<sup>56</sup> *Ibidem*, par. 109.

<sup>57</sup> TEDH, decisión “*Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal*”, del 26 de octubre de 2004, as. 16471/02, pars. 2 y 3.

sona con arreglo a la libertad de conciencia. Ahora bien, esta protección no se extiende a cualquier tipo de práctica. Según sus propias palabras, “el artículo 9 del Convenio no garantiza siempre el derecho a comportarse en el dominio público del modo dictado por su convicción”.<sup>58</sup> En realidad, las prácticas protegidas por el artículo 9o. del CEDH — continuó señalando el TEDH— “no incluye cualquier acto o comportamiento público motivado o inspirado por una religión o convicción”.<sup>59</sup> Como podrá comprenderse, la protección de la libertad de conciencia no puede extenderse a cualquier tipo de manifestación ya que bastaría justificar nuestros actos con base en convicciones personales para poder incumplir cualquier tipo de obligación legislativa. Tal y como el propio TEDH señaló:

La demandante ha sido condenada porque ha realizado actos contemplados en la legislación penal. Ella no puede hacer prevalecer o imponer a otro sus convicciones personales en la materia a fin de justificar sus actos, ya que puede manifestar dichas convicciones de múltiples maneras” sin necesidad de infringir la legislación penal.<sup>60</sup>

No obstante lo anterior, ¿qué ocurriría en el caso contrario? Nos preguntamos por la respuesta jurisprudencial dada a los supuestos en los que los facultativos se nieguen a interrumpir el embarazo, pese a que la legislación lo permita, justificando su negativa en sus propias convicciones. El gobierno de Polonia ha alegado ante el TEDH que la interrupción del embarazo no se pudo llevar a efecto en casos en los que la mujer tenía, según la legislación interna, derecho a ella porque los facultativos se negaban a practicarla por motivos de conciencia protegidos en el artículo 9o. del CEDH.<sup>61</sup>

Ante las alegaciones presentadas por el Gobierno de Polonia en estos supuestos, el TEDH recordó su posición avanzada con anterioridad: el artículo 9o. del CEDH no protege cada acto o comportamiento público

<sup>58</sup> *Ibidem*, par. 3.

<sup>59</sup> *Idem*.

<sup>60</sup> *Idem*.

<sup>61</sup> TEDH, sentencia “*R. R v. Poland*”, del 26 de mayo de 2011, as. 27617/04, par. 206. También, sentencia “*P and S v. Poland*, *cit.*”, par. 106.

motivado o inspirado en una convicción o creencia.<sup>62</sup> ¿Esto quiere decir que los facultativos no pueden negarse a interrumpir el embarazo cuando así lo determine su conciencia? El TEDH, a renglón seguido, admitió la “libertad de conciencia de los profesionales de la salud en el contexto profesional”, dando por supuesto que los facultativos en este ámbito disponen de dicha libertad.<sup>63</sup> El TEDH realizó este reconocimiento sin argumentar mínimamente su parecer favorable. Y ello pese a que parte de una posición unívoca: la de advertir que cualquier práctica anclada en la libertad de conciencia no está protegida por el artículo 9o. del CEDH.<sup>64</sup> Sin embargo, este pronunciamiento lacónico puede explicarse por el hecho de que el interés del TEDH no residía en justificar la objeción de conciencia de los facultativos de la salud en el ejercicio de su profesión, sino en partir de este presupuesto para referirse a la organización del sistema nacional de salud en estos casos.<sup>65</sup> En efecto, el TEDH señaló que:

Los Estados están obligados a organizar el sistema de servicios de salud de tal manera que se asegure el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia de los profesionales de la salud en su ámbito profesional sin que ello impida a los pacien-

<sup>62</sup> TEDH, sentencia “*R.R. v. Poland*”, *cit.*, par. 206. También, sentencia “*P and S v. Poland*”, *cit.*, par. 106.

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> El TEDH ha indicado en su jurisprudencia que condiciones deben concurrir para que un acto o comportamiento derivado de convicciones o creencias pueda ser protegido en base al artículo 9o. del CEDH. En concreto, el TEDH ha señalado que la convicción o creencia protegida por dicho precepto convencional debe presentar un “cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, cohesión e importancia”. Sin embargo, cualquier acto o comportamiento “inspirado, motivado o influenciado” por una convicción o creencia en la que concurren las características anteriores, no tiene porqué ser objeto de protección. Para que la protección del artículo 9 del CEDH le sea aplicable es necesario que el acto o comportamiento en cuestión “deba estar íntimamente vinculado a la religión o creencia”. La existencia de una “cercanía suficiente y nexo directo” entre el acto o comportamiento y la convicción o creencia de la que deriva “deberá ser determinada sobre la base de los hechos de cada caso”. Una síntesis de esta jurisprudencia puede consultarse en la reciente sentencia “*Eweida and others v. The United Kingdom*”, del 15 de enero de 2013, as. 4820/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, pars. 81 y 82.

<sup>65</sup> Acerca de este caso, véase el comentario de Larralde, J. M., “La Cour Européenne des Droits de l’Homme et le droit à l’avortement: entre avancées prudentes et conservatisme assumé: Cour Européenne des Droits de l’Homme, R.R. c. Pologne, 26 mai 2011”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2012, vol. 23, núm. 91, pp. 609-624.

tes acceder a tales servicios de los que son beneficiarios conforme a la legislación aplicable.<sup>66</sup>

Por tanto, el TEDH reconoció la libertad de los facultativos para oponerse a la interrupción del embarazo, pero esta posibilidad no puede constituir un obstáculo para que las mujeres que, conforme a la legislación interna, tienen derecho a interrumpir su embarazo, puedan hacerlo efectivamente. Es más, para garantizar que estos derechos son conciliables, el TEDH recordó a Polonia que debe poner en práctica un mecanismo que “asegure que los doctores no van a ser obligados a llevar a efecto servicios a los que objetan”, al tiempo que dicho mecanismo debe “incorporar elementos que permitan que el derecho a la objeción de conciencia sea conciliable con los intereses de los pacientes”.<sup>67</sup> Así, el rechazo del facultativo “debe figurar por escrito e incorporarse al expediente médico del paciente”, al tiempo que, “sobre todo, el doctor tiene la obligación de referir al paciente a otro facultativo competente que pueda llevar a cabo el mismo servicio”.<sup>68</sup>

### III. EL ALCANCE OBJETIVO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA

#### 1. *La protección jurídica discrecional*

##### *A. Las razones de la discrecionalidad*

La demandante, Thi-Nho Vo, acudió a un hospital de Lyon para la revisión ginecológica correspondiente a su sexto mes de embarazo. Ese mismo día, otra paciente, Thi Thanh Vo, llegó al hospital para que le retiraran un dispositivo anticonceptivo. La homonimia de las dos pacientes provocó la confusión del personal sanitario. El médico realizó un examen a la demandante que le provocó la ruptura de la bolsa de aguas, lo que le forzó a practicar una interrupción terapéutica del embarazo.

<sup>66</sup> TEDH, sentencia “*R.R v. Poland*”, *cit.*, par. 206. También, sentencia “*P and S v. Poland*”, *cit.*, par. 106.

<sup>67</sup> *Ibidem*, par. 107.

<sup>68</sup> *Idem*.

La demandante denunció al facultativo por la comisión de un homicidio involuntario. Sin embargo, la Corte de Casación francesa estimó que el feto no podía considerarse como persona por lo que el tipo penal en cuestión no podía aplicarse al caso.<sup>69</sup>

Ante el rechazo de los tribunales franceses, los hechos fueron presentados ante el TEDH. La víctima alegó que el error médico cometido constituyó una violación del derecho a la vida del feto. Al respecto, el TEDH inició el examen del caso recordando la jurisprudencia avanzada por la Comisión Europea de Derechos Humanos según la cual el derecho a la vida del feto se encuentra limitado por los derechos de la madre; limitación —recordemos, que no exclusión—, que permitiría reconocerle al feto una cierta protección derivada del derecho a la vida contemplado en el artículo 2o. del CEDH.<sup>70</sup> Sin embargo, el presente caso planteó una problemática distinta de las que se habían suscitado hasta entonces. La madre no pretendía interrumpir su embarazo, sino que éste se produjo como solución a un error médico. Precisamente, la madre elevó su caso ante el TEDH para que reconociese la vulneración del derecho a la vida del feto que gestaba ante la negativa a hacerlo de los tribunales nacionales. Por tanto, este supuesto no le permitió al TEDH escudarse en los eventuales derechos que sería necesario conceder a la madre, sino que le obligó a pronunciarse sobre los que, a su parecer, deberían corresponderle al feto en virtud del artículo 2o. del CEDH.

Ante la tesitura apuntada, el TEDH volvió a preguntarse qué es una persona y cuándo comienza la vida para poder dar respuesta a las interrogantes planteadas. A estos efectos, el TEDH recordó que el CEDH es

<sup>69</sup> Communiqué de presse du Greffier de la Cour, CEDH 350(2004) del 8 de julio de 2004. Acerca de este caso, véase los análisis de: Goldman, T., “Vo v. France and fetal rights: The decision not to decide”, *Harvard Human Rights Journal*, 2005, vol. 18, spring, pp. 277-282; Plomer, A., “A foetal right to life?: The case of “Vo v. France””, en *Human Rights Law Review*, 2005, vol. 5, núm. 2, pp. 311-338; Quesada Alcalá, C., “¿Existe el derecho a la vida del feto? La insatisfactoria respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la sentencia de 8 de julio de 2004, asunto Vo c. Francia (no. 53924/00)”, en *Revista General de Derecho Europeo*, 2004, núm. 5, pp. 1-6, y Vaihe, J., L., “Le droit à la vie du fœtus (arrêt «Vo» du 8 juillet 2004): De la vie à la mort”, en *La France et la Cour européenne des Droits de l’Homme : la jurisprudence en 2004*, Bruxelles, Bruylant, pp. 67-77.

<sup>70</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “Vo c. France”, del 8 de julio de 2004, as. 53924/00, par. 80.

un instrumento internacional “vivo” y que, como tal, la interpretación de sus disposiciones puede adecuarse a la realidad “actual” a la que pretende aplicarse.<sup>71</sup> Sin embargo, esta flexibilidad no es suficiente para dar respuesta a las cuestiones suscitadas. El TEDH observó que la mayoría de los Estados parte en el CEDH no han dado una solución definitiva a la protección del no nacido, al tiempo que tampoco existe un consenso europeo al respecto. Así pues, la protección del no nacido, por una parte, lejos de estar resuelta, sigue siendo una cuestión abierta en la mayoría de los Estados parte como lo demuestran los debates existentes en sus respectivas sociedades y, por otra parte, tampoco existe un consenso europeo acerca de la protección que se le ha de conceder al embrión o al feto.<sup>72</sup>

Con respecto a este último motivo, el TEDH constató que el único “denominador común” del que podría deducirse un cierto consenso entre los Estados parte reside en la convicción de que el no nacido pertenece a la “especie humana” en el sentido de que “este ser” —embrión o feto— tiene “capacidad de convertirse en una persona” que “debe ser protegida en nombre de la dignidad humana”.<sup>73</sup> Por tanto, los Estados parte coinciden en considerar al no nacido como un ser humano susceptible de protección. Ahora bien, ¿cuál es el alcance de esa protección? El TEDH pareció admitir que la protección del no nacido forma parte del consenso europeo integrado por los Estados parte al CEDH y que dicha protección se traduce en la atribución de una serie de derechos de carácter civil.<sup>74</sup> En concreto, estos derechos civiles son los que pue-

<sup>71</sup> *Ibidem*, par. 82.

<sup>72</sup> *Idem*.

<sup>73</sup> *Ibidem*, par. 84. Acerca del concepto de dignidad humana en conexión con la interrupción voluntaria del embarazo en la jurisprudencia del TEDH, pueden consultarse los trabajos de: De Ory Arriaga, C., “La noción de dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Hinojo Rojas, M. (coord.), *Liber amicorum Profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho internacional y Derecho de la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2012, pp. 261 y ss., y Jiménez García, F., “El respeto a la dignidad humana”, en Beneyto Perez, J. M., (dir.), Maíllo Gonzalez-Orus, J. y Becerril Atienza, B. (coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Derechos Fundamentales*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009-2012, t. II, pp. 327-333.

<sup>74</sup> Al respecto, véase Mazzoni, C., “I diritto dell’embrione e del feto nel diritto private”, *Rapports nationaux italiens au XVIe Congrès international de Droit Comparé, Brisbane 2002*, Milan, Giuffrè, 2002, pp. 646-663; Özsunay, E., “Rights of embryo and foetus in private law”, *La*

den corresponderle en materia de sucesiones o donaciones,<sup>75</sup> pero entre éstos no se encuentra “el derecho a la vida”.<sup>76</sup> Por este motivo, el consenso europeo que el TEDH advirtió respecto de los derechos civiles concedidos al no nacido como persona potencial no incluye el derecho a la vida. A la vista de la dificultad con la que el TEDH se encontró para identificar un consenso europeo acerca del reconocimiento del derecho a la vida del no nacido, cabría preguntarse, por el contrario, si la negativa a reconocer tal derecho a la vida al no nacido formaría parte de este consenso europeo. El propio TEDH ha comprobado recientemente que la mayoría de los Estados parte han previsto en sus legislaciones internas “una ampliación de las condiciones” que permiten interrumpir el embarazo. Esta circunstancia nos lleva a plantearnos si existe un consenso europeo en el sentido de negar el derecho a la vida del no nacido, lo que explicaría el aumento de las posibilidades de interrumpirla en las legislaciones de los Estados parte. Sin embargo, el TEDH llegó a la convicción de que esta tendencia legislativa no resulta “decisiva” como para acabar admitiendo un consenso europeo en el sentido antes cuestionado.<sup>77</sup>

Por todo ello, el TEDH concluyó que no le es posible responder “en abstracto” a la pregunta de si el no nacido es una persona en el sentido del artículo 2o. del CEDH y si como tal, tiene derecho a la vida.<sup>78</sup> Ante

*convergence des systèmes juridiques au 21e siècle: rapports généraux du XVIe Congrès international de Droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1275-1413; Kriari-Catranis, I., “Rights of embryo and foetus in public and private law”, *Revue Hellénique de Droit International*, 2002, vol. 55, núm. 1, pp. 259-274 y Stoltzfus Jost, T., “Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, *The American Journal of Comparative Law: A Quarterly*, 2002, vol. 50, núm. 3, pp. 633-650.

<sup>75</sup> El TEDH cita el Caso de Francia y Reino Unido. TEDH (Gran Sala), sentencia “*Vo c. France*”, *cit.*, par. 84. En el caso de los Estados Unidos de México, el artículo 22 de su Código Civil Federal dispone que: “desde el momento en el que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”. Así los concebidos pueden heredar cuando lo estuvieren a la muerte del autor de la herencia y fuesen viables según los artículos 1313 y 1314. Además, los concebidos también pueden ser destinatarios de donaciones en las mismas condiciones establecidas para la herencia; esto es, concebidos y viables al efectuarse la donación. Véase artículo 2357.

<sup>76</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “*Vo c. France*”, *cit.*, par. 84.

<sup>77</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “*A, B et C c. Irlanda*”, del 16 de diciembre de 2010, as. 25579/05, par. 237.

<sup>78</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “*Vo c. France*”, *cit.*, par. 85. Recientemente, el TEDH se ha

esta imposibilidad, la solución del TEDH es la de conceder a los Estados parte “poder discrecional” en la materia.<sup>79</sup> Con base en este “poder discrecional”, cada Estado parte puede determinar si le reconoce al no nacido el derecho a la vida consagrado en el artículo 2o. del CEDH y en qué términos.<sup>80</sup> Para ello, los Estados parte gozan de un “margen de interpretación” de dicho precepto convencional que le permite acoger cualquier solución al respecto sin que conlleve el riesgo de que se declare una violación del artículo antes referido.<sup>81</sup>

Precisamente, este “margen de apreciación” permitió que Francia interpretase que la interrupción del embarazo realizada para corregir un error médico no vulneraba —tal y como defendió la demandante en el presente caso— el derecho a la vida previsto en el artículo 2o. del CEDH.<sup>82</sup> Es más, el propio TEDH entendió que el error médico que forzó la interrupción del embarazo con una finalidad terapéutica no podía considerarse como un acto voluntario, sino negligente, razón por la cual aceptó que al facultativo se le impusiesen consecuencias civiles, pero no de carácter penal.<sup>83</sup>

### B. *Los límites a la discrecionalidad*

A y B son dos irlandesas que viajaron al Reino Unido para interrumpir su embarazo. La interrupción del embarazo en su país constituye un acto delictivo aunque esté justificado por razones de salud o bienestar. Tan solo está permitida la interrupción del embarazo en el caso de que exista riesgo para la vida de la madre. No obstante, la introducción de enmiendas constitucionales permitió que las irlandesas pudiesen recibir información en su propio país así como interrumpir su embarazo en el extranjero sin que ninguno de estos actos constituyese un ilícito en Ir-

pronunciado en el mismo sentido en su sentencia: “*Mehmet Sentürk et Bekir Sentürk c. Turquie*”, de, 9 de abril de 2013, as. 13423/09, par. 107.

<sup>79</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “*Vo c. France*”, *cit.*, par. 82.

<sup>80</sup> Sanz Caballero, S., “El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanasia a debate”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 31, 2004, p. 181.

<sup>81</sup> TEDH (Gran Sala), Sentencia “*Vo c. France*”, *cit.*, par. 82.

<sup>82</sup> *Ibidem*, par. 85.

<sup>83</sup> *Ibidem*, par. 90.



landa. Las demandantes, A y B, interrumpieron su embarazo en el Reino Unido. Sin embargo, ambas decidieron denunciar ante el TEDH las restricciones de la normativa irlandesa, invocando para ello el artículo 8o. del CEDH que garantiza el derecho a la privacidad.<sup>84</sup>

Tal y como ya hemos expuesto en el apartado precedente de este trabajo, el TEDH otorgó un margen de interpretación a los Estados parte para que puedan determinar en su derecho interno el alcance del derecho a la vida del no nacido. Este margen de apreciación puede ser más amplio o restrictivo en función de dos factores diferentes. El primer factor depende de si “se encuentra en juego” la “existencia o identidad del individuo”. Si así sucede, el margen de apreciación será “restrictivo”. El segundo factor lo constituye la existencia de consenso entre los Estados parte sobre la importancia de los “intereses en juego” o sobre la mejor “manera de proteger” los derechos invocados; especialmente, cuando el caso sometido “plantea cuestiones morales o éticas delicadas”.<sup>85</sup> La existencia de dicho consenso justificaría que el margen de apreciación reconocido fuese más restrictivo; en el supuesto contrario —tal y como ocurre con las cuestiones abordadas en el presente trabajo—, la ausencia de un consenso estatal explica que el margen de apreciación concedido sea más “amplio”.<sup>86</sup>

Aunque el derecho a la vida del no nacido puede estar relacionado con el primer factor; esto es, con la “existencia o la identidad de un individuo”, lo cierto es que el TEDH no lo consideró relevante a los efectos de decidir si el margen de interpretación reconocido a los Es-

<sup>84</sup> Communiqué de presse du Greffier de la Cour, CEDH 974(2010) de 16 de diciembre de 2010. Acerca de este caso, ver los comentarios de Londono, P., “Redrafting Abortion Rights Under Convention: A, B and C v. Ireland”, *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 95-120; Rey Martínez, F., “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia «A,B y C v. Irlanda», del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2011, año 9, núm. 2, pp. 743-752; Undurraga, V., “La Decisión sobre Aborto de la Corte Europea de Derechos Humanos «A, B and C v. Ireland» y su importancia para el Sistema Interamericano”, en *Anuario de Derecho Público*, 2011, núm. 1, pp. 377-407, y Weinstein, B., “Reproductive choice in the hands of the State: The right to abortion under the European Convention of Human Rights in light of A, B & C v. Ireland”, *The American University International Law Review*, 2012, vol. 27, núm. 2, pp. 391-437.

<sup>85</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “A, B et C c. Irlande”, cit., par. 232.

<sup>86</sup> *Idem*.

tados parte debe ser “restrictivo”.<sup>87</sup> A estos mismos efectos, el TEDH entendió que debido a “la extrema sensibilidad de las cuestiones morales y éticas” planteadas por la cuestión de la interrupción del embarazo, ésta debía resolverse atendiendo al segundo factor enunciado; es decir, en función de la existencia o no de consenso entre los Estados parte en el CEDH. Para el TEDH:

Gracias a los contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de su país, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor posicionadas que el juez internacional para pronunciarse, no solamente sobre el contenido preciso de las exigencias de la moral, sino también sobre la necesidad de una restricción destinada a garantizarla.<sup>88</sup>

Y, como el propio TEDH señala, la interrupción del embarazo constituye una cuestión “extremadamente sensible” por los problemas “morales y éticos que plantea” así como por la “importancia del interés general en juego” que conlleva.<sup>89</sup> Por esta razón, el TEDH acordó conceder a Irlanda “un amplio margen de apreciación” para determinar el grado de protección que debería reconocer al no nacido.<sup>90</sup>

No obstante, el TEDH advirtió que el margen de interpretación, aunque “amplio”, no es “ilimitado”.<sup>91</sup> El reconocimiento de un margen de interpretación “amplio”, como es el caso, no le confiere al Estado parte un poder de decisión y actuación sin límites. El TEDH está llamado a realizar un control sobre la concreción que realice el Estado de aquel margen de interpretación. Ahora bien, ¿en qué consiste el control que puede ejercer el TEDH en cada caso? Según su jurisprudencia, el TEDH controlará, con carácter general, “las obligaciones que incumben al Estado en virtud del Convenio”.<sup>92</sup> Y de un modo más concreto, “la propor-

<sup>87</sup> Al respecto, los Jueces López Guerra y Casadevall manifiestan en su opinión concordante que este factor “no ha jugado ningún papel” en la resolución del asunto, lo que constituye para ellos un motivo de “preocupación”. Opinión concordante del Juez López Guerra, a la que se suma el juez Casadevall a la Sentencia “*A, B et C c. Irlanda*”, *cit.*, par. 3 y 4.

<sup>88</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “*A, B et C c. Irlanda*”, *cit.*, par. 232.

<sup>89</sup> *Ibidem*, par. 233.

<sup>90</sup> *Idem*.

<sup>91</sup> *Ibidem*, par. 238.

<sup>92</sup> *Ibidem*, par. 238.

cionalidad de los intereses concurrentes en juego”.<sup>93</sup> Esto quiere decir que los Estados parte conservarán un margen de interpretación amplio cuando así lo reconozca el TEDH. Ahora bien, en estos supuestos, el TEDH controlará que dicho margen de interpretación no implique, por un lado, un desconocimiento por parte del Estado parte de las obligaciones que le incumben según el CEDH, y por otro, si el Estado parte, en aplicación del referido margen de interpretación, consigue alcanzar un “justo equilibrio” entre los intereses de las partes que concurren en el litigio.<sup>94</sup>

Así, en el caso del que nos ocupamos, el “amplio” margen de interpretación reconocido a Irlanda que, en principio, le permite prohibir la interrupción del embarazo, incluso por motivos de salud o de bienestar, no es ilimitado. El TEDH verificó si esta prohibición es compatible con el CEDH y si existe un “justo equilibrio” entre los intereses contrapuestos que conforman el litigio. Al respecto, el TEDH comprobó que Irlanda prohibía de manera extensa la interrupción del embarazo. Y que esta prohibición se fundamentaba en “las ideas morales profundas del pueblo irlandés concernientes a la naturaleza de la vida”, lo que explicaba “la protección concedida en consecuencia al derecho a la vida del no nacido”. Ante estas convicciones que representaban el interés general, el TEDH observó también que las mujeres en Irlanda podían obtener información y consejo médico acerca de la posibilidad de interrumpir el embarazo; interrupción que podían llevar a cabo en el extranjero sin que fuesen castigadas por ello. Así pues, el “interés particular” de estas últimas, a juicio del TEDH, se encontraba en “justo equilibrio” con el “interés general” del pueblo irlandés. La prohibición de interrumpir el embarazo establecida por Irlanda no impedía un “justo equilibrio” entre el derecho de las demandantes, A y B, a su privacidad —artículo 8o. del CEDH— y “los derechos invocados en nombre de los no nacidos”.<sup>95</sup> Por tanto, el TEDH llegó a la conclusión de que el derecho a la privacidad de A y B había sido respetado en este caso y que no existía como consecuencia de ello, violación del CEDH.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> *Idem.*

<sup>94</sup> *Idem.*

<sup>95</sup> *Ibidem*, par. 241.

<sup>96</sup> *Ibidem*, par. 242.

## 2. La protección jurídica comprometida

### A. Las garantías normativas

La demandante C es una lituana que reside en Irlanda. Tuvo cáncer y se sometió a una serie de pruebas médicas contraindicadas en caso de embarazo, sin saber que estaba encinta. Cuando tuvo conocimiento de ello, pensó que su embarazo podía reactivar su enfermedad al tiempo que las pruebas practicadas podían haber dañado al feto. Al temer por su vida y por la viabilidad de su embarazo pidió asesoramiento médico sin que consiguiesen resolver sus dudas y miedos. Por este motivo, la demandante decidió interrumpir su embarazo en el Reino Unido.<sup>97</sup>

Tal y como acabamos de exponer, Irlanda goza de un “amplio” margen de apreciación para determinar el alcance de su legislación en materia de interrupción del embarazo. En virtud de dicho margen de apreciación, Irlanda optó por una legislación en la materia restrictiva. Sólo cabe la interrupción del embarazo en el caso de que “exista un riesgo real y serio para la vida de la madre, incluido si se trata de un riesgo de suicidio”. Esto quiere decir que las razones de salud así como las de bienestar no son motivos previstos en dicha legislación para interrumpir el embarazo.<sup>98</sup> No obstante, la referida legislación la conformaba una disposición introducida en el texto constitucional y que, como tal, tenía un carácter general. Dicha disposición constitucional no fue desarrollada ni, por consiguiente, concretada. Asimismo, la modificación constitucional no llegó a abrogar algunos artículos de una ley anterior en los que se establecía la prohibición absoluta de interrumpir el embarazo y para la que preveía fuertes penas en caso de incumplimiento. La vigencia de dichos artículos tenía un importante carácter disuasivo para los médicos y las mujeres. El TEDH constató igualmente que no existía una reglamentación de desarrollo y que lo único que podía identificarse como tal eran unas directivas profesionales destinadas a los médicos irlandeses que tampoco resultaban precisas.<sup>99</sup> Por todo ello, la única posibilidad

<sup>97</sup> Communiqué de presse du Greffier de la Cour, CEDH 974(2010) del 16 de diciembre de 2010. Acerca de este caso, ver los análisis del mismo en *supra*, nota 84.

<sup>98</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “A, B et C c. Irlande”, *cit.*, par. 253.

<sup>99</sup> Acerca del Derecho irlandés, puede consultarse con carácter general la obra de Spreng,

de interrumpir el embarazo, reconocida constitucionalmente, estaba rodeada de un contexto jurídico que el propio TEDH calificó como de “fuerte incertidumbre”.<sup>100</sup>

Cierto es que los Estados parte gozan de “un amplio margen de apreciación para definir las circunstancias en las cuales autorizan la interrupción del embarazo”.<sup>101</sup> Ahora bien, “una vez adoptada la decisión, el marco jurídico correspondiente debe presentar una cierta coherencia y permitir tomar en consideración los diferentes intereses legítimos en juego de manera adecuada y conforme a las obligaciones derivadas del Convenio”.<sup>102</sup> Dicho de otro modo, los Estados parte pueden adoptar la posición que consideren conveniente en relación con la interrupción del embarazo siempre y cuando dicha posición no rebase los límites del margen de apreciación —recordemos: cumplimiento de obligaciones convencionales y equilibrio entre los intereses en juego—. Pero, una vez adoptada su postura, deben conciliarla con el resto del ordenamiento jurídico de una forma que sea tanto coherente como efectiva.

En el caso del que nos ocupamos en este apartado, el TEDH advirtió sobre “la incertidumbre generada por la falta de desarrollo legislativo” de la disposición constitucional.<sup>103</sup> Y esta incertidumbre normativa no podía soslayarse por la existencia de vías judiciales puestas a disposición de los interesados. El gobierno irlandés alegó que la demandante podía haber acudido a la vía constitucional de su país para conocer si podía interrumpir su embarazo.<sup>104</sup> Sin embargo, el TEDH consideró que esta opción judicial “no constituye el mejor marco para determinar si una mujer cumple con las condiciones” para interrumpir su embarazo legalmente en un Estado parte.<sup>105</sup> Permitir que esta tarea de concreción se realice

J. E., *Abortion and divorce law in Ireland*, McFarland, Jefferson, 2004. Asimismo, pueden consultarse las contribuciones de: Macbrien, M., “Ireland: balancing traditional domestic abortion law with modern reality and international influence”, *Suffolk Transnational Law Review*, 2002, vol. 26, núm. 1, pp. 195-222, y Mercurio, B., “Abortion in Ireland: An analysis of the legal transformation resulting from membership in the European Union”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2003, vol. 11, pp. 141-180.

<sup>100</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “*A, B et C c. Irlanda*”, cit., par. 254.

<sup>101</sup> *Ibidem*, par. 249.

<sup>102</sup> *Idem*.

<sup>103</sup> *Ibidem*, par. 264.

<sup>104</sup> *Ibidem*, par. 256.

<sup>105</sup> *Ibidem*, par. 258.

en esta sede judicial obligaría “a definir caso por caso los criterios legales que permitirían medir el riesgo para la vida de la mujer, además de determinar en cada asunto pruebas” que justifiquen la interrupción del embarazo. Ni siquiera ésta es una función que les corresponde a los tribunales internos.<sup>106</sup> Por estas razones, el TEDH estimó que la utilización de la vía judicial “no constituye el medio efectivo y accesible propio para que la demandante pueda establecer, en su caso, el derecho a interrumpir el embarazo en Irlanda”.<sup>107</sup> En estas circunstancias, el TEDH entendió que existía “una discordancia flagrante entre el derecho teórico reconocido a las mujeres de interrumpir su embarazo en Irlanda en caso de riesgo demostrado para su vida y la realidad de la puesta en práctica concreta de este derecho”.<sup>108</sup> Por consiguiente, la ausencia de “disposiciones legislativas o reglamentarias” impidió que la demandante pudiera conocer si ella podía o no interrumpir su embarazo con base en el derecho reconocido constitucionalmente,<sup>109</sup> y en consecuencia, el TEDH declaró que se había vulnerado el artículo 8o. del CEDH.<sup>110</sup>

### B. *Las garantías procesales*

Alicja Tysiac sufría desde hacía años una miopía severa. Tras su embarazo, varios médicos oftalmólogos le advirtieron que sus problemas de visión se agravarían si llevaba el embarazo a término. Sin embargo, ninguno de ellos le certificó el diagnóstico, lo que le hubiera permitido llevar a cabo una interrupción terapéutica del embarazo. Aunque acudió a una

<sup>106</sup> *Idem.*

<sup>107</sup> *Ibidem*, par. 263.

<sup>108</sup> *Ibidem*, par. 264.

<sup>109</sup> Recientemente, los medios de comunicación publicaron la noticia del fallecimiento de una mujer embarazada en Irlanda. Al parecer, los médicos decidieron no interrumpir la gestación de un feto que era inviable; esperaron a que éste dejara de vivir, pero la espera provocó una septicemia a la madre que dio lugar a su fallecimiento. Véase *Diario El País* del 15 de noviembre de 2012, p. 46. Pocas semanas después, el gobierno de Irlanda anunció que el Ejecutivo “clarificará a través de una combinación de legislación primaria y regulaciones ministeriales los casos en que se puede abortar. La reforma tiene como objetivo asegurar que las mujeres que están en peligro de muerte puedan interrumpir su embarazo y los médicos que las atienden sepan a qué atenerse”. Cfr. *Diario El País* del 19 de diciembre de 2012. Acerca de esta misma cuestión, también puede verse la noticia publicada en *Diario El País* del 2 de mayo de 2013, p. 39.

<sup>110</sup> TEDH (Gran Sala), sentencia “A, B et C c. Irlanda”, *cit.*, par. 267.

clínica ginecológica con este fin, su responsable consideró que no había razones terapéuticas para llevarlo a efecto. Como consecuencia de ello, la demandante no pudo interrumpir su embarazo y dio a luz a su tercer hijo. A partir de este momento, su vista se deterioró considerablemente y desembocó en una hemorragia retiniana. La demandante precisó por ello cuidados diarios al tiempo que se le reconoció la invalidez. Aunque denunció penalmente al responsable de la clínica ginecológica, su acción no obtuvo ningún resultado ya que no pudo demostrarse la relación causal entre la negativa de aquel y su enfermedad.<sup>111</sup>

Una ley de 1993 prohibió la interrupción del embarazo en Polonia y convirtió su transgresión en un delito penal castigado con una pena de prisión que podría alcanzar los tres años. No obstante, la propia ley previó ciertas excepciones a dicha prohibición.<sup>112</sup> La interrupción del embarazo era posible en caso de riesgo para la vida o la salud de la madre o bien del feto, así como en el supuesto de que el embarazo fuese el resultado de una violación o de un incesto.<sup>113</sup> El TEDH entendió que la prohibición de la interrupción del embarazo y la introducción de las correspondientes excepciones formaba parte del margen de interpretación del Estado parte. Ahora bien, una vez que el Estado parte decidió incorporar dichas excepciones, éstas debían expresarse de tal manera que se pudiesen llevar a la práctica realmente. Según el TEDH “las disposiciones que definen las condiciones por las cuales es posible beneficiarse de una interrupción del embarazo deben ser formuladas de modo que” no provoquen un efecto disuasorio entre los facultativos encargados de efectuarlas.<sup>114</sup> Pero, sobre todo, aquellas disposiciones deberían ir acompañadas de procedimientos “transparentes y claros para determinar si las condiciones previstas en la ley para practicar una interrupción del embarazo se producen en un caso concreto”.<sup>115</sup> Por tal motivo, el TEDH insistió en “la importancia que revisten estas garantías

<sup>111</sup> Communiqué de presse du Greffier de la Cour, CEDH 181(2007) del 20 de marzo de 2007.

<sup>112</sup> TEDH, sentencia “*Jysiac c. Pologne*” del 20 de marzo de 2007, as. 24. 5410/03, par. 114.

<sup>113</sup> *Ibidem*, par. 35.

<sup>114</sup> *Ibidem*, par. 116.

<sup>115</sup> *Ibidem*, par. 114.

procedimentales”.<sup>116</sup> Gracias a ellas no sólo se puede saber si las condiciones exigidas para interrumpir el embarazo se cumplen, sino que también sirven para facilitar la solución a los posibles desacuerdos que puedan originarse entre la mujer embarazada y los facultativos.<sup>117</sup>

Dicho lo anterior, ¿qué elementos deben contener los procedimientos previstos para decidir la interrupción terapéutica del embarazo? El margen de interpretación otorgado a los Estados parte permite que éstos puedan concretar los extremos de este tipo de procedimientos. Sin embargo, el TEDH dispuso algunas indicaciones al respecto que deberían ser tenidas en cuenta por los Estados parte. Así, los procedimientos establecidos para decidir la interrupción del embarazo deberían ser preventivos y expeditivos en el sentido de que la decisión debería adoptarse en el estadio más inicial del embarazo y a la mayor brevedad “a fin de prevenir o limitar los perjuicios que pudieran derivarse para la salud de la mujer por una interrupción de su embarazo tardía”.<sup>118</sup> Además, deberían ser formales e institucionales en el sentido de que tendrían que desarrollarse ante un órgano que reúna las características de competencia e independencia y que examinase los motivos alegados y las pruebas aportadas para proceder a la interrupción del embarazo. El procedimiento seguido ante dicho órgano debería prever la posibilidad de que la mujer embarazada pudiese ser escuchada y sus razones consideradas al tiempo que debería finalizarse el mismo con una decisión suficientemente razonada que fuese comunicada a la interesada por escrito.<sup>119</sup>

A partir de los presupuestos señalados, el TEDH advirtió que el procedimiento establecido por las autoridades polacas en el presente caso era bastante simple. Según este procedimiento, “es suficiente con reunir la opinión concordante de dos especialistas diferentes del médico que practicará la interrupción del embarazo”, lo que aseguraba que la decisión se podría adoptar rápidamente.<sup>120</sup> Sin embargo, este procedimiento no “distingue entre los casos en los que la mujer embarazada y los médicos están plenamente de acuerdo de aquellos otros donde existe un

<sup>116</sup> *Ibidem*, par. 115.

<sup>117</sup> *Ibidem*, par. 116.

<sup>118</sup> *Ibidem*, par. 118.

<sup>119</sup> *Ibidem*, par. 117.

<sup>120</sup> *Ibidem*, par. 121.



desacuerdo entre la mujer embarazada y sus médicos, o entre los propios médicos entre sí”.<sup>121</sup> Por este motivo, el TEDH entendió que el procedimiento previsto por la legislación polaca no era lo suficientemente efectivo para determinar si las condiciones establecidas para interrumpir terapéuticamente un embarazo concurrían en un caso concreto. Esta falta de concreción generaba una incertidumbre prolongada así como una angustia considerable en la demandante, ya que su embarazo podía afectar —tal y como luego sucedió— a su salud. A la vista de ello, el TEDH consideró que se había vulnerado el derecho a la privacidad de la demandante y por ende el artículo 8o. del CEDH.<sup>122</sup>

### 3. La protección jurídica preceptiva

#### A. El carácter relativo de la protección

Los Países Bajos interpusieron un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con el objeto de obtener la anulación de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas del 6 de julio de 1998.<sup>123</sup> Según su artículo 5o., “el cuerpo humano en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen” no podrá ser objeto de invención patentable.<sup>124</sup> Por el contrario, sí podrá serlo “un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen”.<sup>125</sup> Para los Países Bajos, esta última posibilidad resultaba contraria a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de la persona, ya que “no puede aceptarse que se

<sup>121</sup> *Idem.*

<sup>122</sup> *Ibidem*, par. 124. Al respecto, consultar también los argumentos esgrimidos por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Dictamen de 17 de octubre de 2011, especialmente, pars. 8.14 y 8.15.

<sup>123</sup> DOCE. L 213/13 de 30 de julio de 1998, p. 13.

<sup>124</sup> Artículo 5.1.

<sup>125</sup> Artículo 5.2.

utilice la materia humana viva como un instrumento”, ni tampoco que su tratamiento prescindiera del “consentimiento de los afectados”.<sup>126</sup> En definitiva, los Países Bajos —denuncia a la que luego se sumó tanto Italia como Noruega— consideraron que la Directiva comunitaria “vulnera los derechos fundamentales en dos sentidos”. Por una parte, la normativa europea “contiene una disposición (el artículo 5o., apartado 2) contraria a la dignidad humana”, y por otra parte, dicha disposición, además, “no garantiza el derecho de los donantes a controlar la materia donada y el de los pacientes a prestar su consentimiento a los tratamientos” aplicados.<sup>127</sup>

El TJUE consideró que la dignidad humana quedaba protegida con la prohibición de que “el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, pudiera constituir una invención patentable”.<sup>128</sup> Pero, ¿qué sucede con los elementos aislados del cuerpo humano, incluidos la secuencia total o parcial de un gen? Trasladando el problema planteado a nuestro ámbito de estudio, cabe preguntarse, por ejemplo, sobre la protección de un espermatozoide o de un óvulo extraído de un donante. El espermatozoide o el óvulo en cuestión, ¿constituiría un elemento aislado del cuerpo humano susceptible de ser patentado? El TJUE señaló que “los elementos del cuerpo humano tampoco son de por sí patentables y su descubrimiento no pueden ser objeto” de una patente.<sup>129</sup> Sólo lo serían —continuó señalando el TJUE— “aquellas innovaciones que se asocien a un procedimiento técnico que permita aislarlo o producirlo con miras a su aplicación industrial”.<sup>130</sup> Esto quiere decir que el espermatozoide o el óvulo no pueden ser objeto de una patente; pero sí puede serlo la invención alcanzada para el tratamiento de los mismos con una finalidad aplicativa. Por tanto, el TJUE insistió en aclarar que “un elemento del cuerpo humano” no puede ser “objeto de apropiación”.<sup>131</sup> Ahora bien, dicho elemento del cuerpo humano puede

<sup>126</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. F.G. Jacobs al as. C-377/98 presentadas el 14 de junio de 2001, par. 190 y 191.

<sup>127</sup> *Ibidem*, par. 195.

<sup>128</sup> TJUE, sentencia “Países Bajos c. Parlamento/Consejo” del 9 de octubre de 2001, as. C-377/98, par. 71.

<sup>129</sup> *Ibidem*, par. 71.

<sup>130</sup> *Ibidem*, par. 72.

<sup>131</sup> *Ibidem*, par. 73.

formar “parte de un producto que pueda ampararse en la protección de un patente”<sup>132</sup> y en consecuencia ser susceptible de explotación.

No obstante, la directiva comunitaria no puede prever qué tipo de invenciones pueden aplicarse al espermatozoide o al óvulo. La evolución científica y técnica puede evolucionar hasta estadios insospechados. Ante esta posibilidad —nada descabellada a juzgar por los progresos experimentados en este ámbito en las últimas décadas—, la normativa europea incorpora una garantía general y adicional. En efecto, la Directiva comunitaria advierte que las innovaciones cuya explotación “sea contraria al orden público o a la moralidad” no serán patentables.<sup>133</sup> En concreto, la normativa europea menciona algunas invenciones que no pueden ser objeto de una patente por los motivos señalados.<sup>134</sup> Así, la aplicación de invenciones encaminadas a clonar seres humanos o a modificar su identidad genética germinal no puede ser patentable.<sup>135</sup> Tampoco lo es por voluntad expresa del legislador comunitario, la utilización de embriones humanos para la aplicación de tales innovaciones con una finalidad industrial o comercial.<sup>136</sup> Precisamente, acerca de esta última exclusión nos ocuparemos *in extenso* en el apartado siguiente del presente trabajo. Por consiguiente, la aplicación de ciertas invenciones sobre los espermatozoides y los óvulos, o su utilización con ciertas finalidades no son patentables, ya que, estos casos, según la Directiva europea, son contrarios al “orden público o a la moralidad”.<sup>137</sup> No obstante,

<sup>132</sup> *Idem*.

<sup>133</sup> Artículo 6.1. Acerca del párrafo de este artículo, véase Plomer, A., “Human dignity, Human rights and article 6.1 of the EU Directive on biotechnological inventions”, *Embryonic stem cell patents: European law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 203-226.

<sup>134</sup> Artículo 6.2.

<sup>135</sup> Artículo 6.2 a) y b).

<sup>136</sup> Artículo 6.2 c). Acerca del párrafo de este precepto, véase Plomer, A., “Towards systemic legal conflict: Article 6.2 c) of the EU Directive on biotechnological inventions”, *Embryonic... cit.*, pp. 173-202.

<sup>137</sup> Artículo 6.1. Acerca de la noción orden público y moralidad, ver: Hellstadius, A., “A comparative analysis of the national implementation of the Directive’s morality clause”, en *Embryonic stem cell patents: European law and ethics*, Oxford University Press, Oxford..., 2009, pp. 117-139 y Torremans, P., “The construction of the Directive’s moral exclusions under the EPC”, en *Embryonic stem cell patents: European law and ethics*, Oxford University Press, Oxford..., 2009, pp. 141-171.

las limitaciones enunciadas no son las únicas.<sup>138</sup> Nuevos descubrimientos pueden también entrar a formar parte de la exclusión. Tal y como el TJUE recordó en este mismo asunto, el listado de exclusiones “no es exhaustivo”, ya que, con carácter general, puede afirmarse que los “procedimientos cuya aplicación suponga la violación de la dignidad humana deben también quedar excluidos de la patentabilidad”.<sup>139</sup>

Gracias a la existencia de una garantía preventiva y abierta, basada en el “orden público o la moralidad”, la Directiva comunitaria —en palabras del TJUE— “limita el Derecho de patentes de modo suficientemente estricto para que el cuerpo humano permanezca efectivamente indisponible e inalienable, garantizándose así el respeto de la dignidad humana”.<sup>140</sup> Además, dicha normativa europea está ceñida, según el TJUE, a la concesión de patentes cuyo ámbito de aplicación no comprende “las operaciones anteriores y posteriores a dicha concesión”; en particular, el régimen jurídico aplicable a donantes y pacientes, cuya regulación no forma parte del objeto de la normativa europea cuestionada.<sup>141</sup> Por todo ello, el TJUE decidió desestimar los motivos alegados por los Países Bajos —razones que fueron secundadas luego por Italia y Noruega—, para solicitar la anulación de la Directiva comunitaria 98/44/CE del 6 de julio de 1998.<sup>142</sup>

### B. *El carácter absoluto de la protección*

Oliver Brüstle era titular de una patente referida a un procedimiento de producción de células madre neuronales a partir de células madre embrionarias. Mediante este procedimiento innovador, las células madre embrionarias se transformaban en células madre neuronales que, una vez aisladas y depuradas, podían ser utilizadas para el tratamiento de afecciones neurológicas como es el caso de la enfermedad de Parkin-

<sup>138</sup> Whitehill, J., “Patenting human embryonic stem cells: what is so immoral?”, *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, vol. 34, núm. 3, pp. 1045-1080.

<sup>139</sup> TJUE, sentencia “Países Bajos c. Parlamento/Consejo”, *cit.*, par. 76.

<sup>140</sup> *Ibidem*, par. 77.

<sup>141</sup> *Ibidem*, par. 79.

<sup>142</sup> *Ibidem*, par. 81. A estas mismas conclusiones llega el Abogado General, Sr. F. G. Jacobs. Véase Conclusiones del Abogado General, Sr. F.G. Jacobs, *cit.*, par. 197 y ss.

son.<sup>143</sup> Sin embargo, a petición de Greenpeace eV, el Tribunal Federal de Patentes de Alemania declaró la nulidad de la patente debido a que se utilizaban en el procedimiento células madre embrionarias. El demandado recurrió la decisión ante la Corte Federal de Justicia de Alemania.<sup>144</sup> Para dicho órgano judicial, la resolución del recurso de anulación dependía de la interpretación de la normativa comunitaria; en concreto de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas del 6 de julio de 1998.<sup>145</sup> Según el articulado de esta directiva comunitaria, “las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales” deben considerarse no patentables.<sup>146</sup> La Corte Federal de Justicia de Alemania se preguntó si el empleo de células madre embrionarias servían de “materia prima” para los procedimientos patentados y a partir de los cuales se obtenían células madre neuronales, constituían “embriones humanos” en el sentido del articulado de la citada Directiva comunitaria.<sup>147</sup> A fin de resolver el problema suscitado, la Corte Federal de Justicia de Alemania suspendió el proceso judicial y planteó una cuestión prejudicial al TJUE. Su planteamiento tenía por objeto aclarar cuál era exactamente el significado y alcance de la expresión “embrión humano” empleada en la referida normativa europea.<sup>148</sup>

La Directiva comunitaria no contiene una definición del término “embrión humano”. Por este motivo, el TJUE determinó que su significado y alcance debía efectuarse tomando en consideración el contexto

<sup>143</sup> TJUE (Gran Sala), sentencia “*Oliver Brüstle y Greenpeace eV*”, del 18 de octubre de 2011 (Gran Sala), as. C-34/10, par. 15 y 16.

<sup>144</sup> *Ibidem*, par. 19.

<sup>145</sup> Véase, *supra*, nota 123.

<sup>146</sup> Artículo 6.2.c).

<sup>147</sup> TJUE (Gran Sala), sentencia “*Oliver Brüstle y Greenpeace eV*”, *cit.*, par. 22.

<sup>148</sup> *Ibidem*, par. 23. Acerca de esta sentencia, pueden consultarse los comentarios de: García San José, D., “The Juridical Conceptualization of the Human Embryo in the Law of the European Union. A Well-Aimed Step in the Wrong Direction”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2013, vol. 13, pp. 517-548 y Nuevo Lopez, P., “Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE - Sentencia de 18.10.2011 (Gran Sala), *Oliver Brüstle c. Greenpeace Ev.*, C-34/10 - “Directiva 94/44/CE sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas - Obtención de células progenitoras a partir de células madre embrionarias humanas - Patentabilidad” - ¿Primer paso hacia un estatuto jurídico comunitario del embrión humano?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012, año 16, núm. 42, pp. 593-605.

en el que se utilizaba dicha expresión, así como los objetivos perseguidos por la normativa europea que lo contemplaba.<sup>149</sup> Tal y como hemos avanzado en el apartado anterior, la normativa europea impide que puedan patentarse las innovaciones que empleen el cuerpo humano o cualquiera de sus elementos, incluida la secuencia de un gen. Sólo pueden patentarse aquellas aplicadas a elementos aislados del cuerpo humano o la secuencia de un gen.<sup>150</sup> Sin embargo, la Directiva comunitaria menciona una serie de invenciones que no pueden ser objeto de patente en ningún caso; entre ellas, la utilización de “embriones humanos con fines industriales o comerciales”.<sup>151</sup> Este listado de innovaciones es a efectos indicativos, puesto que debe considerarse abierto a la incorporación de nuevas exclusiones.<sup>152</sup> Según el TJUE, el legislador comunitario “quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto que pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana”.<sup>153</sup> Por esta razón, el significado y alcance de los términos empleados en la normativa europea respecto de las invenciones no patentables, debe concebirse de un modo laxo. Así, el término “embrión humano”, mencionado para excluir su utilización ante innovaciones con fines industriales o comerciales,<sup>154</sup> debe interpretarse, a juicio del TJUE, en un sentido “amplio”.<sup>155</sup>

Esta amplitud llevó a que el TJUE concibiese “el embrión humano” como aquel “organismo” que fuese “apto para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano”.<sup>156</sup> Partiendo de esta concepción amplia, el TJUE especificó que tendría tal consideración “todo óvulo humano a partir de la fecundación”, debido a que “la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano”.<sup>157</sup> No obstante, también puede alcanzarse este mismo resultado —el desarrollo de un ser humano—, el “óvulo humano no fecundado” en el que se “haya implantado el

<sup>149</sup> TJUE (Gran Sala). Sentencia “*Oliver Brüstle y Greenpeace eV*”, cit., par. 31.

<sup>150</sup> Artículo 5o.

<sup>151</sup> Artículo 6.2.c)

<sup>152</sup> TJUE, sentencia “*Países Bajos c. Parlamento / Consejo*”, cit., par. 76

<sup>153</sup> TJUE (Gran Sala), sentencia “*Oliver Brüstle y Greenpeace eV*”, cit., par. 34.

<sup>154</sup> Artículo 6.2.c)

<sup>155</sup> *Ibidem*, par. 34.

<sup>156</sup> *Ibidem*, par. 36.

<sup>157</sup> *Ibidem*, pars. 35 y 38.

núcleo de una célula humana madura”, o bien, que se haya “estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”.<sup>158</sup> La presencia de células madre embrionarias totipotenciales en cualquiera de estos supuestos —aptas para el desarrollo de un ser humano—, justifica su inclusión en la categoría de “embrión humano” tal y como ha sido definida por el TJUE.<sup>159</sup>

No obstante, el propio proceso de desarrollo del embrión avanza hacia la división y especialización celular, de tal manera que, a partir de un cierto estadio —blastocisto—, las células madre embrionarias totipotenciales se transforman en pluripotenciales. Estas últimas, a diferencia de las totipotenciales, no pueden evolucionar por separado y constituir un cuerpo humano completo, pero sí partes del mismo, como es el caso de sus órganos. Esta imposibilidad excluye a las células madre pluripotenciales del concepto de embrión tal y como ha sido delimitado por el TJUE, por lo que las innovaciones que lleguen a realizarse sobre este tipo de células sí que serían patentables. Ahora bien, estas posibilidades de patentabilidad cuentan con dos limitaciones importantes: una real y otra potencial. Por lo que respecta a la primera, las innovaciones efectuadas con células madre pluripotenciales no podrán patentarse si su obtención —tal y como el propio TJCE advierte que sucede en la práctica—<sup>160</sup> conlleva la utilización de un embrión humano como “materia prima” o bien su “destrucción previa”.<sup>161</sup> Precisamente, este supuesto fue el protagonizado por el señor Brüstle y el que originó la cuestión prejudicial que ahora examinamos.<sup>162</sup> La segunda limitación tiene una base más hipotética que real. Las células madre pluripotenciales, como decimos, no pueden dar lugar a un ser humano completo en la actualidad; pero, ¿qué sucedería si esta posibilidad fuese factible en el futuro? Según el propio TJUE, “los avances de la ciencia” pueden acabar capacitando a las células madre pluripotenciales para “iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano”. En tal caso, el TJUE considera que “el juez

<sup>158</sup> *Ibidem*, pars. 36 y 38.

<sup>159</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot al as. C-34/10 presentadas el 10 de marzo de 2011, par. 91.

<sup>160</sup> TJUE (Gran Sala). Sentencia “*Oliver Brüstle y Greenpeace eV*”, *cit.*, par. 48.

<sup>161</sup> *Ibidem*, pars. 47 y 52.

<sup>162</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot, *cit.*, par. 93.

nacional” será el encargado de determinar si “quedan incluidas en el concepto de embrión humano”. Y, si así ocurre, las invenciones que pudieran llevarse a cabo sobre estas células convertidas en totipotenciales tampoco serían patentables en coherencia con lo ya dicho.<sup>163</sup>

Por último, la directiva comunitaria establece que las invenciones realizadas sobre el embrión humano no podrán ser patentables si tienen una finalidad “industrial o comercial”.<sup>164</sup> Como puede comprenderse, la concesión de una patente tiene por objeto la explotación de una innovación con fines industriales o comerciales, impidiendo que terceros puedan apropiarse de la misma con idénticos fines.<sup>165</sup> Ahora bien, ¿la investigación científica con embriones humanos sin una finalidad “industrial o comercial” quedaría afectada por la prohibición impuesta por la normativa europea? El propio TJUE reconoce que, en principio, la Directiva comunitaria “no tiene por objeto regular la utilización de embriones en el marco de investigaciones científicas”.<sup>166</sup> Por tanto, este tipo de actividad quedaría inicialmente fuera del ámbito de aplicación de la normativa europea.<sup>167</sup> Ahora bien, el mismo TJUE advirtió a continuación que, aunque la “finalidad de investigación científica debe distinguirse de los fines industriales o comerciales”, lo cierto es que “la utilización de embriones humanos con fines de investigación” no puede realmente “separarse de la propia patente y de los derechos vinculados a ésta”.<sup>168</sup> Además, recuerda que la propia Directiva comunitaria, en sus consideraciones iniciales, confirma que: “La utilización de embriones humanos con fines de investigación científica que sea objeto de una solicitud de patente no puede distinguirse de una explotación industrial y comercial y, de este modo, eludir la exclusión de patentabilidad”.<sup>169</sup> No obstante, estas mismas consideraciones iniciales señalan que, excepcionalmente, las invenciones aplicables al embrión humano sí pueden ser

<sup>163</sup> TJUE (Gran Sala), sentencia “*Oliver Brüstle y Greenpeace eV*”, cit., par. 37 y 38.

<sup>164</sup> Art. 6.2.c)

<sup>165</sup> TJUE (Gran Sala), sentencia “*Oliver Brüstle y Greenpeace eV*”, cit., par. 41 y 42.

<sup>166</sup> *Ibidem*, par. 40.

<sup>167</sup> Duttge, G., “Research on embryos and Human dignity”, *Israel Law Review*, 2009, vol. 42, núm. 2, pp. 398-415.

<sup>168</sup> TJUE (Gran Sala), sentencia “*Oliver Brüstle y Greenpeace eV*”, cit., par. 43.

<sup>169</sup> Considerando 42, cit., par. 44.



patentables a condición de que éstas sean realizadas con una finalidad diagnóstica o terapéutica y que le sean útiles a dicho embrión.<sup>170</sup>

En consecuencia, el legislador comunitario excluye de la patentabilidad las innovaciones que tengan por objeto la utilización del embrión humano en la medida que constituye un organismo que tiene la capacidad de desarrollar un ser humano, esta misma capacidad excluye la patentabilidad de aquellas invenciones que, aplicadas sobre partes o elementos del embrión humano, puedan alcanzar este mismo resultado —el desarrollo de un ser humano— en el presente o en el futuro. Tan solo cabe exceptuar de esta exclusión las innovaciones que repercutan en beneficio del propio embrión humano.<sup>171</sup> Con ello, la directiva comunitaria persigue una protección absoluta del embrión humano al entender que la industrialización o la comercialización de las invenciones en las que puedan ser utilizados, resultan contrarias a la moralidad pública y al orden público; en definitiva, incompatibles con la dignidad humana.<sup>172</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

La CADH determinó que la protección del ser humano se inicia en el momento de la concepción; instante que dicho tribunal internacional identifica con el de la implantación del embrión en el útero materno. Antes de este hecho, el embrión carecería de la protección reconocida

<sup>170</sup> *Ibidem*, pars. 44 y 46.

<sup>171</sup> En relación con los límites a la investigación realizada sobre embriones humanos, pueden consultarse los trabajos realizados por: García San José, D., *International Bio Law: An International Overview of Developments in Human Embryo Research and Experimentation*, Laborum, Murcial, 2010; Piirman, M., “Patentability of inventions related to human embryonic stem cells”, *Juridica International: Law Review*, 2011, vol. 18, pp. 94-103; Muller-Terpitz, R., “Genetic Testing of Embryos in Vitro: Legal Considerations with Regard to the Status of Early Human Embryos in European Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 54, 2011, pp. 489-520, y Wolfrum, R. y Vöneky, S., “Who is Protected by Human Rights Conventions? Protection of the Embryo vs. Scientific Freedom and Public Health”, *Human Dignity and Human Cloning*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 133-143.

<sup>172</sup> Artículo 6.1.

por la CADH. Sin embargo, el TJUE otorga una amplia protección al embrión con independencia de que se encuentre implantado o no en el útero de la mujer. A mayor abundamiento, dicha protección no sólo se reconoce al embrión, sino que se extiende, en interpretación de la legislación comunitaria, a cualquier “organismo” que cuente con la capacidad de desarrollar un ser humano. Precisamente, la conveniencia de salvaguardar la dignidad de este último está detrás del establecimiento de la protección necesaria con la que se pretende evitar, en concreto, que el embrión pueda ser utilizado con fines industriales o comerciales; propósitos que, en este supuesto, son contrarios al orden y la moralidad pública.

A partir del momento de la implantación del embrión en el útero materno, su protección queda especialmente unida a la de la madre que lo alberga. El feto que se desarrolla en su seno forma parte del cuerpo de la madre de tal manera que su protección redundará igualmente en beneficio del feto. Por este motivo, la madre cuenta con un grado de protección preferente al reconocido a otros progenitores —en concreto, al padre— o a terceros que pudieran tener intereses en estos estadios en los que se inicia la vida humana. La jurisprudencia europea sólo reconoce un cierto protagonismo a los padres en el caso de que la mujer embarazada fuera su hija y menor edad; en este supuesto la opinión de los padres de la menor embarazada debería ser tenida en cuenta si hubiera que tomar una decisión acerca de la continuidad de su embarazo. No obstante, la prevalencia de la protección de la madre sobre otros progenitores y terceros se torna conflictiva cuando sus intereses se contraponen a los del feto; contraposición que puede llegar a ser extrema cuando se plantea la tesitura de tener que optar entre la vida de la madre o la del feto.<sup>173</sup>

<sup>173</sup> En las mismas fechas en las que finalizamos la elaboración del presente trabajo, los medios de comunicación han dado a conocer un hecho extremo en El Salvador. El Comité del Hospital en que se encuentra internada “B” informó que su embarazo conlleva un alto riesgo de muerte para ella, y que el feto que gesta en su seno es anencefálico. Por tal motivo, dicho Comité recomienda la aplicación de un tratamiento médico —la interrupción del embarazo— que salvaguarde “los derechos a la vida, la integridad y la salud de la madre”. Sin embargo la aplicación de esta medida se encuentra prohibida por la legislación salvadoreña. Ante esta circunstancia, se ha solicitado la autorización de las autoridades del país —entre ellas a la Corte Suprema de Justicia— así como la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos

No cabe duda que el TJUE otorga protección al embrión o a cualquier “organismo” capaz de desarrollar un ser humano, protección que también puede deducirse de la jurisprudencial de TEDH. Sin embargo, la dificultad en este aspecto no se plantea acerca del reconocimiento de dicha protección, sino acerca del alcance de la misma y, sobre todo, en relación con la inclusión en tal protección del derecho a la vida del no nacido. El TEDH reconoce la existencia de una serie de derechos atribuidos al no nacido tal y como se deriva de la práctica estatal seguida al respecto; reconocimiento que, tal y como señala la CADH, resulta “gradual e incremental”. Ahora bien, la controversia que verdaderamente se suscita en torno a esta cuestión es la de si el derecho a la vida también debe entenderse incluido en esa serie de derechos.

El TEDH admite sin paliativos el derecho a la vida de los ya nacidos con las excepciones enunciadas en el propio texto del CEDH.<sup>174</sup> Pero, ¿qué ocurre con el derecho a la vida de los no nacidos? El TEDH rehúye pronunciarse sobre esta cuestión debido a la disparidad de respuestas dadas por las legislaciones nacionales a una problemática que resulta especialmente sensible. El TEDH reconoce a los Estados parte un margen de actuación “amplio” en la resolución de la misma. Ahora bien, la discrecionalidad otorgada a los Estados parte no constituye una licencia para que puedan adoptar soluciones en cualquier sentido. El TEDH se reserva un control sobre la legislación estatal que se adopte; un control que, básicamente, reviste un carácter formal y de fondo. Con respecto a este último, la opción legislativa elegida debe reconocer un “justo equilibrio” entre las partes; condición que aplicada a este caso permite re-

Humanos. Este órgano regional, en espera de una decisión de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, ha decidido adoptar medidas cautelares a favor de “B” el 29 de abril de 2013; en particular, “solicita al Estado de El Salvador que adopte las medidas necesarias para implementar el tratamiento recomendado por el Comité Médico del Hospital Nacional Especializado de Maternidad Dr. Raúl Arguello Escalón, con el objetivo de salvaguardar la vida, la integridad personal y salud de B, y que concierte cualquier medida a adoptarse con la beneficiaria y sus representantes”. Cfr. MC 114/13, El Salvador de 29 de abril de 2013. Esta medida cautelar puede consultarse en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp> (consultada el 27 de mayo de 2013).

<sup>174</sup> Estas excepciones son concretamente dos: la pena capital impuesta por “un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena” y la utilización de la fuerza necesaria en los casos de legítima defensa, detención/evasión y represión de “revuelta o insurrección”. Cfr. artículo 2, CEDH.

solver la hipotética colisión entre los derechos del no nacido y la mujer que lo gesta en su seno. Junto a este control de fondo, el TEDH ejerce también un control formal mediante el cual se compromete a verificar si dicha opción legislativa no resulta meramente aparente. A estos efectos, el TEDH se ha esforzado —especialmente en su jurisprudencia más reciente—, en comprobar si los Estados desarrollan convenientemente su legislación y si articulan, en congruencia con esta última, los procedimientos necesarios que permitan que su respuesta en la materia sea realmente coherente, y sobre todo, efectiva.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AZOUX BACRIE, L., “Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait: Une approche contestable (a propos de l’arrêt Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007)”, *Le droit de la famille à l’épreuve de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- BEN-NAFTALI, O. y CANOR, I., “Evans v. United Kingdom: ap. 6339/05: European Court of Human Rights, abril 10, 2007”, *American Journal of International Law*, 2008, vol. 102, núm. 1.
- BRENA, I., “La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012.
- CAVE, E., *The Mother of All Crimes: Human Rights, Criminalization and Child Born Alive*, Ashgate, Aldershot, 2004.
- DE ORY ARRIAGA, C., “La noción de dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en HINOJO ROJAS, M. (coord.), *Liber amicorum Profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho internacional y Derecho de la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2012.
- DEMIRDIJAN, A., “L’avortement et les droits de la femme sous le Droit international”, *Revue Québécoise de Droit International*, 2001, vol. 14, núm. 2.

- DUTTGE, G., "Research on embryos and Human dignity", en *Israel Law Review*, 2009, vol. 42, núm. 2.
- ESER, A. y KOCH, H. G., *Abortion and the Law: from International Comparison to Legal Policy*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2005.
- FORTIN, J., "Legal Protection for the Unborn Child", *The Modern Law Review*, 1987, vol. 51.
- FRANKOWSKI, S. y COLE, G., *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective*, Dordrecht, Nijhoff, 1987.
- GALLUS, N., "La procréation médicalement assistée et les Droits de l'homme: Cour Européenne des Droit de l'Homme (Grande Chambre), Evans c. Royaume-Uni, 10 avril 2007 et Dickson c. Royaume-Uni, 4 décembre 2007", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2008, vol. 19, núm. 75.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D., "The Juridical Conceptualization of the Human Embryo in the Law of the European Union. A Well-Aimed Step in the Wrong Direction", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013.
- , *International Bio Law: An International Overview of Developments in Human Embryo Research and Experimentation*, Murcial, Laborum, 2010.
- GOLDMAN, T., "Vo v. France and fetal rights: The decision not to decide", en *Harvard Human Rights Journal*, 2005, vol. 18, spring.
- HALLIDAY, S., "A Comparative Analysis of some of the Legal Parameters of the Right to Life and the Right to Privacy in the Regulation of Abortion", *Human Rights in Transition*, 2003.
- HASSAN, D. y Khan, A., "Right to Life and Abortion: a Study on the Legal Controversy of the Status of the Unborn Child in International Human Rights Law", *The Indian Journal of International Law: A Quarterly*, 2011, vol. 51, núm. 3.
- HELLSTADIUS, A., "A Comparative Analysis of the National Implementation of the Directive's Morality Clause", *Embryonic Stem Cell Patents: European Law and Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- HUBBARD, R., "Rights for fetuses and embryos?", en *Rights and Liberties in the Biotech Age: Why we Need a Genetic Bill of Rights*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD., 2005.
- IBEGBU, J., *Rights of the Unborn Child in International Law*, Lewiston, Edwin Mellen Press, 2000.

- JIMÉNEZ GARCÍA, F., “El respeto a la dignidad humana”, en BENEYTO PEREZ, J. M., (dir.), MAILLO GONZALEZ-ORUS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Derechos Fundamentales*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009-2012, t. II.
- KRIARI-CATRANIS, I., “Rights of Embryo and Foetus in Public and Private Law”, *Revue Hellénique de Droit International*, 2002, vol. 55, núm. 1.
- KULUSIKA, S., “The Rights of the Foetus: An Overview”, *Zambia Law Journal*, 2004, vol. 36.
- LARRALDE, J. M., “La Cour Européenne des Droits de l’Homme et le droit à l’avortement: entre avancées prudentes et conservatisme assumé: Cour Européenne des Droits de l’Homme, R.R. c. Pologne, 26 mai 2011”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2012, vol. 23, núm. 91.
- LONDONO, P., “Redrafting abortion rights under convention: A, B and C v. Ireland”, *Diversity and european human rights: rewriting judgments of the ECHR*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- MACBRIEN, M., “Ireland: balancing traditional domestic abortion law with modern reality and international influence”, *Suffolk Transnational Law Review*, 2002, vol. 26, núm. 1.
- MAGHERITA, R., “Abortion and human rights”, *New Law Journal*, 1991, vol. 141, núm. 6520.
- MANS, L., “Liability for the death of a fetus: fetal rights or women’s rights?”, *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, 2004, vol. 15, núm. 2.
- MATHIEU, B., “Le droit á la vie dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes”, *Le droit á la vie*, Strasbourg, Editions du Conseil de l’Europe, 2006.
- MATTEO, M., “Governmental abortion policies and the right to privacy: the rights of the individual and the rights of the unborn”, *Brooklyn Journal of International Law*, 1985, vol. 11.
- MAZZONI, C., “I diritto dell’embrione e del feto nel diritto private”, en *Rapports nationaux italiens au XVIe Congrès international de Droit Comparé, Brisbane 2002*, Milan, Giuffrè, 2002.

- MERCURIO, B., "Abortion in Ireland: An analysis of the legal transformation resulting from membership in the European Union", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2003, vol. 11.
- MULLER-TERPITZ, R., "Genetic testing of embryos in vitro: Legal considerations with regard to the status of early human embryos in European Law", *German Yearbook of International Law*, vol. 54, 2011.
- NGWENA, Ch., "Inscribing Abortion as a Human Right: Significance of the Protocol on the Rights of Women in Africa", *Human Rights Quarterly: A Comparative and International Journal of the Social Sciences, Philosophy and Law*, vol. 32, núm. 4.
- NUEVO Lopez, P., "Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE - Sentencia de 18.10.2011 (Gran Sala), Oliver Brüstle c. Greenpeace Ev., C-34/10 - «Directiva 94/44/CE sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas - Obtención de células progenitoras a partir de células madre embrionarias humanas – Patentabilidad» - ¿Primer paso hacia un estatuto jurídico comunitario del embrión humano?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012, año 16, núm. 42.
- ÖZSUNAY, E., "Rights of embryo and foetus in private law", en *La convergence des systèmes juridiques au 21e siècle: rapports généraux du XVIe Congrès international de Droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- PAUL DÍAZ, A., "Estatus del no nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación", en *Ius et Praxis*, vol. 18, núm. 1, 2012.
- PÉREZ ÁLVAREZ, S., *La libertad ideológica ante los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la UE*, Granada, Comares, 2009.
- PETERSEN, N., "The legal status of the Human embryo "in vitro": General Human rights instruments", *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, 2005, vol. 65, núm. 2.
- PIIRMAN, M., "Patentability of inventions related to human embryonic stem cells", en *Juridica International: Law Review*, 2011, vol. 18.
- PLOMER, A., "A foetal right to life?: The case of "Vo v. France", *Human Rights Law Review*, 2005, vol. 5, núm. 2.
- , "Human dignity, Human rights and article 6.1 of the EU Directive on biotechnological inventions", *Embryonic stem cell patents: European law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

- , “A., Towards systemic legal conflict: Article 6.2 c) of the EU Directive on biotechnological inventions”, en *Embryonic stem cell patents: European law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- QUESADA ALCALÁ, C., “¿Existe el derecho a la vida del feto? La insatisfactoria respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la sentencia de 8 de julio de 2004, asunto Vo c. Francia (no. 53924/00)”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2004, núm. 5.
- , “La relación entre el consentimiento y el derecho a la vida, una cuestión problemática a los ojos del TEDH. Sentencia Evans c. Reino Unido. Asunto no. 6339/05, de 7 de marzo de 2006”, *Revista General del Derecho*, 2006, núm. 10.
- REY Martinez, F., “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia “A,B y C v. Irlanda”, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011.
- RUBENFELD, J., “On the legal status of the proposition that “life begins at conception”, *Stanford Law Review*, vol. 43, núm. 3, 1991.
- SANZ CABALLERO, S., “El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: El aborto y la eutanasia a debate”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 31, 2004.
- SMITS, P. W., *The Right to Life of the Unborn Child in International Documents, decisions and opinions*, Bedum, Scholma, 1992.
- SPRENG, J. E., *Abortion and Divorce Law in Ireland*, McFarland, Jefferson, 2004.
- STARCK, CH., “The Human Embryo is a Person and Not an Object”, *Human dignity and Human cloning*, Leiden, Nijhoff, 2004.
- STEINBOCK, B., *Life before birth: the moral and legal status of embryos and fetuses*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- STOLTZFUS JOST, T., “Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, *The American Journal of Comparative Law: A Quarterly*, 2002, vol. 50, núm. 3.
- TORREMANS, P., “The construction of the Directive’s moral exclusions under the EPC”, *Embryonic stem cell patents: European law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- UNDURRAGA, V., “La Decisión sobre Aborto de la Corte Europea de Derechos Humanos “A, B and C v. Ireland” y su importancia para el Sistema Interamericano”, en *Anuario de Derecho Público*, 2011, núm. 1.



- VAIHE, J. L., “Le droit à la vie du fœtus (arrêt «Vo» du 8 juillet 2004): De la vie à la mort”, *La France et la Cour européenne des Droits de l’Homme : la jurisprudence en 2004*, Bruxelles, Bruylant.
- WEINSTEIN, B., “Reproductive Choice in the Hands of the State: The Right to Abortion Under the European Convention of Human Rights in Light of A, B & C v. Ireland”, en *The American University International Law Review*, 2012, vol. 27, núm. 2.
- WHITEHILL, J., “Patenting human embrionic stem cells: what is so immoral?” en *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, vol. 34, núm. 3.
- WICKS, “The meaning of life: Dignity and the right to life in international Human rights treaties”, *Human Rights Law Review*, 2012, vol. 12, núm. 2.
- WOLFRUM, R. y VÖNEKY, S., “Who is protected by Human rights conventions? Protection of the embryo vs. Scientific freedom and public health”, *Human dignity and human cloning*, Leiden, Nijhoff, 2004.