

**Alonso PINO ÁVILA,**  
*La autonomía reproductiva en la jurisprudencia  
del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,*  
**Aranzadi, Pamplona 2023, 310 pp.**

MIREIA MÁRQUEZ DE HARO  
*Universidad de Barcelona*

**Palabras clave:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aborto, reproducción asistida, gestación subrogada  
**Keywords:** European Court of Human Rights, abortion, assisted reproduction, surrogacy

Los avances tecnológicos y los cambios sociales de las últimas décadas han planteado numerosos desafíos al ámbito jurídico. Han sido reivindicados, por ejemplo, nuevos derechos relativos a la autonomía reproductiva, con la pretensión de constituirse como inherentes a la persona. A partir de 1960, empieza a extenderse el debate sobre el aborto en Europa, lo que motiva a muchos estados de Occidente a promover su legalización. Asimismo, el progreso de la medicina ha dado lugar a la llegada de técnicas de reproducción asistida y su inclusión en los ordenamientos. La gestación subrogada, por su parte, no ha generado un movimiento de presión social tan intenso y, por ello, está presente en pocas legislaciones europeas. Aun así, han surgido conflictos respecto del reconocimiento de los efectos de esta práctica en los Estados que no la han legalizado.

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que enfrentarse a diversas reivindicaciones basadas en supuestos de nuevos derechos en materia reproductiva. Si bien la literalidad del Convenio no los incluye, el Tribunal sí ha reconocido alguno de ellos, al menos en cierta medida, con anclaje en el derecho a la vida (art. 2), el derecho a no sufrir tratos degradantes o inhumanos (art. 3) y el derecho a la vida privada y familiar (art. 8).

La presente obra analiza la jurisprudencia de este tribunal en lo relativo al aborto, a algunas técnicas de reproducción asistida y a la gestación subrogada. Así, se dedica un capítulo completo a cada cuestión, planteando primeramente los casos resueltos por el Tribunal, para luego hacer una interpretación sistemática de la doctrina sentada por éste. El lector podrá apreciar, en algunos puntos, la opinión propia del autor respecto de las posiciones que adopta el Tribunal o respecto de las críticas que éste ha recibido. Además, Pino nos da su perspectiva sobre qué caminos tomará la jurisprudencia del Tribunal, a medida que se vayan planteando nuevos casos.

En el capítulo segundo, Pino explica que, tal y como se adelantaba, el Convenio no reconoce expresamente el derecho al aborto. Y el Tribunal se ha abstenido también de darle un reconocimiento expreso en sus sentencias. Así, no obliga a los Estados a reconocer o regular el aborto, admitiendo como compatibles con el Convenio tanto regulaciones restrictivas como liberales. Pero sí ha dado cabida a cierta protección a las mujeres que deciden abortar, en base al derecho a la vida privada que recoge el artículo 8. Ciertamente, el Tribunal no obliga a los Estados a reconocer el derecho al aborto, pero sí les impone un deber de coherencia: «El tribunal exige a los Estados, que reconocen el derecho al aborto, que garanticen el derecho en la práctica, mediante una legislación de desarrollo y actuación estatal coherentes» (p. 143). El autor nos explica que, según el Tribunal, lo que no es admisible es que la regulación del ordenamiento recoja la opción del aborto, pero ponga trabas para su práctica efectiva o no lo proteja debidamente.

Esta doctrina surge con el asunto *Tysiac c. Polonia* (2007) y se consolida en *A, B y C c. Irlanda* (2010). En ellos, el Tribunal argumenta que los Estados que hayan legalizado el aborto tienen una obligación negativa de no injerencia, pero también una obligación positiva, en tanto que deben desarrollar la legislación y los servicios para garantizar adecuadamente el derecho a abortar. El autor define esta perspectiva como un paradigma de naturaleza procedimental, que, a su parecer, permite al Tribunal evadir la pregunta sobre si debe o no ser reconocido un derecho sustantivo al aborto.

Pino explica cómo dos casos posteriores a los mencionados introducen un nuevo elemento en la jurisprudencia del Tribunal: La aplicación del paradigma procedimental en base al derecho a no sufrir un trato degradante y inhumano (art. 3). De forma resumida, el Tribunal defendió que si el Estado no cumple con sus obligaciones positivas en relación al derecho al aborto, ello puede provocar un sufrimiento degradante o generar humillación en la mu-

jer gestante. Esto se defiende para casos en los que el embarazo es producto de una violación, o hay una anomalía grave en el feto o existe riesgo para la vida o la salud de la madre. La falta de garantías estatales puede generar un sufrimiento de tal gravedad que cabría sancionar al Estado por una vulneración del artículo 3 del Convenio.

Sirviéndose de esta idea, el autor plantea un argumento propio que merece especial atención. Dice lo siguiente: «No parece que el sufrimiento de la mujer, cuando se dificulta o impide en la práctica el ejercicio del derecho al aborto legalmente reconocido, por ausencia de garantías procedimentales, sea muy diferente del sufrimiento infligido a una mujer por la prohibición del aborto como derecho sustantivo» (p. 113). Así, el autor nos muestra lo paradójico que es afirmar que existe trato degradante a una mujer cuando tiene reconocido el derecho sustantivo al aborto, pero no cuando se la obliga a convertirse en madre, poniendo en riesgo su salud o la de su hijo. Con este argumento, Pino propone una forma de establecer un contenido mínimo y sustantivo del derecho europeo al aborto, en caso de que haya indicaciones terapéuticas, éticas, eugenésicas o socio-económicas.

Resulta interesante también la crítica que propone el autor respecto a la actuación del Tribunal Europeo. Pino, y no es el único, opina que el Tribunal no ha cumplido con una de sus funciones más importantes: establecer un estándar mínimo europeo en materia de derechos humanos. Y ello se le critica porque existe un amplio consenso europeo a favor de una regulación liberal del aborto. El autor destaca que el mismo Tribunal reconoce este hecho en la sentencia del caso *A, B y C c. Irlanda* (2010). Aun así, Pino adopta una posición optimista respecto a la evolución de la jurisprudencia europea y afirma que ésta está encauzada en un proceso de reconocimiento del derecho al aborto como derecho humano.

Las cuestiones hasta aquí mencionadas ocupan el capítulo segundo del libro. Seguidamente, en el tercero, el autor pasa a tratar la jurisprudencia sobre derechos relativos a las técnicas de reproducción asistida. En esta materia, el Tribunal Europeo se ha centrado en resolver los conflictos atendiendo a las particulares casuísticas de cada asunto, sin establecer un estatuto jurídico general del embrión *in vitro*. Pese a ello, el Tribunal sí ha reconocido expresamente el derecho a ser padres mediante técnicas de reproducción asistida; el derecho a tener hijos sanos mediante éstas; y el derecho a destinar los embriones *in vitro* a la investigación científica; todos ellos en base al derecho a la vida privada (art. 8).

Estos nuevos derechos admiten injerencias, que deben estar siempre justificadas en alguna de las finalidades comprendidas en el apartado segundo del artículo 8, y deben responder a criterios de necesidad y de proporcionalidad. El problema es, según el autor, que el Tribunal no entra a definir cuál es el contenido mínimo de estos derechos. En cambio, el Tribunal reconoce que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para establecer medidas que limiten este tipo de derechos. Pino objeta que los fallos responden a argumentos tan casuísticos que no queda claro cuál es el alcance de dicho margen de apreciación. De hecho, existen sentencias contradictorias en la materia, evidenciando que es algo controvertido incluso dentro del mismo Tribunal. En el caso *Dickson c. Reino Unido* (2007), por ejemplo, la Sala adoptó una postura que luego fue contradicha en revisión por la Gran Sala en la sentencia definitiva.

El autor también analiza los casos resueltos por el Tribunal relativos al derecho de revocar el consentimiento previamente otorgado respecto cierta técnica de reproducción asistida. En el caso *Evans c. Reino Unido* (2007), la primera sentencia fue confirmada luego por la Gran Sala. Con todo, la sentencia definitiva tiene una opinión disidente formulada por cuatro jueces que critican el fallo por ser demasiado simplista y excesivamente contractualista. En este punto, Pino se muestra comprensivo con el Tribunal y alega que, ante temas tan controvertidos, éste decide resolver con prudencia y que «no parece una mala solución [...], al menos de momento, hasta que emerja un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa» (p. 171).

En el capítulo cuarto, el autor trata los casos de gestación subrogada que ha resuelto el Tribunal hasta ahora. Destaca que no ha sido nunca planteado un hipotético derecho a esta práctica. Por ello, el Tribunal no ha tenido que pronunciarse sobre si existe un derecho sustantivo a la gestación subrogada. Todos los casos resueltos responden a conflictos respecto de los efectos jurídicos de los contratos que se firman en el marco de esta práctica, especialmente sobre el problema del reconocimiento de la filiación en Estados cuyo ordenamiento no concede validez a la gestación subrogada. a pesar de ello, el autor menciona que, «de los propios argumentos del Tribunal cabe deducir que se habría remitido al amplio margen de apreciación que reconoce a los Estados en una materia tan controvertida» (p. 291).

Sobre los efectos de un convenio de gestación subrogada, Pino explica que hay un orden público europeo mínimo que está incompleto y en construcción. Este orden mínimo responde a la estrecha vinculación que existe,

según el Tribunal europeo, entre los efectos de un convenio de este tipo y el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8, tanto de los padres de intención como del menor. En suma, los conflictos sobre la filiación producto de una gestación subrogada se resuelven en base a la existencia del vínculo biológico (de, al menos, uno de los padres de intención) y a la existencia o no de vida familiar *de facto*. De nuevo, hay un amplio margen de apreciación estatal pero, en este caso, el Tribunal sí ha establecido expresamente un límite: el interés superior del menor.

El Tribunal no ha resuelto todavía ningún caso en el que ni la madre de intención y el padre de intención no fuesen padres biológicos del menor. Ciertamente, se le presentó un asunto con estas características en *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017). El Tribunal se pronunció sobre la cuestión de si existía o no vida familiar *de facto*. Mientras que la Sala, en 2015, estableció que sí, la sentencia definitiva del 2017 defendió lo contrario. De nuevo, no parece haber consenso en el seno del Tribunal, más aún, si atendemos a que la sentencia de la Gran Sala (2017) cuenta con tres opiniones separadas (dos concordantes y una disidente).

Pero, como he apuntado anteriormente, el Tribunal no se pronunció sobre si padres no biológicos tienen el derecho a ser reconocidos como padres biológicos del menor nacido de una gestación subrogada. Pino explica que esta cuestión no fue resuelta por dos defectos procesales. En primer lugar, el menor no fue admitido como demandante por la Sala, por no poder todavía los demandados (supuestos padres) ejercer su representación. Y, en segundo lugar, el Tribunal arguyó que no podía pronunciarse sobre el asunto porque los demandantes no habían agotado los recursos internos. Estas decisiones vincularon a la Gran Sala y, por tanto, ésta tampoco se pronuncia sobre el fondo del asunto. La sentencia de 2015 fue recibida, por un sector de la doctrina, como un pronunciamiento favorable a la gestación subrogada, mientras que la sentencia de la Gran Sala (2017), que la contradujo en parte, fue recibida, por otro sector de la doctrina, como una dura crítica a la gestación subrogada. Pero el autor opina, y no es el único que así lo cree, que ambas son posturas incorrectas, pues el Tribunal en ninguna de las dos sentencias da una respuesta de fondo que nos permita entender su postura como favorable o contraria a la gestación subrogada en un caso de estas características.

El autor adopta una visión crítica respecto uno de los defectos procesales alegado por el tribunal. Y es que el caso *Paradiso* es el único en el que no fue admitida la legitimación activa del menor. El Tribunal defiende que los

padres no tienen el derecho a representarlo ante la Sala y, por tanto, las quejas planteadas en nombre del menor son inadmitidas por falta de competencia *ratione personae*. Según Pino, la razones dadas por el Tribunal «son muy débiles como argumentos jurídicos, así como incoherentes con la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal sobre legitimación activa y competencia *ratione personae*» (p. 230). Alega que, en su opinión, no parece razonable inadmitir la demanda presentada en nombre del menor «antes de resolver la cuestión de fondo que sirve de fundamento al Tribunal para justificar la inadmisión del menor como parte demandante», y ello porque el argumento «incurrir en un círculo vicioso que deja al menor completamente desprotegido» (p. 237). Añade, finalmente, que «la cuestión de la admisibilidad de la demanda presentada en nombre de los menores es una cuestión procesal, pero que no puede ser decidida al margen de la resolución de las cuestiones sustantivas» (p. 237).

Hacia el final del capítulo cuarto, el autor explica que hay una parte de la doctrina que propone adoptar mecanismos de Derecho internacional privado para coordinar y facilitar el reconocimiento de la filiación derivada de los acuerdos de gestación subrogada que incluyan un elemento de extranjería. Esta idea encuentra actualmente un precedente exitoso en el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993. Pino alega que adoptar un convenio en materia de gestación subrogada podría resultar útil, al menos, como inspiración para los Estados a la hora de resolver conflictos sobre reconocimiento de la filiación. Asimismo, el autor da un paso más y apunta tres elementos esenciales que, a su parecer, dicho convenio debería incluir: (1) Una declaración de idoneidad de los candidatos como padres de intención; (2) La necesidad de que el consentimiento de la madre gestante se haya prestado de forma voluntaria y las medidas para un control efectivo al respecto; y (3) La prohibición de cláusula de rescisión del contrato a favor de la madre gestante.

En definitiva, este libro ofrece una visión completa de la jurisprudencia construida hasta ahora por el Tribunal Europeo en materia de derechos relativos a la autonomía reproductiva. Es un análisis de los primeros pasos que ha dado el Tribunal en la materia, así como una demostración de la prudencia o timidez con la que ha adoptado las decisiones hasta ahora. Según Pino, el Tribunal ha desaprovechado buenas oportunidades para pronunciarse de forma sustantiva sobre estos derechos. Pero, al mismo tiempo, parece que también comprende la cautela con la que actúa el Tribunal, en tanto que éste

pretende contar con la colaboración de los Estados en el proceso de reconocimiento de los derechos reproductivos, y no actuar contra ellos, pues ello podría resultar contraproducente.

Sea como fuere, el Tribunal ha optado por otorgar un amplio margen de apreciación a los Estados, asumiendo el posible riesgo de desamparo de derechos que ello conlleva. El debate, todavía hoy, parece radicar en hasta qué punto resulta justificable que el Tribunal limite la libertad legislativa de los Estados en pro de la protección efectiva y homogénea de derechos humanos a nivel europeo.

MIREIA MÁRQUEZ DE HARO  
*Universidad de Barcelona*  
*e-mail: mireiamarquez99@gmail.com*

