



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

CASO VO contra FRANCIA

(Solicitud nº 53924/00)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

8 de julio de 2004



**En el asunto Vo contra Francia,**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reunido en Gran Sala compuesta por:

MrL . WILDHABER, *Presidente*,

Sr.C .L. ROZAKIS,

Sr. J. -P. COSTA,

MrG . RESS,

SirNicolas

BRATZA, MrL .

CAFLISCH, Sra. V.

STRÁŽNICKÁ, Sr.P.

LORENZEN

MrK . JUNGWIERT,

MrM . FISCHBACH,

Sr.J . HEDIGAN, Sra.

W. THOMASSEN, Sr.A

.B. BAKA,

MrK . TRAJA,

MrM . UGREKHELIDZE,

Sra. A. MULARONI,

Sr. K . HAJIYEV, *Jueces*, y

Sr. P.J. MAHONEY, *Secretario*,

Después de haber deliberado en sesión privada los días 10 de diciembre de 2003 y 2 de junio de 2004, dicta la siguiente sentencia, cuyo fallo es el siguiente

fecha mencionada:

PROCEDIMIENTO

1. El asunto tiene su origen en una demanda (nº 53924/00) contra la República Francesa presentada ante el Tribunal en virtud del artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio") por una ciudadana francesa, la Sra. Thi-Nho Vo ("la demandante"), el 20 de diciembre de 1999.

2. La demandante estuvo representada por el Sr. B. Le Griel, Abogado de París. El Gobierno francés ("el Gobierno") estuvo representado por su Agente, el Sr. R. Abraham, Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores.

3. La demandante alegó, en particular, una violación del artículo 2 del Convenio por el hecho de que la conducta del médico responsable de la muerte de su hijo *en el útero* no estaba tipificada como homicidio involuntario.

4. La demanda fue atribuida a la Sección Tercera del Tribunal de Justicia (artículo 52, apartado 1, del Reglamento del Tribunal de Justicia). Dentro de dicha Sección, la Sala



al que se había atribuido el asunto, decidió el 22 de mayo de 2003 renunciar a la competencia en favor de la Gran Sala con efecto inmediato, sin que ninguna de las partes se opusiera a la renuncia (artículo 30 del Convenio y artículo 72 del Reglamento).

5. La composición de la Gran Sala se determinó con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 27 del Convenio y en el artículo 24 del Reglamento.

6. El demandante y el Gobierno presentaron sendas observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto. Además, también se recibieron observaciones del Centro de Derechos Reproductivos y de la Asociación de Planificación Familiar, a los que el Presidente había autorizado a intervenir en el procedimiento escrito (artículo 36 § 2 del Convenio y artículo 44 § 2).

7. El 10 de diciembre de 2003 se celebró una vista pública sobre la admisibilidad y el fondo del asunto en el Edificio de Derechos Humanos de Estrasburgo (artículo 59 § 3).

Compareció ante el Tribunal:

(a) *para el Gobierno*

MrF . ALABRUNE, Director Adjunto de Asuntos Jurídicos,
Ministerio de Asuntos Exteriores,

Agente, MrG

DUTERTRE, Secretario de redacción,
Sección de Derechos
Humanos, Departamento de
Asuntos Jurídicos,
Ministerio de Asuntos
Exteriores,

Sra. J. VAILHE, Secretaria de Redacción,
Departamento de Asuntos Europeos e
Internacionales, Ministerio de Justicia,

MrP . PRACHE, Departamento de Asuntos Penales e Indultos,
Ministerio de Justicia,

Sr.H . BLONDET, juez del Tribunal de Casación,

Sra. V. SAGANT, Departamento de Asuntos Europeos e Internacionales,
Ministerio de Justicia,

Abogada

;

(b) *para el solicitante*

MrB . LE GRIEL, Abogado de París,

abogado.

El Tribunal escuchó las intervenciones del Sr. Le Griel y del Sr. Alabrune.

8. De conformidad con las disposiciones del artículo 29 § 3 del Convenio y de la Regla 54A § 3, el Tribunal decidió examinar la cuestión de la admisibilidad de la demanda con el fondo.

LOS HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

9. El demandante nació en 1967 y vive en Bourg-en-Bresse.

10. El 27 de noviembre de 1991, la demandante, Sra. Thi-Nho Vo, de origen vietnamita, acudió al Hospital General de Lyon para someterse a un reconocimiento médico programado durante el sexto mes de embarazo.

11. El mismo día, otra mujer, la Sra. Thi Thanh Van Vo, debía someterse a la extracción de una espiral anticonceptiva en el mismo hospital. Cuando el Dr. G., que debía extraer la espiral, pronunció el nombre de "Sra. Vo" en la sala de espera, fue la demandante quien respondió.

Tras una breve entrevista, el médico observó que la demandante tenía dificultades para entender el francés. Tras consultar el expediente médico, intentó extraer el espiral sin examinarla previamente. Al hacerlo, perforó la bolsa amniótica provocando la pérdida de una cantidad considerable de líquido amniótico.

Tras comprobar en el examen clínico que el útero estaba agrandado, el médico ordenó una ecografía. Entonces descubrió que se acababa de realizar una y se dio cuenta de que se había producido un error de identidad. La demandante fue hospitalizada inmediatamente.

El Dr. G. intentó entonces extraer el espiral de la Sra. Thi Thanh Van Vo, pero no lo consiguió, por lo que prescribió una operación con anestesia general para la mañana siguiente. Se cometió un nuevo error cuando la demandante fue llevada al quirófano en lugar de la Sra. Thi Thanh Van Vo, y sólo se libró de la operación prevista para su tocaya tras protestar y ser reconocida por un anestesista.

12. La demandante abandonó el hospital el 29 de noviembre de 1991. Regresó el 4 de diciembre de 1991 para someterse a nuevas pruebas. Los médicos constataron que el líquido amniótico no se había repuesto y que el embarazo no podía continuar. El embarazo se interrumpió por motivos de salud el 5 de diciembre de 1991.

13. El 11 de diciembre de 1991, la demandante y su pareja presentaron una denuncia penal, junto con una solicitud de personación en el procedimiento como partes civiles, alegando lesiones no intencionadas a la demandante que implicaban una incapacidad laboral total durante un período no superior a tres meses y el homicidio no intencionado de su hijo. Posteriormente se presentaron tres informes periciales.

14. El primero, presentado el 16 de enero de 1992, concluía que el feto, una niña, tenía entre 20 y 21 semanas, pesaba 375 gramos, medía 28 centímetros, tenía un perímetro craneal de 17 centímetros y no había respirado tras el parto. El experto también concluyó que no había indicios de que el feto hubiera sido sometido a violencia o presentara malformaciones, ni pruebas de que la muerte fuera atribuible a una causa morfológica o



a la lesión de un órgano. Además, la autopsia realizada tras el aborto y el examen anatomopatológico del cadáver indicaron que el pulmón del feto tenía entre 20 y 24 semanas.

15. El 3 de agosto de 1992 se presentó un segundo informe sobre las lesiones del demandante:

"a) Existe un período de incapacidad laboral total temporal comprendido entre el 27 de noviembre de 1991 y el 13 de diciembre de 1991, fecha en la que el paciente ingresa en la Clínica Tonkin con una patología totalmente ajena (apendicectomía).

(b) la fecha de estabilización puede situarse en el 13 de diciembre de 1991

(c) no hay pérdida de amenidad

(d) no hay daños estéticos

(e) no hay daños profesionales

(f) no existe incapacidad laboral permanente parcial

Todavía hay que evaluar los daños en términos de dolor y sufrimiento derivados de este incidente. La evaluación debe realizarla un médico de extracción vietnamita especializado en psiquiatría o psicología".

16. El tercer informe, emitido el 29 de septiembre de 1992, hacía referencia al mal funcionamiento del servicio hospitalario en cuestión y a la negligencia del médico:

"1. La organización de las citas en los servicios que dirigen los profesores [T.] y [R.] en el Hospital General de Lyon no es irreprochable, en particular en la medida en que los pacientes de origen extranjero tienen a menudo nombres homónimos, lo que crea un riesgo de confusión, riesgo que sin duda se ve incrementado por el desconocimiento o la comprensión limitada de nuestra lengua por parte de los pacientes.

2. El hecho de que los pacientes no recibieran indicaciones precisas y de que los consultorios y los nombres de los médicos que ejercían en ellos no estuvieran señalizados con suficiente claridad aumentaba la probabilidad de confusión entre pacientes con apellidos similares y explica por qué, después de que el Dr. [G.] conociera el expediente médico de la Sra. Thi Thanh Van Vo, fue [la demandante] quien acudió a su llamada.

3. El médico actuó negligentemente, por omisión, y se basó únicamente en los exámenes paraclínicos. No examinó a su paciente y por un desafortunado error rompió la bolsa amniótica, provocando la interrupción del embarazo a los cinco meses. Es responsable de ese error, aunque existen circunstancias atenuantes".

17. El 25 de enero de 1993, y también tras las alegaciones complementarias de la fiscalía el 26 de abril de 1994, el Dr. G. fue acusado de causar lesiones involuntarias en Lyons el 27 de noviembre de 1991 por:

(i) al perforar, por descuido, negligencia o falta de atención, la bolsa amniótica en la que se desarrollaba el feto vivo y viable de la demandante, causando así involuntariamente la muerte del niño (delito tipificado en la

Artículo 319 del antiguo Código Penal - que era aplicable en el momento de los hechos - actualmente artículo 221-6 del Código Penal);

(ii) por su inadvertencia, acto negligente, falta de atención, omisión negligente o incumplimiento de un deber legal o reglamentario de protección o cuidado, causó a la demandante lesiones corporales que le produjeron una incapacidad total para el trabajo durante un período no superior a tres meses (delito tipificado en el artículo R. 40, apartado 4, del antiguo Código Penal -que era aplicable en el momento de los hechos-, actualmente artículos R. 625-2 y R. 625-4 del Código Penal).

18. Mediante auto de 31 de agosto de 1995, el Dr. G. fue sometido a juicio en el Tribunal Penal de Lyon por homicidio involuntario y lesiones involuntarias.

19. Mediante sentencia de 3 de junio de 1996, el Tribunal Penal declaró que el acusado tenía derecho a una amnistía en virtud de la Ley de Amnistía de 3 de agosto de 1995 por el delito de lesiones involuntarias que conllevan una incapacidad laboral temporal inferior a tres meses. En cuanto al delito de homicidio involuntario del feto, declaró:

"La cuestión que se plantea al Tribunal es si se configura el delito de homicidio involuntario o de privación involuntaria de la vida del feto cuando la vida de que se trata es la de un feto - si un feto de 20 a 21 semanas es una persona humana ("otro" en el sentido del artículo 221-6 del Código Penal).

...

La prueba pericial debe ser aceptada. El feto tenía entre 20 y 21 semanas.

¿En qué fase de madurez puede considerarse que un embrión es una persona humana?

La Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo de 17 de enero de 1975 establece: 'La ley garantiza el respeto de todo ser humano desde el comienzo de la vida'.

La Ley de 29 de julio de 1994 (artículo 16 del Código Civil) establece: 'La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe todo atentado a la dignidad humana y garantiza el respeto de todo ser humano desde el comienzo de su vida'.

Las leyes de 29 de julio de 1994 emplean expresamente por primera vez los términos "embrión" y "embrión humano". Sin embargo, el término "embrión humano" no se define en ninguna de ellas.

Durante los trabajos preparatorios de la legislación sobre bioética, varios parlamentarios (tanto miembros de la Asamblea Nacional como senadores) intentaron definir el término "embrión". Charles de Courson propuso la siguiente definición: "Todo ser humano debe ser respetado desde el inicio de la vida; el embrión humano es un ser humano". Jean-François Mattéi afirmó: En cualquier caso, el embrión no es más que la expresión morfológica de una misma vida que comienza con la fecundación y se prolonga hasta la muerte tras pasar por diversas etapas. Aún no se sabe con precisión cuándo el cigoto se convierte en embrión y el embrión en feto, pero el único hecho indiscutible es que el proceso vital comienza con la fecundación".



Así pues, parece que no existe ninguna norma jurídica que determine la posición del feto en derecho ni cuando se forma ni durante su desarrollo. Ante esta falta de definición jurídica es necesario volver a los hechos científicos conocidos. Se ha establecido que un feto es viable a los 6 meses y en ningún caso, según los conocimientos actuales, a las 20 ó 21 semanas.

El Tribunal debe tener en cuenta este hecho (viabilidad a los 6 meses) y no puede crear Derecho sobre una cuestión que los legisladores aún no han logrado definir.

Así, el Tribunal señala que un feto es viable a la edad de 6 meses; un feto de 20 a 21 semanas no es viable y no es una "persona humana" u "otro" en el sentido del antiguo artículo 319 y del artículo 221-6 del Código Penal.

No se ha configurado el delito de homicidio involuntario o de privación involuntaria de la vida de un feto de entre 20 y 21 semanas, ya que el feto no era una "persona humana" u "otro"...

Absuelve al Dr. G. de la acusación sin pena ni costas..."

20. El 10 de junio de 1996, la demandante interpuso un recurso contra dicha sentencia. Alegó que el Dr. G. había sido culpable de negligencia personal independiente del funcionamiento del servicio público y solicitó 1.000.000 de francos franceses (FRF) en concepto de daños y perjuicios, de los cuales 900.000 FRF por la muerte del niño y 100.000 FRF por las lesiones que había sufrido. El Ministerio Fiscal, como segundo recurrente, solicitó la anulación de la sentencia absolutoria. Observó: "Al no realizar un examen clínico, el acusado fue culpable de una negligencia que causó la muerte del feto, que en el momento de la infracción tenía entre 20 y 24 semanas y seguía, normal e inexorablemente, el camino de la vida que había emprendido, no existiendo ninguna duda médica sobre su futuro."

21. En sentencia de 13 de marzo de 1997, el Tribunal de Apelación de Lyon confirmó la sentencia en la medida en que había declarado prescrita la acción pública por el delito de lesiones involuntarias, pero revocó el resto de la sentencia y declaró al médico culpable de homicidio involuntario. Le impuso una pena de seis meses de prisión con suspensión de la pena y una multa de 10.000 francos franceses:

"... En el presente caso, la negligencia del Dr. [G.] se caracteriza en particular por el hecho de que los conocimientos de francés de la paciente eran insuficientes para permitirle explicarle su estado, responder a sus preguntas o indicarle la fecha de su última menstruación, circunstancias que deberían haberle hecho comprender la necesidad de un examen clínico minucioso. La afirmación de que tenía derecho a basarse únicamente en la historia clínica demuestra que, pese a ser un científico capaz, este joven médico desconocía una de las habilidades esenciales de la práctica de la medicina: escuchar, conocer y examinar al paciente. De hecho, ante este Tribunal, el Dr. [G.] declaró que el accidente le había inculcado la importancia de tomar precauciones antes de operar.

Existe un claro nexo causal entre esta acción y omisión negligentes y la muerte del hijo que esperaba la Sra. Vo. El propio acusado ha reconocido, con



honestidad encomiable, que un examen clínico le habría alertado del hecho de que la paciente estaba embarazada y había sido confundida con otra paciente.

Por lo que respecta a la calificación del delito como homicidio involuntario, en primer lugar es necesario reiterar los principios jurídicos que rigen en este ámbito.

Diversas disposiciones de tratados internacionales, como el artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño firmada en Nueva York el 26 de enero de 1990, reconocen a todas las personas, y en particular a los niños, un derecho a la vida protegido por la ley.

En el derecho interno, el artículo 1 de la Ley de interrupción voluntaria del embarazo (Ley n° 75-17 de 17 de enero de 1975) especifica: La ley garantiza el respeto de todo ser humano desde el comienzo de la vida... este principio sólo puede derogarse en caso de necesidad y de acuerdo con las condiciones establecidas en la presente ley".

Además, la Ley n° 94-653 de 29 de julio de 1994 sobre el respeto del cuerpo humano establece en el artículo 16 del Código Civil: La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe todo atentado a la dignidad humana y garantiza el respeto de todo ser humano desde el comienzo de su vida".

Estas disposiciones legales no pueden considerarse meras declaraciones de intenciones, desprovistas de todo efecto jurídico, ya que el artículo 16-9 del Código Civil indica que las disposiciones del artículo 16 son obligatorias.

Por su parte, la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación aplicó estas normas de derecho internacional e interno en dos sentencias que dictó el 27 de noviembre de 1996, precisando que la Ley de 17 de enero de 1975 sólo permite derogar la norma enunciada en su artículo 1, según la cual todo ser humano tiene derecho al respeto desde el comienzo de su vida en los casos de necesidad y en las condiciones y límites previstos en ella.

El Tribunal de Casación añadió que, habida cuenta de las condiciones establecidas por el legislador, las disposiciones de dicho estatuto y de la Ley de 31 de diciembre de 1979 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo, consideradas en su conjunto, no eran incompatibles con las disposiciones convencionales mencionadas.

Por otra parte, en otro asunto, el Tribunal de Casación señaló que, al firmar la Convención sobre los Derechos del Niño en Nueva York el 26 de enero de 1990, Francia formuló una declaración relativa a la interpretación en la que afirmaba que dicha Convención no podía interpretarse en el sentido de que constituyera un obstáculo a la aplicación de las disposiciones de la legislación francesa relativas a la interrupción voluntaria del embarazo. Esta reserva demuestra, por implicación inversa, que dicho convenio podía referirse a un feto de menos de 10 semanas, edad fetal máxima legal en Francia para una interrupción voluntaria del embarazo.

De ello se desprende que, sin perjuicio de las disposiciones relativas a la interrupción voluntaria del embarazo y al aborto terapéutico, el derecho al respeto de todo ser humano desde el comienzo de la vida está garantizado por la ley, sin que sea necesario que el niño nazca como ser humano viable, siempre que estuviera vivo cuando se produjo la lesión.

En efecto, la viabilidad es un concepto científicamente indefinido e incierto, como reconoció el propio acusado, que actualmente estudia en Estados Unidos, informando al

Tribunal que los fetos nacidos entre 23 y 24 semanas después de la concepción pueden ahora mantenerse con vida, situación que era inconcebible hace unos años. En el dictamen elaborado por el profesor [T.] y aportado como prueba por el Dr. [G.], se hace referencia a un informe del profesor Mattéi en el que se indica que el embrión no es más que la expresión morfológica de una misma vida que comienza con la fecundación y continúa hasta la muerte tras pasar por diversas etapas. Aún no se sabe con precisión cuándo el cigoto se convierte en embrión y el embrión en feto, siendo el único hecho indiscutible que el proceso vital comienza con la fecundación. ...

Así pues, la cuestión de la viabilidad en el momento del nacimiento, noción incierta desde el punto de vista científico, carece además de todo efecto jurídico, ya que la ley no hace distinciones por ese motivo.

En el presente caso se ha demostrado que cuando se realizó la exploración el 27 de noviembre de 1991 -antes de que se perdiera el líquido amniótico más tarde ese mismo día- el embarazo de la [demandante] había transcurrido con normalidad y el niño que esperaba estaba vivo. Cuando se practicó el aborto terapéutico el 5 de diciembre de 1991, se observó que la comparación de las medidas del niño con las tablas publicadas sugería que el feto tenía entre 20 y 21 semanas y posiblemente más, ya que no es seguro que las tablas tengan en cuenta la morfología específica de los niños de origen vietnamita. El Dr. [G.], al ser interrogado sobre este punto en la vista, no pudo facilitar más información. La conclusión del examen anatomopatológico fue que el pulmón fetal indicaba una edad de entre 20 y 24 semanas, y sus medidas sugerían que una edad en el extremo inferior de ese intervalo era lo más probable. En cualquier caso, como dijo el Dr. [G.] en su declaración, la edad del feto era muy cercana a la de algunos fetos que han logrado sobrevivir en Estados Unidos. Las fotografías que figuran en la página D 32 del expediente del juicio muestran a un niño perfectamente formado cuya vida se vio truncada por la negligencia del acusado.

Como observó el Tribunal de Apelación de Douai en su sentencia de 2 de junio de 1987, si la agresión al niño en cuestión hubiera infligido una herida no mortal, se habría calificado sin ninguna duda de delito de lesiones involuntarias. *A fortiori*, una agresión que provocó la muerte del niño debe calificarse de homicidio involuntario.

Así pues, la aplicación estricta de los principios jurídicos, los hechos científicos demostrados y el sentido común elemental dictan que una acción u omisión negligente que causa la muerte de un feto de 20 a 24 semanas en perfecto estado de salud debe calificarse de homicidio involuntario.

En consecuencia, procede anular la sentencia impugnada...

Si bien la acción civil [del demandante] es admisible, aunque sólo sea para corroborar la acusación, este Tribunal no es competente para conocer de la pretensión de reparación. Ello se debe a que, a pesar de la gravedad de la acción y omisión negligentes del Dr. [G.], médico de un hospital público, no constituyen una falta personal de una gravedad tan excepcional que implique un desprecio total de los principios y deberes más elementales inherentes a su función como para hacerlos separables del servicio público.

No obstante, procede condenar a la Dra. [G.] a pagar a esta parte civil una indemnización de 5.000 francos, en virtud del artículo 475-1 del Código de Procedimiento Penal, a cuenta de los gastos en que ha incurrido, pero que no han sido pagados por el Estado.

..."



22. El 30 de junio de 1999, a raíz de un recurso de casación interpuesto por el médico, el Tribunal de Casación revocó la sentencia del Tribunal de Apelación de Lyon y dictaminó que no había motivo para remitir el asunto para un nuevo juicio:

"Visto el artículo 111-4 del Código Penal:

Las disposiciones penales deben interpretarse estrictamente.

...

Al condenar [al médico] por homicidio involuntario, el tribunal de apelación señaló que el artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen a todas las personas la existencia de un derecho a la vida protegido por la ley. El tribunal de apelación declaró que la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo de 17 de enero de 1975 establece la norma de que la vida de todo ser humano debe respetarse desde el comienzo de la vida. Esta norma se recoge ahora en el artículo 16 del Código Civil, tal como ha quedado redactado tras la modificación introducida por la Ley de 29 de julio de 1994. A continuación, el tribunal de apelación declaró que, al operar sin realizar un examen clínico previo, el médico incurrió en una acción u omisión negligente que tuvo un nexo causal cierto con la muerte del niño que esperaba la paciente.

Sin embargo, al sostenerlo así, cuando los hechos imputados al acusado no estaban comprendidos en la definición de los delitos establecidos en los antiguos artículos 319 y 221-6 del Código Penal, el Tribunal de Apelación interpretó erróneamente las citadas disposiciones.

..."

II. LEGISLACIÓN Y PRÁCTICAS NACIONALES PERTINENTES

A. El Código Penal

23. La disposición relativa a la privación involuntaria de la vida en el momento de los hechos y hasta el 1 de marzo de 1994 era el artículo 319 del Código Penal, que rezaba así:

"El que por imprudencia, negligencia, desatención, omisión negligente o infracción reglamentaria cometiere involuntariamente un homicidio o causare involuntariamente la muerte, será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 1.000 a 30.000 francos."

24. Desde el 1 de marzo de 1994, la disposición pertinente es el artículo 221-6 del Código Penal (modificado por la Ley nº 2000-647 de 10 de julio de 2000 y la Orden nº 2000-916 de 19 de septiembre de 2000). 2000-916, de 19 de septiembre de 2000), que se encuentra en la Sección II ("Quitar la vida involuntariamente") del Capítulo I ("Delitos contra la vida de la persona") de la Parte II ("Delitos contra la persona humana") del Código Penal.

Libro II ("Delitos graves (*crímenes*) y otros delitos graves (*délits*) contra la persona"). El artículo 221-6 establece:

"Será delito de homicidio involuntario castigado con tres años de prisión y multa de 45.000 euros causar la muerte de otro en las condiciones y según las distinciones establecidas en el artículo 121-3 por inadvertencia, acto negligente, desatención, omisión negligente o incumplimiento de un deber legal o reglamentario de seguridad o cuidado.

En caso de infracción manifiestamente deliberada de un deber legal o reglamentario especial de seguridad o cuidado, las penas máximas se elevarán a cinco años de prisión y 75.000 euros de multa."

25. El artículo 223-10 del Código Penal, que se refiere a la interrupción voluntaria del embarazo por un tercero sin el consentimiento de la madre, se encuentra en la sección V, bajo el epígrafe "Interrupción ilegal del embarazo", del capítulo III, titulado "Puesta en peligro de la persona", de la parte II del libro II. Dice así:

"Será delito castigado con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros interrumpir un embarazo sin el consentimiento de la madre".

26. La Sección III titulada "Protección del embrión humano" del Capítulo I ("Delitos contra la ética biomédica") de la Parte I ("Delitos contra la salud pública") del Libro V ("Otros delitos graves (*crímenes*) y otros delitos graves (*délits*)") prohíbe diversos tipos de conductas por motivos de ética médica (artículos 511-15 a 511-25), incluida la concepción de embriones humanos *in vitro* con fines de investigación o experimentación (artículo 511-18).

B. El Código de Salud Pública

27. En la época de los hechos, el plazo de prescripción de una acción por daños y perjuicios ante los tribunales administrativos era de cuatro años, mientras que el plazo en el que un embarazo podía interrumpirse voluntariamente de forma legal era de diez semanas tras la concepción.

28. Las disposiciones del Código de Salud Pública, tal como están redactadas desde la entrada en vigor de la Ley de Derechos de los Pacientes y Calidad del Servicio Sanitario (Ley nº 2002-303 de 4 de marzo de 2002), son las siguientes:

Artículo L. 1142-1

"Salvo cuando incurran en responsabilidad como consecuencia de un defecto de un producto sanitario, los médicos mencionados en la Parte IV del presente Código y todos los hospitales, clínicas, departamentos y organizaciones en los que se practique medicina preventiva, diagnóstico o tratamiento a personas sólo serán responsables de los daños causados por la medicina preventiva, el diagnóstico o el tratamiento si han incurrido en culpa.

..."

Artículo L. 1142-2

"Los médicos privados, los hospitales, las clínicas, los servicios y organismos sanitarios mencionados en el artículo L. 1142-1 y cualquier otra persona jurídica distinta del Estado que se dedique a la medicina preventiva, al diagnóstico o al tratamiento, así como los productores y suministradores y los comerciantes de productos sanitarios en forma de productos acabados mencionados en el artículo L. 5311-1, con excepción de su apartado 5, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo L. 1222-9, y de los apartados 11, 14 y 15, que se utilicen en el marco de dichas actividades estarán obligados a suscribir un seguro que cubra la responsabilidad civil o administrativa en que pudieran incurrir por los daños sufridos por terceros como consecuencia de una agresión contra la persona en el marco de dicha actividad considerada en su conjunto.

..."

Artículo L. 1142-28

"El plazo de prescripción de las acciones contra los médicos y los hospitales o clínicas públicos o privados en materia de medicina preventiva, diagnóstico o tratamiento será de diez años a partir de la estabilización de la afección."

Artículo L. 2211-1

"Tal y como se recoge en el artículo 16 del Código Civil que reproducimos a continuación:

La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier atentado contra la dignidad humana y garantiza el respeto de todo ser humano desde el comienzo de su vida". "

Artículo L. 2211-2

"El principio a que se refiere el artículo L. 2211-1 sólo podrá ser derogado en caso de necesidad y en las condiciones previstas en la presente parte. Será deber de la nación educar a la sociedad en este principio y en sus consecuencias, [proporcionar] información sobre los problemas de la vida y sobre la demografía nacional e internacional, inculcar el sentido de la responsabilidad, acoger a los niños en la sociedad y defender la vida familiar. El Estado, ayudado por las autoridades locales y regionales, cumplirá estas obligaciones y apoyará las iniciativas que le ayuden a hacerlo".

Artículo L. 2212-1

"Una mujer embarazada cuyo estado le cause angustia puede pedir al médico que interrumpa su embarazo. El embarazo solo puede interrumpirse dentro de las doce primeras semanas".

Artículo L. 2213-1

"Se podrá interrumpir voluntariamente el embarazo en cualquier momento si dos médicos de un equipo pluridisciplinar certifican, previo dictamen consultivo del equipo, que la continuación del embarazo de la mujer pone en grave riesgo su salud o que es



muy probable que el feto padezca una afección especialmente grave y reconocida como incurable en el momento del diagnóstico.

..."

C. La posición adoptada por el Tribunal de Casación

29. El Tribunal de Casación ha seguido su decisión en el presente asunto (véase el apartado 22 supra) en dos ocasiones [en sus sentencias de 29 de junio de 2001 (Pleno), *Boletín* nº 165, y de 25 de junio de 2002 (Sala de lo Penal), *Boletín* nº 144], a pesar de las alegaciones en contrario de los abogados generales interesados.

1. Sentencia del Pleno de 29 de junio de 2001

"Por lo que respecta a los dos motivos de casación del Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Apelación de Metz y de la Sra. X que se han acumulado ... :

El 29 de julio de 1995, un vehículo conducido por el Sr. Z colisionó con otro conducido por la Sra. X, embarazada de seis meses. Ésta resultó herida y, como consecuencia del impacto, perdió el feto que llevaba en su vientre. En la sentencia impugnada (Tribunal de Apelación de Metz, 3 de septiembre de 1998), el Sr. Z fue condenado por lesiones involuntarias a la Sra. X, agravadas por el hecho de que se encontraba bajo los efectos del alcohol. Sin embargo, fue absuelto del homicidio involuntario del feto.

Los motivos de casación contra esta resolución son, en primer lugar, que el artículo 221-6 del Código Penal, que tipifica como delito el hecho de causar la muerte a otro, no excluye de su ámbito de aplicación a un nonato viable y que, al considerar que esta disposición sólo se aplicaba a un niño cuyo corazón latía al nacer y que respiraba, el Tribunal de Apelación había añadido una condición que no figuraba en la ley, y, en segundo lugar, causar involuntariamente la muerte de un nonato constituía un delito de homicidio involuntario si el nonato era viable en el momento de los hechos, independientemente de si respiraba o no cuando fue separado de la madre, por lo que se habían infringido los artículos 111-3, 111-4 y 221-6 del Código Penal y el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La regla de que los delitos y las penas deben definirse por ley, que exige que las leyes penales se interpreten estrictamente, se opone a la ampliación del ámbito de aplicación del artículo 221-6 del Código Penal, que tipifica como delito el homicidio involuntario, a los niños no nacidos cuyo estatuto jurídico se rige por disposiciones especiales relativas a los embriones y fetos.

..."

2. Sentencia de la Sala de lo Penal de 25 de junio de 2002

"...

Vistos los antiguos artículos 319, 221-6 y 111-4 del Código Penal:

La norma de que los delitos y las penas deben estar definidos por la ley, que exige que los estatutos penales se interpreten estrictamente, se opone a una acusación de homicidio involuntario que yace en el caso de un niño que no ha nacido vivo.

La sentencia impugnada estableció que Z, cuyo embarazo bajo la supervisión de X llegó a término el 10 de noviembre de 1991, acudió a la clínica para dar a luz el 17 de noviembre. Fue puesta en observación hacia las 20.30 horas y llamó la atención de la comadrona, Y, sobre una anomalía en el ritmo cardíaco del niño. Y se negó a llamar al médico. A la mañana siguiente, a las 7.00 horas, se realizó una nueva prueba que reveló una anomalía similar y, posteriormente, que el corazón había dejado de latir. Hacia las 8 de la mañana, X declaró muerto al bebé. Por la tarde, procedió a extraer al mortinato mediante cesárea. Según el informe de la autopsia, el niño no presentaba ninguna malformación, pero había sufrido anoxia.

Al declarar a Y culpable de homicidio involuntario y a X, que fue absuelto por el Tribunal Penal, responsable de las consecuencias civiles de dicho delito, el Tribunal de Apelación sostuvo que la muerte del niño fue consecuencia de los actos y omisiones negligentes tanto del médico, al no someter a la paciente, que estaba fuera de término, a una observación más estrecha, como de la comadrona, al no notificar una anomalía inequívoca observada al registrar el ritmo cardíaco del niño.

Tras constatar que el niño nacido muerto no presentaba ninguna lesión orgánica capaz de explicar su muerte, el Tribunal de Apelación declaró: Este niño había llegado a término varios días antes y, de no ser por el fallo que se ha encontrado, habría sido capaz de sobrevivir de forma independiente, con una existencia humana separada de la de su madre".

Sin embargo, al declarar así, el Tribunal de Apelación aplicó erróneamente las disposiciones antes citadas y los principios mencionados.

Por consiguiente, se estima el presente recurso de casación. El asunto no será remitido, ya que los hechos no pueden incluirse en la definición de ningún delito penal.

..."

30. La Sala de lo Penal del Tribunal de Casación ha considerado que un tribunal de apelación había motivado válidamente la declaración de culpabilidad de un acusado por homicidio involuntario de un niño que murió una hora después de su nacimiento el día de un accidente de tráfico en el que su madre, embarazada de ocho meses, resultó gravemente herida, al estimar que, al no controlar su vehículo, el conductor había causado la muerte del niño una hora después de su nacimiento como consecuencia de las lesiones irreversibles de órganos vitales sufridas en el momento del impacto (Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, 2 de diciembre de 2003).

31. Un artículo titulado "Unintentional violence on pregnant women and the offence of unintentional homicide" (*Recueil Dalloz* 2004, p. 449) señala que en veintiocho de un total de treinta y cuatro artículos que comentan la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación de 2 de diciembre de 2003 (véase el apartado 30 supra) los autores son críticos con la jurisprudencia del Tribunal de Casación (véase el apartado 29 supra).

Entre las críticas figuran: el razonamiento lacónico de las sentencias del Tribunal de Casación y la incoherencia de la protección concedida, ya que una persona que causa lesiones involuntarias es susceptible de enjuiciamiento penal, mientras que una persona que causa involuntariamente la muerte del feto queda impune; el hecho de que a un niño que ha vivido unos minutos se le reconozca la condición de víctima, mientras que un niño que muere *en el útero* es ignorado por la ley; y el hecho de que la libertad de procrear esté menos protegida que la libertad de abortar.

D. La enmienda Garraud

32. El 27 de noviembre de 2003, la Asamblea Nacional aprobó en segunda lectura un proyecto de ley para adaptar el sistema de justicia penal a la evolución de la criminalidad. El proyecto incluía la enmienda Garraud, llamada así por el diputado que la presentó, que creaba un delito de interrupción involuntaria del embarazo (IVE).

33. La adopción de esta enmienda suscitó una fuerte polémica y, tras una semana de consultas, el Ministro de Justicia, Sr. Perben, declaró el 5 de diciembre de 2003 que la propuesta del diputado "causaba más problemas de los que resolvía" y que era partidario de abandonarla. El 23 de enero de 2004, el Senado suprimió la enmienda por unanimidad. Era la segunda vez que los senadores rechazaban una propuesta de este tipo, pues ya se habían opuesto a ella en abril de 2003 al examinar la Ley de refuerzo de la protección contra la violencia vial, aprobada el 12 de junio de 2003.

E. Las leyes sobre bioética

34. El 11 de diciembre de 2003, la Asamblea Nacional adoptó en segunda lectura un proyecto de ley sobre bioética con el fin de reformar las leyes de 1994 sobre donación y utilización de partes y productos del cuerpo humano, procreación médicamente asistida y diagnóstico prenatal, tal y como preveía el legislador en aquel momento, para tener en cuenta los avances científicos y médicos posteriores y las nuevas cuestiones a las que se enfrenta la sociedad. Ante la rapidez de los avances tecnológicos, el proyecto de ley refuerza las garantías de información y de búsqueda y obtención del consentimiento, prohíbe determinadas prácticas técnicamente viables (clonación reproductiva) y establece un marco para las que tengan un interés médico demostrado (investigación con embriones *in vitro*). Establece una normativa



y un organismo de control (la Agencia de Procreación, Embriología y Genética Humana) que también tiene funciones de vigilancia, apoyo y peritaje en estos ámbitos (<http://www.assemblee-nationale.fr/dossiers/bioethique.asp>).

III. DERECHO EUROPEO

A. Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina

35. El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, también conocido como Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, que se abrió a la firma el 4 de abril de 1997 en Oviedo, entró en vigor el 1 de diciembre de 1999. En este convenio son signatarios los Estados miembros del Consejo de Europa, los demás Estados y la Comunidad Europea,

"...

Resueltos a adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales de la persona en lo que respecta a las aplicaciones de la biología y la medicina,

... acordaron lo siguiente:

Capítulo I - Disposiciones

generales Artículo 1 - Objeto y

finalidad

Las Partes en el presente Convenio protegerán la dignidad y la identidad de todos los seres humanos y garantizarán a todas las personas, sin discriminación, el respeto de su integridad y de sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

Cada Parte adoptará en su derecho interno las medidas necesarias para dar efecto a las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 2 - Primacía del ser humano

Los intereses y el bienestar del ser humano prevalecerán sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

...



Capítulo V - Investigación científica

...

Artículo 18 - Investigación con embriones *in vitro*

1. Cuando la ley permita la investigación con embriones *in vitro*, deberá garantizar una protección adecuada del embrión.

2. Se prohíbe la creación de embriones humanos con fines de investigación.

...

Capítulo XI - Interpretación y seguimiento del Convenio

Artículo 29 - Interpretación del Convenio

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá emitir dictámenes consultivos sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del presente Convenio, a petición de:

- el Gobierno de una Parte, tras haber informado a las demás Partes;
- el Comité creado en virtud del artículo 32, cuya composición se limitará a los Representantes de las Partes en el presente Convenio, mediante decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos.

..."

36. En el comentario al artículo 1 (véanse los apartados 16 a 19 del informe explicativo del convenio) se indica:

Artículo 1 - Finalidad y objeto

"16. Este artículo define el ámbito de aplicación y la finalidad del Convenio.

17. El objetivo del Convenio es garantizar los derechos y libertades fundamentales de toda persona y, en particular, su integridad, así como asegurar la dignidad y la identidad de los seres humanos en este ámbito.

18. El Convenio no define el término "todos" (en francés "*toute personne*"). Estos dos términos son equivalentes y se encuentran en las versiones inglesa y francesa del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que sin embargo no los define. A falta de un acuerdo unánime sobre la definición de estos términos entre los Estados miembros del Consejo de Europa, se decidió permitir que la legislación nacional los definiera a efectos de la aplicación del presente Convenio.



19. El Convenio también utiliza la expresión "ser humano" para afirmar la necesidad de proteger la dignidad y la identidad de todos los seres humanos. Se reconoce que es un principio generalmente aceptado que la dignidad humana y la identidad del ser humano deben respetarse desde el comienzo de la vida.

..."

B. Protocolo adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, sobre la prohibición de clonar seres humanos (12 de enero de 1998)

37. El artículo 1 del Protocolo establece:

"1. Queda prohibida toda intervención destinada a crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, vivo o muerto.

2. A efectos del presente artículo, la expresión ser humano "genéticamente idéntico" a otro ser humano significa un ser humano que comparte con otro el mismo conjunto de genes nucleares".

C. Protocolo adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, sobre investigación biomédica

38. El proyecto de Protocolo fue aprobado por el Comité Director de Bioética el 20 de junio de 2003. Se sometió a la aprobación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que solicitó un dictamen consultivo a la Asamblea Parlamentaria. El 30 de abril de 2004, la Asamblea emitió un dictamen (nº 252 (2004)) en el que se declaraba a favor del proyecto de Protocolo. El 30 de junio de 2004, el Comité de Ministros adoptó el texto.

Artículo 1 - Objeto y finalidad

"Las Partes en el presente Protocolo protegerán la dignidad y la identidad de todos los seres humanos y garantizarán a todos, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a toda investigación que implique intervenciones en seres humanos en el ámbito de la biomedicina."

Artículo 2 - Ámbito de aplicación

"1. El presente Protocolo abarca toda la gama de actividades de investigación en el ámbito de la salud que impliquen intervenciones en seres humanos.

2. El presente Protocolo no se aplica a la investigación con embriones *in vitro*. Si se aplica a la investigación con fetos y embriones *in vivo*.

..."

Artículo 3 - Primacía del ser humano

"Los intereses y el bienestar del ser humano que participa en la investigación prevalecerán sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia".

Artículo 18 - Investigación durante el embarazo o la lactancia

"1. La investigación en una mujer embarazada que no tenga el potencial de producir resultados de beneficio directo para su salud, o para la de su embrión, feto o niño después del nacimiento, sólo podrá llevarse a cabo si se cumplen las siguientes condiciones adicionales:

(i) la investigación tiene por objeto contribuir a la obtención final de resultados que puedan beneficiar a otras mujeres en relación con la reproducción o a otros embriones, fetos o niños;

..."

El informe explicativo repite los términos del informe explicativo sobre la convención.

D. Grupo de Trabajo sobre la Protección del Embrión y del Feto Humanos: protección del embrión humano *in vitro* (2003)

39. El Grupo de Trabajo sobre la Protección del Embrión y el Feto Humanos, creado por el Comité Director de Bioética, llegó a la siguiente conclusión en un informe elaborado en 2003:

"Este informe pretende ofrecer una visión general de las posturas actuales encontradas en Europa en relación con la protección del embrión humano *in vitro* y los argumentos que las sustentan.

Muestra un amplio consenso sobre la necesidad de proteger el embrión *in vitro*. Sin embargo, la definición del estatuto del embrión sigue siendo un ámbito en el que se encuentran diferencias fundamentales, basadas en argumentos de peso. Estas diferencias constituyen en gran medida la base de la mayoría de las divergencias en torno a las demás cuestiones relacionadas con la protección del embrión *in vitro*.

No obstante, aunque no pueda llegarse a un acuerdo sobre el estatuto del embrión, podría considerarse la posibilidad de reexaminar determinadas cuestiones a la luz de los últimos avances en el ámbito biomédico y de los posibles progresos terapéuticos conexos. En este contexto, aun reconociendo y respetando las opciones fundamentales tomadas por los distintos países, parece posible y deseable, en relación con la necesidad de proteger el embrión *in vitro* sobre la que todos los países se han puesto de acuerdo, que se identifiquen enfoques comunes para garantizar las condiciones adecuadas para la aplicación de los procedimientos que implican la creación y utilización de embriones *in vitro*. El propósito de este informe es ayudar a la reflexión hacia ese objetivo".

E. Grupo Europeo de Ética de la Ciencia y de las Nuevas Tecnologías de la Comisión Europea

40. El Grupo ha emitido, *entre otros*, el siguiente dictamen sobre los aspectos éticos de la investigación que implica la utilización de embriones humanos en el contexto del V Programa Marco (23 de noviembre de 1998):

"...

Antecedentes jurídicos

Controversias sobre el concepto de comienzo de la vida y de "persona"

Las legislaciones vigentes en los Estados miembros difieren considerablemente entre sí en cuanto a la cuestión de cuándo comienza la vida y sobre la definición de "persona". En consecuencia, no existe una definición consensuada, ni científica ni jurídicamente, de cuándo comienza la vida.

Existen dos puntos de vista principales sobre el estatus moral del embrión y, por tanto, sobre la protección jurídica que se le otorga con respecto a la investigación científica:

- (i) Los embriones humanos no se consideran seres humanos y, por consiguiente, tienen un valor relativo de protección;
- (ii) los embriones humanos tienen el mismo estatus moral que los seres humanos y, en consecuencia, son igualmente dignos de protección.

Continúa el debate sobre normas comunes para la investigación con embriones. Recientemente, muchos países europeos, al debatir y firmar el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, no lograron alcanzar un consenso sobre la definición de embrión y, por tanto, no pudieron encontrar un terreno común en el que situar la admisibilidad de la investigación con embriones humanos dentro del Convenio. Por lo tanto, corresponde a los Estados miembros legislar en este ámbito. No obstante, el artículo 18.1 del Convenio estipula que "cuando la ley autorice la investigación con embriones *in vitro*, deberá garantizar una protección adecuada del embrión".

...

Diferentes enfoques sobre la definición del embrión humano

En la mayoría de los Estados miembros no existe actualmente una definición jurídica del embrión humano (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Suecia). Entre los Estados miembros que definen el embrión en su legislación, las definiciones existentes varían considerablemente de un país a otro (Austria, Alemania, España y Reino Unido) ...

...

Diferente ámbito de aplicación de la legislación nacional

Entre los Estados miembros con disposiciones legales sobre investigación con embriones, existen muchas diferencias en cuanto a las actividades permitidas y prohibidas.

Hay países en los que la investigación con embriones sólo se permite en beneficio del embrión concreto (Austria, Alemania). Hay Estados miembros en los que la investigación con embriones está permitida excepcionalmente (Francia, Suecia), o en condiciones estrictas (Dinamarca, Finlandia, España, Reino Unido).

...

Diversidad de puntos de vista

La diversidad de opiniones sobre la cuestión de si la investigación con embriones humanos *in vitro* es moralmente aceptable o no, depende de las diferencias en los planteamientos éticos, las teorías filosóficas y las tradiciones nacionales, que están profundamente arraigadas en la cultura europea. Existen dos enfoques contrapuestos: un enfoque deontológico, en el que los deberes y los principios controlan los fines y las consecuencias de nuestras acciones; y enfoques utilitaristas o consecuencialistas, en los que las acciones humanas se evalúan en función de los medios y los fines o consecuencias.

...

El Grupo presenta el siguiente dictamen

En el preámbulo parecía crucial recordar que el progreso del conocimiento de las ciencias de la vida, que en sí mismo tiene un valor ético, no puede, en ningún caso, prevalecer sobre los derechos humanos fundamentales y el respeto que se debe a todos los miembros de la familia humana.

El embrión humano, cualquiera que sea el estatuto moral o jurídico que se le confiera en las diferentes culturas y planteamientos éticos europeos, merece protección jurídica. Incluso teniendo en cuenta la continuidad de la vida humana, esta protección debe reforzarse a medida que el embrión y el feto se desarrollan.

El Tratado de la Unión Europea, que no prevé competencias legislativas en los ámbitos de la investigación y la medicina, implica que dicha protección es competencia de las legislaciones nacionales (como ocurre con la procreación médicamente asistida y la interrupción voluntaria del embarazo). No obstante, las autoridades comunitarias deben ocuparse de las cuestiones éticas derivadas de la práctica médica o de la investigación relacionadas con el desarrollo humano precoz.

Sin embargo, al hacerlo, dichas autoridades comunitarias tienen que abordar estas cuestiones éticas teniendo en cuenta las diferencias morales y filosóficas, reflejadas en la extrema diversidad de normas jurídicas aplicables a la investigación con embriones humanos, en los 15 Estados miembros. No sólo es jurídicamente difícil buscar una armonización de las legislaciones nacionales a escala comunitaria, sino que, debido a la falta de consenso, sería inadecuado imponer un único código moral exclusivo.

El respeto de los distintos planteamientos filosóficos, morales o jurídicos y de las diversas culturas nacionales es esencial para la construcción europea.

Desde un punto de vista ético, el carácter multicultural de la sociedad europea exige que los ciudadanos y las personalidades políticas de los Estados-nación europeos que han decidido unir sus destinos se muestren mutuamente tolerantes, garantizando al mismo tiempo el respeto mutuo de las diferentes tradiciones históricas, que son sumamente fuertes.

Desde un punto de vista jurídico, este multiculturalismo se basa en el artículo 6 del Tratado de Amsterdam (antiguo artículo F del Tratado de la Unión Europea), que reconoce derechos fundamentales a escala de la Unión basados, en particular, en "las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros". También declara que "la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros".

De los principios mencionados se desprende que, en el ámbito de los programas europeos de investigación, la cuestión de la investigación sobre el embrión humano debe abordarse no sólo respetando los principios éticos fundamentales, comunes a todos los Estados miembros, sino también teniendo en cuenta las diversas concepciones filosóficas y éticas, expresadas a través de las prácticas y las normativas nacionales vigentes en este ámbito.

..."

IV. DERECHO COMPARADO

41. En la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, el delito de homicidio involuntario no se aplica al feto. Sin embargo, tres países han optado por crear delitos específicos. En Italia, una persona que por negligencia provoque la interrupción de un embarazo puede ser condenada a una pena de prisión de entre tres meses y dos años en virtud del artículo 17 de la Ley del Aborto de 22 de mayo de 1978. En España, el artículo 157 del Código Penal tipifica como delito causar daños al feto y el artículo 146 como delito causar un aborto por negligencia grave. En Turquía, el artículo 456 del Código Penal establece que la persona que cause daños a otra será castigada con una pena de prisión de entre seis meses y un año; si la víctima es una mujer embarazada y los daños provocan un parto prematuro, el Código Penal prescribe una pena de prisión de entre dos y cinco años.

LA LEY

I. ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD

42. La principal alegación del Gobierno era que la demanda era incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio en la medida en que el artículo 2 no se aplicaba al nonato. Además, afirmaron que la

la demandante había dispuesto de un recurso legal capaz de reparar su queja, a saber, una acción por daños y perjuicios contra el hospital ante los tribunales administrativos. En consecuencia, no había agotado los recursos internos, tal como exige el artículo 35 § 1 del Convenio. Con carácter subsidiario, consideraron que la demanda debía desestimarse por ser manifiestamente infundada.

43. La demandante se quejó de la falta de protección del feto en el derecho penal francés y argumentó que el Estado había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 2 del Convenio al no permitir que el delito de homicidio involuntario incluyera las lesiones causadas a un feto. Además, alegó que el recurso disponible en los tribunales administrativos era ineficaz, ya que era incapaz de garantizar el reconocimiento judicial del homicidio de su hijo como tal. Por último, la demandante afirmó que había podido elegir entre incoar un procedimiento penal o un procedimiento administrativo y que, mientras que su recurso a los tribunales penales había resultado, imprevisiblemente, infructuoso, la posibilidad de recurrir a los tribunales administrativos había prescrito entretanto.

44. El Tribunal de Primera Instancia señala que el examen de la demanda plantea la cuestión de si el artículo 2 del Convenio es aplicable a la interrupción involuntaria del embarazo y, en caso afirmativo, si dicha disposición exigía la existencia de un recurso penal en las circunstancias del caso o si sus requisitos quedaban satisfechos con la posibilidad de interponer una acción por daños y perjuicios ante los tribunales administrativos. Consideradas en estos términos, las objeciones de que la demanda es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio y de que la demandante no agotó los recursos internos están muy estrechamente relacionadas con el fondo de la queja de la demandante en virtud del artículo 2. Por consiguiente, el Tribunal considera apropiado unir las al fondo (véase, entre otras autoridades, *Airey v. Ireland*, sentencia de 9 de octubre de 1979, Serie A nº 32, p. 11, § 19).

45. Por consiguiente, el recurso no puede declararse inadmisibles ni por ser incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio ni por no haberse agotado los recursos internos en el sentido del artículo 35. § 1 del Convenio. El Tribunal considera además que la demanda plantea cuestiones de hecho y de Derecho que requieren un examen del fondo. Por consiguiente, concluye que la demanda no es manifiestamente infundada. Habiendo comprobado asimismo que no existe ningún otro obstáculo a su admisibilidad, el Tribunal la declara admisible.

II. PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA CONVENCIÓN

46. La demandante se quejó de la negativa de las autoridades a calificar de homicidio involuntario la muerte de su hijo no nacido. Argumentó que la ausencia de legislación penal para prevenir y castigar dicho acto infringía el artículo 2 del Convenio, que establece:

"1. El derecho de toda persona a la vida estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena pronunciada por un tribunal al ser declarado culpable de un delito para el que la ley prevea esa pena.

2. La privación de la vida no se considerará infligida en contravención del presente artículo cuando resulte de un uso de la fuerza que no exceda de lo absolutamente necesario:

- (a) en defensa de cualquier persona contra la violencia ilegítima;
- (b) para efectuar una detención legal o impedir la evasión de una persona legalmente detenida;
- (c) en una acción emprendida legalmente con el fin de sofocar un motín o una insurrección".

A. Alegaciones de las partes

1. El solicitante

47. El demandante afirmó que el momento en que comienza la vida tiene un significado y una definición universales. Aunque eso forma parte de la naturaleza de las cosas, ahora está científicamente demostrado que toda vida comienza en el momento de la fecundación. Se trata de un hallazgo experimental. Un niño concebido pero aún no nacido no es un conjunto de células ni un objeto, sino una persona. De lo contrario, habría que concluir que en este caso no había perdido nada. Tal argumento era inaceptable para una mujer embarazada. En consecuencia, el término "toda *persona*" ("*toute personne*") del artículo 2 del Convenio debía entenderse referido a seres humanos y no a individuos con los atributos de la personalidad jurídica. De hecho, esa había sido la postura adoptada por el *Conseil d'Etat* y el Tribunal de Casación, que, tras acordar revisar la compatibilidad de la Ley de interrupción del embarazo con el artículo 2, se habían visto obligados a aceptar que, desde los primeros momentos de su vida en el vientre materno, el feto entraba en el ámbito de aplicación de dicha disposición (*Conseil d'Etat* (tribunal en pleno), 21 de diciembre de 1990, *Recueil Lebon*, p. 368; Tribunal de Casación (Sala de lo Penal), 27 de noviembre de 1996, *Bulletin criminel* no. 431).

48. En opinión de la demandante, la legislación francesa garantiza a todos los seres humanos el derecho a la vida desde la concepción, sin perjuicio de ciertas excepciones previstas por la ley en el caso del aborto. A este respecto, añadió que todas las formas de aborto, a excepción del aborto terapéutico, eran incompatibles con el artículo 2 del Convenio debido a la interferencia con el derecho a la vida del niño concebido. Incluso si se aceptara que, bajo ciertas condiciones, los Estados pueden permitir que las mujeres aborten si así lo solicitan, los Estados contratantes no tienen libertad para excluir al niño no nacido de la protección del artículo 2. A

Conviene distinguir entre la regla y la excepción. El artículo 1 de la Ley de interrupción voluntaria del embarazo de 1975 (reproducido en el artículo 16 del Código Civil y en el artículo L. 2211-1 del Código de Salud Pública - véase el apartado 28 supra) establecía la regla, a saber, el respeto de todo ser humano desde el comienzo de su vida, y posteriormente preveía una excepción en caso de necesidad y de acuerdo con las condiciones definidas por la ley. El legislador también había aceptado implícitamente que la vida comenzaba en el momento de la concepción al establecer una serie de normas de protección del embrión *in vitro* en las leyes sobre bioética de 29 de julio de 1994 (véase el apartado 34 supra). Por consiguiente, aunque en casos excepcionales la muerte pueda prevalecer sobre la vida, ésta sigue siendo el valor fundamental protegido por el Convenio. La excepción no debe excluir la posibilidad de sancionar a un tercero que, por negligencia, haya causado la muerte de un nonato. Los deseos de la madre no podían equipararse a la negligencia de un tercero. Por lo tanto, el Tribunal podría sostener válidamente que la legislación de las Partes Contratantes debería garantizar la protección del niño concebido tipificando como delito el homicidio involuntario de este último, aunque su legislación también permitiera el aborto.

49. La demandante señaló que, como había sostenido el Tribunal, los Estados tenían "el deber primordial [...] de garantizar el derecho a la vida estableciendo disposiciones penales eficaces para disuadir de la comisión de delitos contra la persona, respaldadas por mecanismos de aplicación de la ley para prevenir, reprimir y castigar las infracciones de dichas disposiciones" (véase *Kılıç c. Turquía*, n° 22492/93, § 62, TEDH 2000-III, y *Mahmut Kaya c. Turquía*, n° 22535/93, § 85, TEDH 2000-III). En su opinión, la nueva línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal en *Calvelli y Ciglio c. Italia* ([GC], no. 32967/96, § 51, TEDH 2002-I), en el sentido de que cuando el derecho a la vida se ha infringido involuntariamente, el sistema judicial no requiere necesariamente la provisión de un recurso penal, no puede seguirse en el presente caso, porque un recurso civil no "satisface el requisito de expresar la desaprobación pública de un delito grave, como la privación de la vida" (véase la opinión parcialmente disidente del Juez Rozakis, a la que se unieron los Jueces Bonello y Strážnická en el asunto antes mencionado). Ello equivaldría a degradar el derecho a la vida protegido por el artículo 2. Por lo tanto, la demandante consideró que la creación del delito de interrupción involuntaria del embarazo llenaría el vacío creado por el Tribunal de Casación y compensaría el incumplimiento por parte del Estado de su deber de proteger al ser humano en las fases más tempranas de su desarrollo (véase el apartado 32 supra).

50. La demandante alegó que había tenido la opción de incoar un procedimiento penal o administrativo y que había podido elegir entre los dos tipos de tribunales. Explicó que había optado por incoar un procedimiento penal porque, en primer lugar, era el único recurso capaz de garantizar el reconocimiento judicial del homicidio involuntario de su hijo como tal y, en segundo lugar, porque una investigación penal ayudaba en la tarea de

establecer la responsabilidad. En su opinión, nada hacía pensar que el proceso penal estuviera abocado al fracaso, ya que la posición adoptada por el Tribunal de Casación en su caso en 1999 y confirmada posteriormente en 2001 y 2002 no había quedado en modo alguno definitivamente establecida, habida cuenta de la resistencia mostrada en las decisiones de los tribunales de apelación y de las críticas prácticamente unánimes de los juristas (véase el apartado 31 supra). Por ejemplo, en una sentencia de 3 de febrero de 2000 (Tribunal de Apelación de Reims, *Dalloz* 2000, jurisprudencia, p. 873), el Tribunal de Apelación había condenado a un automovilista por homicidio involuntario por chocar contra otro vehículo, herir gravemente a la conductora, embarazada de ocho meses, y causar posteriormente la muerte del bebé (véase también Tribunal de Apelación de Versalles, 19 de enero de 2000, no publicada). En conclusión, la demandante alegó que, a primera vista, no tenía motivos para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa y sostuvo que no podía saber si debía hacerlo hasta que el Dr. G. hubiera sido absuelto por el Tribunal de lo Penal. Sin embargo, para entonces ya había prescrito la acción contra las autoridades administrativas. Por tanto, el recurso ante los tribunales administrativos no podía considerarse efectivo en el sentido del artículo 35, apartado 1, del Convenio.

2. El Gobierno

51. Tras subrayar que ni la metafísica ni la medicina habían dado una respuesta definitiva a la cuestión de si un feto era un ser humano y a partir de qué momento, el Gobierno afirmó que, desde un punto de vista jurídico, el artículo 2 del Convenio no protegía el derecho del feto a la vida como persona. El uso del término "toda persona" ("*toute personne*") en el artículo 2 y en los artículos 5, 6, 8 a 11 y 13 del Convenio era tal que sólo podía aplicarse postnatalmente (véase *X v. the United Kingdom*, núm. 8416/79, Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 1980, Decisiones e Informes (DR) 19.),

p. 244). La misma observación se aplica al artículo 2 considerado por separado, ya que todas las restricciones del derecho a la vida de "toda persona" previstas en el apartado 2 se refieren, por su propia naturaleza, a personas que ya han nacido.

52. Tampoco puede interpretarse que el "derecho a la vida" mencionado en el mismo artículo se aplique al feto; sólo se refiere a la vida de las personas que ya han nacido vivas, ya que no sería coherente ni estaría justificado desvincular ese derecho de la entidad en la que se confiere, a saber, la persona. Mientras que, por el contrario, el artículo 4 § 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 establecía: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción", los signatarios de la Convención no habrían previsto tal ampliación del artículo 2 de la Convención, puesto que en 1950 prácticamente todas las Partes Contratantes ya habían autorizado el aborto en determinadas circunstancias. Reconocer que el feto tiene derecho a la vida en el sentido del artículo 2 equipararía la vida de la madre y la del feto. Además, dar prioridad a la protección de la

la vida del feto o restringirla únicamente en caso de riesgo grave, inmediato e insuperable para la vida de la madre constituiría un retroceso histórico y social y pondría en entredicho la legislación vigente en muchos Estados Partes en la Convención.

53. El Gobierno señaló que la Comisión había examinado la conveniencia de reconocer al feto el derecho a la vida, sujeto a ciertas restricciones relativas a la protección de la vida y la salud de la madre (véase *X. contra el Reino Unido*, citado anteriormente). Afirmaron que tal limitación no permitiría recurrir al aborto por razones terapéuticas, morales o sociales, que en el momento en que se negociaba el texto del Convenio ya estaban, no obstante, autorizadas por la legislación de varios países. Equivaldría a penalizar a los Estados que habían optado por el derecho al aborto como expresión y aplicación de la autonomía de la mujer sobre su propio cuerpo y de su derecho a controlar su maternidad. Los Estados Partes no han querido conferir a la expresión "derecho a la vida" un significado que se extienda al feto y que sea manifiestamente contrario a sus legislaciones internas.

54. Teniendo en cuenta lo anterior, el Gobierno consideró que el Convenio no fue diseñado para abarcar al feto y que si los Estados europeos deseaban garantizar una protección efectiva del derecho a la vida del feto, habría que elaborar una disposición independiente del artículo 2. Interpretar el artículo 2 en el sentido de que permite excepciones implícitas al derecho a la vida sería contrario tanto a la letra como al espíritu de dicho artículo. En primer lugar, las excepciones permitidas formaban una lista exhaustiva, no existiendo otra opción cuando se trataba de un derecho tan fundamental; a este respecto, el Gobierno se remitió al asunto *Pretty*, en el que el Tribunal había declarado: "[El artículo 2] establece las circunstancias limitadas en las que puede estar justificada la privación de la vida" (véase *Pretty c. el Reino Unido*, nº 2346/02, § 37, TEDH 2002-III). En segundo lugar, las excepciones deben entenderse e interpretarse de forma estricta (véase *Öcalan contra Turquía*, nº 46221/99, § 201, 12 de marzo de 2003).

55. El Gobierno observó que en el presente caso la demandante había sufrido un aborto terapéutico como resultado de los actos llevados a cabo por el médico fuera del plazo legal dentro del cual se permitía el aborto, que en ese momento era de diez semanas y ahora era de doce semanas (véanse párrafos 27-28 supra). No obstante, si el Tribunal considerara que este factor hace aplicable el artículo 2 y que, por tanto, el feto debe considerarse una persona protegida por esta disposición, señala que en varios Estados europeos el plazo legal para abortar es superior a veinte semanas, por ejemplo en los Países Bajos o en Inglaterra (donde se puede abortar hasta las veinticuatro semanas). A menos que se pusiera en tela de juicio la legislación nacional y el margen de apreciación de las autoridades nacionales en este ámbito, el artículo 2 no podía aplicarse, en consecuencia, al feto. Esto también significa, según el Gobierno, que la cuestión de la viabilidad del feto es irrelevante en este caso. Sería

sería paradójico que los Estados dispusieran de un margen de apreciación que les permitiera excluir al feto de la protección del artículo 2 cuando un embarazo se interrumpiera intencionadamente con el consentimiento de la madre -y a veces sólo con esa condición- si no se les concediera el mismo margen de apreciación para excluir al feto del ámbito de aplicación de dicha disposición cuando un embarazo se interrumpiera por negligencia no intencionada.

56. Con carácter subsidiario, el Gobierno señaló que en la legislación francesa el feto está protegido indirectamente a través del cuerpo de la mujer embarazada, del que es una prolongación. Este era el caso cuando el aborto se realizaba intencionadamente pero no en uno de los casos enumerados exhaustivamente en la legislación pertinente (artículo 223-10 del Código Penal - véase el apartado 25 anterior), o en caso de accidente. En este último caso, podrían utilizarse los recursos ordinarios para establecer la responsabilidad civil, y podría concederse a la madre una indemnización por daños personales, pecuniarios y no pecuniarios, teniéndose necesariamente en cuenta su estado de gestación. Además, en virtud del Derecho penal, quien por inadvertencia provoque la interrupción de un embarazo puede ser perseguido por lesiones involuntarias, considerándose la destrucción del feto como un daño a los órganos de la mujer.

57. El Gobierno argumentó que el demandante podría haber reclamado daños y perjuicios al hospital por la negligencia del médico dentro del plazo de prescripción de cuatro años para las acciones por daños y perjuicios ante los tribunales administrativos. Explicaron que las víctimas de daños causados por funcionarios públicos disponían de dos recursos distintos. Si el daño es consecuencia de una negligencia personal del funcionario, no intrínsecamente relacionada con el ejercicio de sus funciones, la víctima puede obtener una indemnización demandando al interesado ante los tribunales ordinarios, mientras que si el daño es consecuencia de una negligencia que revela deficiencias de la autoridad en cuestión, el asunto se clasificaría como negligencia oficial y sería competencia de los tribunales administrativos. El Gobierno alegó que en *Epoux V.* (sentencia de 10 de abril de 1992) el *Conseil d'Etat* había abandonado su postura de que un departamento hospitalario sólo podía incurrir en responsabilidad en caso de negligencia grave. Además, una excepción a la regla de que el hospital era responsable en caso de negligencia médica se producía cuando la negligencia se consideraba dissociable del servicio público, bien porque era puramente personal y, por tanto, totalmente ajena al desempeño de las funciones oficiales -lo que no había ocurrido en este caso-, bien porque era intencionada o excepcionalmente grave, lo que equivalía a una falta profesional inexcusable de tal gravedad que dejaba de considerarse indisociable del desempeño de las funciones oficiales en cuestión. El Gobierno explicó que, de hecho, la negligencia personal y la negligencia profesional suelen estar interrelacionadas, especialmente en casos de lesiones no intencionadas u homicidio. Por este motivo, el *Conseil d'Etat* había aceptado hace tiempo que la responsabilidad personal de un funcionario público no excluía la responsabilidad de la autoridad a la que estaba adscrito (*Epoux Lemonnier*, 1918). El Gobierno

consideró, por tanto, que la demandante había tenido la posibilidad de recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa desde el momento en que se produjeron los daños, sin tener que esperar a que concluyera el procedimiento penal. Una acción de este tipo habría tenido tanto más posibilidades de éxito cuanto que, para imputar la responsabilidad al hospital, sólo había que demostrar una negligencia leve, y los informes periciales ordenados por los tribunales se habían referido precisamente a los problemas de organización del servicio hospitalario. Por lo tanto, era legítimo esperar que los tribunales administrativos llegaran a la misma conclusión.

58. El Gobierno afirmó que dicho recurso había sido efectivo y adecuado en términos de las obligaciones positivas en virtud del artículo 2 del Convenio (véase *Calvelli y Ciglio*, antes citado) y que la demandante, por su propia inacción o negligencia, se había privado de un recurso que, no obstante, había estado a su disposición durante cuatro años desde el momento en que se había producido el daño, y con respecto al cual podría haber recibido asesoramiento de sus abogados. En *Calvelli y Ciglio* no había duda de que el artículo 2 del Convenio era aplicable a un recién nacido. En el presente caso, en el que la aplicabilidad del artículo 2 era cuestionable, había por tanto razones adicionales para considerar que la posibilidad de utilizar recursos civiles o administrativos para establecer la responsabilidad era suficiente. En opinión del Gobierno, dicha acción de indemnización podría haberse basado en la privación de la vida del niño que la demandante esperaba, ya que la jurisprudencia pertinente de los tribunales administrativos no parecía excluir hasta el momento la posibilidad de conceder a los embriones protección en virtud del artículo 2 del Convenio (*Conseil d'Etat* (tribunal en pleno), *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, sentencia de 21 de diciembre de 1990 - véase el apartado 47 supra). En cualquier caso, en el momento de los hechos, el *Conseil d'Etat* no había resuelto claramente la cuestión.

59. En conclusión, el Gobierno consideró que, aun suponiendo que el artículo 2 fuera aplicable en el presente caso, dicha disposición no exige que la vida del feto esté protegida por el Derecho penal en caso de negligencia involuntaria, como ocurre en muchos países europeos.

B. Intervenciones de terceros

1. Centro de Derechos Reproductivos

60. El Centro de Derechos Reproductivos (CRR) alegó que los fetos no nacidos no pueden ser tratados como personas ante la ley y, por tanto, amparados por el artículo 2 del Convenio, porque no existe base jurídica para tal planteamiento (i), y porque concederles ese estatus interferiría con los derechos humanos básicos de las mujeres (ii). Por último, alegaron que sería desaconsejable extender los derechos al feto porque la pérdida de un feto deseado constituía un perjuicio para la futura madre (iii).

61. (i) La afirmación de que un feto es una persona es contraria a la jurisprudencia de las instituciones del Convenio, a la legislación de los Estados miembros del Consejo de Europa, a las normas internacionales y a la jurisprudencia de los tribunales de todo el mundo. Basándose en las decisiones en *X v. the United Kingdom* (decisión de la Comisión citada anteriormente), *H. v. Norway* (no. 17004/90, decisión de la Comisión de 19 de mayo de 1992, DR 73, p. 155) y, más recientemente, *Boso v. Italy* (no. 50490/99, TEDH 2002-VII), en los que la Comisión y el Tribunal habían sostenido que conceder a un feto los mismos derechos que a una persona supondría una limitación irrazonable de los derechos del artículo 2 de las personas ya nacidas, el CRR no vio razón alguna para apartarse de esa conclusión, a menos que se pusiera en tela de juicio el derecho al aborto en todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

62. El feto no está reconocido como persona en la legislación interna europea ni por los tribunales nacionales que la interpretan. El CRR llama la atención sobre la posición reiterada del Tribunal de Casación (véase el apartado 29 supra), que es coherente con la distinción establecida en el Derecho francés entre los conceptos de "ser humano" y "persona", siendo el primero un concepto biológico y el segundo un término jurídico adscrito a una categoría jurídica cuyos derechos surten efecto y se perfeccionan con el nacimiento, aunque en determinadas circunstancias los derechos adquiridos con el nacimiento son retroactivos a la concepción. Los tribunales nacionales también han abordado la cuestión del estatuto jurídico de la persona en el contexto del aborto. Por ejemplo, los Tribunales Constitucionales austriaco y neerlandés habían sostenido que el artículo 2 no debía interpretarse en el sentido de que protegía al feto, y el Consejo Constitucional francés no había encontrado ningún conflicto entre la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo y la protección constitucional del derecho del niño a la salud (decisión nº 74-54 de 15 de enero de 1975). Esta interpretación es coherente con la legislación pertinente en toda Europa: treinta y nueve Estados miembros del Consejo de Europa -con las excepciones de Andorra, Irlanda, Liechtenstein, Malta, Polonia y San Marino, que han mantenido severas restricciones sobre el aborto (con excepciones terapéuticas muy limitadas)- permiten a una mujer interrumpir un embarazo sin restricciones durante el primer trimestre o por motivos terapéuticos muy amplios.

63. En cuanto a las normas internacionales y regionales, el CRR observó que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no indicaba que el derecho a la vida se aplicara al feto. Añade que el Comité de Derechos Humanos ha subrayado sistemáticamente la amenaza que suponen los abortos ilegales para la vida de las mujeres. Lo mismo puede decirse de la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación del Comité de los Derechos del Niño del artículo 6, que establece: "Todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida". En varias ocasiones, el Comité ha manifestado su preocupación por las dificultades de las adolescentes para interrumpir su embarazo en condiciones seguras y ha expresado su temor por las repercusiones de la legislación punitiva en las tasas de mortalidad materna. La jurisprudencia

del sistema regional interamericano, a pesar del Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (véase el párrafo 52 anterior), no proporcionaba una protección absoluta al feto antes del nacimiento. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos había sostenido en *Baby Boy* (1981) que el artículo 4 no impedía una legislación liberal sobre el aborto en el ámbito nacional. Además, el 11 de julio de 2003, la Organización de la Unidad Africana adoptó el Protocolo sobre los Derechos de la Mujer para complementar la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 27 de junio de 1981, ampliando la protección del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo.

64. Por último, por lo que respecta a los Estados no europeos, el CRR señaló que los Tribunales Supremos de Canadá y Estados Unidos habían rechazado tratar a los fetos no nacidos como personas ante la ley (en *Winnipeg Child Family Services contra G.* (1997) y *Roe contra Wade* (1973)). El Tribunal Supremo de Estados Unidos reafirmó esa postura en un caso reciente, en 2000 (*Stenberg contra Carhart*), en el que declaró inconstitucional una ley estatal que prohibía determinados métodos de aborto y no protegía la salud de la mujer. Del mismo modo, en Sudáfrica, al pronunciarse sobre un recurso de inconstitucionalidad contra la recientemente promulgada Ley de Elección sobre la Interrupción del Embarazo, que permitía el aborto sin restricciones durante el primer trimestre y por amplios motivos en fases posteriores del embarazo, el Tribunal Superior había considerado que el feto no era una persona jurídica (*Asociación de Abogados Cristianos de Sudáfrica y otros contra el Ministro de Sanidad y otros*, 1998).

65. (ii) En opinión del CRR, el reconocimiento de los derechos del feto interfería, en particular, con el derecho fundamental de la mujer a una vida privada. En *Brüggemann y Scheuten contra Alemania* (nº 6959/75, informe de la Comisión de 12 de julio de 1977, DR 10, p. 100), la Comisión había aceptado implícitamente que una prohibición absoluta del aborto constituiría una injerencia inadmisibles en el derecho a la vida privada en virtud del artículo 8 del Convenio. Posteriormente, al tiempo que rechazaban la sugerencia de que el artículo 2 protegía el derecho a la vida de los fetos, las instituciones del Convenio habían reconocido además que el derecho al respeto de la vida privada de la mujer embarazada, como persona principalmente afectada por el embarazo y su continuación o interrupción, prevalecía sobre los derechos del padre (véase el apartado 61 supra). Además del respeto a la vida privada, primaba la preservación de la vida y la salud de la mujer embarazada. Al sostener que las restricciones al intercambio de información sobre el aborto creaban un riesgo para la salud de las mujeres cuyos embarazos suponían una amenaza para sus vidas, el Tribunal dictaminó que la medida cautelar en cuestión había sido "desproporcionada en relación con los objetivos perseguidos" y que, por consiguiente, el interés de la salud de la mujer prevalecía sobre el interés moral declarado de un Estado en proteger los derechos de un feto (véase *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, sentencia de 29 de octubre de 1992, Serie A nº 246-A).

66. (iii) En opinión del CRR, la negativa a reconocer al feto la condición de persona en virtud del artículo 2 no excluía la posibilidad de reparar daños como el que

que había dado lugar al presente asunto. La pérdida de un feto deseado era un perjuicio sufrido por la futura madre. Por consiguiente, los derechos que debían protegerse en el presente asunto eran los de la demandante y no los del feto que había perdido. Es competencia del legislador de cada Estado miembro del Consejo de Europa reconocer tanto las infracciones civiles como penales cometidas por particulares que lesionan a una mujer provocando la interrupción de un embarazo deseado.

2. Asociación de Planificación Familiar

67. La Family Planning Association (FPA) argumentó principalmente que el derecho a la vida consagrado en el artículo 2 del Convenio no debe interpretarse en el sentido de que se extiende a los no nacidos (i). En apoyo de este argumento, la FPA proporcionó al Tribunal información sobre la situación jurídica actual del aborto en los Estados miembros del Consejo de Europa (ii), y un resumen de la situación jurídica del no nacido en la legislación del Reino Unido (iii).

68. (i) La FPA señaló que el artículo 2 estaba redactado de tal forma que sólo permitía excepciones muy limitadas a la prohibición que imponía de privar intencionadamente de la vida. La interrupción voluntaria del embarazo no era una de esas excepciones; tampoco podía interpretarse que ninguna de las excepciones incluyera esa práctica. Pruebas recientes demuestran que la interrupción voluntaria del embarazo a petición en el primer trimestre está ahora ampliamente aceptada en toda Europa, al igual que la interrupción por determinados motivos en el segundo trimestre. Si se interpretara que el artículo 2 se aplica al no nacido desde el momento de la concepción, como sostiene la demandante, el Tribunal estaría cuestionando las leyes sobre el aborto promulgadas en la mayoría de los Estados contratantes. Además, ello haría ilegales la mayoría de los métodos anticonceptivos que se utilizan actualmente en toda Europa, ya que actúan o podrían actuar después de la concepción para impedir la implantación. Por lo tanto, las consecuencias serían devastadoras tanto en términos de opciones y vidas individuales como de política social. El Tribunal Superior inglés ha reconocido recientemente que esa sería la consecuencia indeseable si aceptara el argumento de la Sociedad para la Protección de los Niños por Nacer de que los anticonceptivos hormonales de emergencia son abortivos porque el embarazo comienza en el momento de la concepción (véase *Society for the Protection of Unborn Children v. Secretary of State for Health* [2002] High Court, Administrative Court (England and Wales)).

69. Asimismo, debe rechazarse la posibilidad de que el artículo 2 se aplique al feto pero con ciertas limitaciones implícitas, por ejemplo, sólo después de un momento crítico (viabilidad o alguna otra fase gestacional). Pruebas recientes demostraron que, más allá del amplio consenso identificado anteriormente, existía una falta total de normas generalmente aceptadas en relación con el límite gestacional de la disponibilidad del aborto, los motivos por los que se podía interrumpir el embarazo después de ese momento o las condiciones que debían cumplirse.

70. (ii) Se disponía de información de encuestas recientes (*Abortion Legislation in Europe*, International Planned Parenthood Federation (IPPF) European Network, julio de 2002, y *Abortion Policies: a Global Review*, División de Población de las Naciones Unidas, junio de 2002) en relación con la posición jurídica sobre el aborto en los Estados miembros del Consejo de Europa, con la excepción de Serbia y Montenegro. Las encuestas mostraron que cuatro Estados prohibían esencialmente el aborto, excepto cuando la vida de la mujer embarazada corría peligro (Andorra, Liechtenstein, San Marino e Irlanda), mientras que la gran mayoría de los Estados miembros ofrecían un acceso mucho más amplio a los servicios de aborto. Estas pruebas de la disponibilidad del aborto en toda Europa concuerdan con la tendencia general hacia la liberalización de las leyes sobre el aborto. De la práctica de los Estados miembros no se desprende un consenso general sobre el periodo durante el cual se permite el aborto después del primer trimestre o las condiciones que deben cumplirse para que el aborto esté disponible en las últimas fases del embarazo. Además, los motivos por los que se permitía el aborto sin límite de tiempo eran muchos y variados. En consecuencia, la FPA afirmó que si se interpretara que el artículo 2 se aplica al no nacido a partir de un momento determinado, se pondría en tela de juicio la situación jurídica de varios Estados en los que la interrupción del embarazo está disponible por determinados motivos en una fase posterior a la determinada por el Tribunal.

71. (iii) Era ya un principio general asentado del common law que en el Reino Unido la personalidad jurídica cristalizaba con el nacimiento. Hasta ese momento, el no nacido carecía de personalidad jurídica independiente de la mujer embarazada. Sin embargo, a pesar de esa falta de personalidad jurídica, los intereses de los no nacidos se protegían a menudo mientras estaban en el vientre materno, aunque esos intereses no pudieran materializarse como derechos exigibles hasta la obtención de la personalidad jurídica con el nacimiento.

72. En el derecho civil, esto significaba específicamente que antes del nacimiento, el no nacido no estaba legitimado para interponer acciones de indemnización u otros recursos judiciales en relación con cualquier daño causado o perjuicio sufrido mientras estaba en el útero, y que no se podía presentar ninguna demanda en su nombre (véase *Paton contra British Pregnancy Advisory Service Trustees* [1979] Queen's Bench Reports 276). Se había intentado persuadir a los tribunales que se ocupaban de estos casos de que, según el derecho de sucesiones, los no nacidos podían considerarse "nacidos" o "personas en existencia" siempre que así lo exigieran sus intereses. Sin embargo, *Burton* confirmó que ese principio también estaba sujeto al nacimiento con vida de un hijo ([1993] Queen's Bench Reports 204, 227).

73. En el derecho penal, estaba bien establecido que los no nacidos no eran tratados como personas jurídicas a efectos de las normas del common law sobre asesinato u homicidio. En *Attorney-General's Reference* (nº 3, 1994), la Cámara de los Lores había concluido que la lesión del no nacido sin que hubiera nacido vivo no podía dar lugar a una condena por asesinato, homicidio o cualquier otro delito violento. Los derechos del no nacido están protegidos además por la legislación penal sobre el aborto. Artículos 58 y 59 de la Ley de delitos contra la persona de 1861.

había introducido los delitos legales de proxenetismo del aborto y proxenetismo de los medios para provocar el aborto. Del mismo modo, en virtud del artículo 1 de la Ley de 1929 sobre la preservación de la vida infantil, la destrucción de un nonato, cuando pueda nacer vivo, constituye un delito grave. Estas leyes siguen en vigor. El aborto y la destrucción de niños siguen siendo ilegales, sujetos a la aplicación de la Ley sobre el aborto de 1967.

C. Valoración del Tribunal

74. La demandante se quejaba de no haber podido obtener la condena del médico cuya negligencia médica le había obligado a someterse a un aborto terapéutico. No se ha negado que tenía la intención de llevar a término su embarazo y que su hijo gozaba de buena salud. A raíz de los hechos materiales, la demandante y su pareja presentaron una querrela criminal, junto con una solicitud de personación en el procedimiento como partes civiles, alegando lesiones no intencionadas a la demandante y homicidio no intencionado del niño que esperaba. Los tribunales consideraron que el delito de lesiones involuntarias de la demandante había prescrito y, anulando la sentencia del Tribunal de Apelación sobre el segundo punto, el Tribunal de Casación estimó que, habida cuenta del principio de estricta interpretación de la ley penal, un feto no podía ser víctima de un homicidio involuntario. La cuestión central que plantea el recurso es si la ausencia de un recurso penal en el ordenamiento jurídico francés para castigar la destrucción involuntaria de un feto constituye una omisión por parte del Estado de proteger por ley el derecho a la vida en el sentido del artículo 2 del Convenio.

1. *Jurisprudencia existente*

75. A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que el derecho a la vida debe protegerse "en general, desde el momento de la concepción", el artículo 2 de la Convención guarda silencio sobre los límites temporales del derecho a la vida y, en particular, no define a "toda *persona*" ("*toute personne*") cuya "vida" está protegida por la Convención. El Tribunal aún debe determinar la cuestión del "comienzo" del "derecho de toda persona a la vida" en el sentido de esta disposición y si el niño no nacido tiene tal derecho.

Hasta la fecha sólo se ha planteado en relación con las leyes sobre el aborto. El aborto no constituye una de las excepciones expresamente enumeradas en el apartado 2 del artículo 2, pero la Comisión ha expresado la opinión de que es compatible con la primera frase del apartado 1 del artículo 2 en aras de la protección de la vida y la salud de la madre porque "si se parte de la base de que esta disposición se aplica en la fase inicial del embarazo, el aborto está cubierto por una limitación implícita, que protege la vida y la salud de la madre".

mujer en esa fase, del "derecho a la vida" del feto" (véase *X c. el Reino Unido*, Decisión de la Comisión antes citada, p. 253).

76. Tras negarse inicialmente a examinar *in abstracto* la compatibilidad de las leyes sobre el aborto con el artículo 2 del Convenio (véase *X contra Noruega*, nº 867/60, Decisión de la Comisión de 29 de mayo de 1961, Recopilación de Decisiones, vol. 6, p. 34, y *X contra Austria*, nº 7045/75, Decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1976, DR 7, p. 87), la Comisión reconoció en *Brüggemann y Scheuten* (citados anteriormente) que las mujeres que se quejaban en virtud del artículo 8 del Convenio sobre la decisión del Tribunal Constitucional que restringía la disponibilidad de abortos tenían la condición de víctimas. En esa ocasión declaró "... no puede decirse que el embarazo pertenezca únicamente a la esfera de la vida privada. Siempre que una mujer está embarazada, su vida privada está estrechamente relacionada con el feto en desarrollo" (ibid., p. 116, § 59). Sin embargo, la Comisión no consideró "necesario decidir, en este contexto, si el feto debe considerarse como 'vida' en el sentido del artículo 2 del Convenio, o si podría considerarse como una entidad que, en virtud del artículo 8 § 2, podría justificar una injerencia 'para la protección de los demás'" (ibid., p. 116, § 60). Expresó la opinión de que no había habido violación del artículo 8 del Convenio porque "no toda reglamentación de la interrupción de embarazos no deseados constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de la madre" (ibid., pp. 116-17, § 61), al tiempo que subrayó: "No hay pruebas de que la intención de las Partes del Convenio fuera comprometerse a favor de una solución concreta" (ibid., pp. 117-18, § 64).

77. En el caso *X contra el Reino Unido* (citado anteriormente), la Comisión examinó la solicitud de un hombre que se quejaba de que se había permitido a su esposa abortar por motivos de salud. Si bien aceptó que el padre potencial podía considerarse "víctima" de una violación del derecho a la vida, estimó que el término "toda persona" que figura en varios artículos del Convenio no podía aplicarse prenatalmente, pero observó que "no puede excluirse tal aplicación en un caso excepcional, por ejemplo, en virtud del apartado 1 del artículo 6" (p. 249, § 7; para una solicitud de este tipo en relación con el acceso a un tribunal, véase *Reeve c. el Reino Unido*, nº 24844/94, Decisión de la Comisión de 30 de noviembre de 1994, DR 79-A, p. 146). La Comisión añadió que el uso general del término "toda persona" ("*toute personne*") y el contexto en el que se utilizaba en el artículo 2 del Convenio no incluían a los no nacidos. En cuanto al término "vida" y, en particular, al comienzo de la vida, la Comisión observó una "divergencia de pensamiento sobre la cuestión de dónde comienza la vida" y añadió: "Mientras que algunos creen que comienza ya con la concepción, otros tienden a centrarse en el momento de la nidación, en el momento en que el feto se convierte en "viable", o en el nacimiento con vida" (*X v. the United Kingdom*, p. 250, § 12).

A continuación, la Comisión examinó si el artículo 2 "debe interpretarse en el sentido de que no abarca en absoluto al feto, de que reconoce un 'derecho a la vida'...".

del feto con ciertas limitaciones implícitas; o como el reconocimiento de un "derecho a la vida" absoluto del feto" (ibid. p. 251, § 17). Aunque no se pronunció sobre las dos primeras opciones, descartó categóricamente la tercera interpretación, habida cuenta de la necesidad de proteger la vida de la madre, indisociable de la del feto: La "vida" del feto está íntimamente ligada a la vida de la mujer embarazada y no puede considerarse aisladamente. Si se considerara que el artículo 2 abarca al feto y que su protección en virtud de este artículo, a falta de cualquier limitación expresa, es absoluta, el aborto debería considerarse prohibido incluso cuando la continuación del embarazo implicara un grave riesgo para la vida de la mujer embarazada. Esto significaría que la "vida por nacer" del feto se consideraría de mayor valor que la vida de la mujer embarazada" (ibid., p. 252, § 19). La Comisión adoptó esta solución, señalando que en 1950 prácticamente todas las Partes Contratantes habían "permitido el aborto cuando era necesario para salvar la vida de la madre" y que, entretanto, la legislación nacional sobre la interrupción del embarazo había "mostrado una tendencia hacia una mayor liberalización" (ibid., p. 252, § 20).

78. En el caso *H. c. Noruega* (citado anteriormente), relativo a un aborto realizado por motivos no médicos en contra de los deseos del padre, la Comisión añadió que el artículo 2 exigía al Estado no sólo que se abstuviera de quitar la vida a una persona intencionadamente, sino también que tomara las medidas adecuadas para salvaguardar la vida (p. 167). Consideró que no tenía que decidir "si el feto puede gozar de cierta protección en virtud de la primera frase del artículo 2", pero no excluyó la posibilidad de que "en determinadas circunstancias pueda ser así, a pesar de que exista en los Estados contratantes una considerable divergencia de opiniones sobre si el artículo 2 protege la vida del nonato y en qué medida" (ibid.). Señaló además que, en un ámbito tan delicado, los Estados contratantes debían gozar de cierta discrecionalidad, y concluyó que la decisión de la madre, adoptada de conformidad con la legislación noruega, no había excedido dicha discrecionalidad (p. 168).

79. El Tribunal sólo ha tenido ocasión de examinar la aplicación del artículo 2 al feto en contadas ocasiones. En los asuntos *Open Door* y *Dublin Well Woman* (citados anteriormente), el Gobierno irlandés se basó en la protección de la vida del nonato para justificar su legislación por la que se prohibía facilitar información sobre centros abortistas en el extranjero. La única cuestión que se resolvió fue si las restricciones a la libertad de recibir y difundir la información en cuestión habían sido necesarias en una sociedad democrática, en el sentido del apartado 2 del artículo 10 del Convenio, para perseguir el "objetivo legítimo de la protección de la moral, del que la protección en Irlanda del derecho a la vida del no nacido es un aspecto" (pp. 27-28, § 63), ya que el Tribunal no consideró pertinente determinar "si el Convenio garantiza el derecho al aborto o si el feto está comprendido en el derecho a la vida tal como figura en el artículo 2" (p. 28, § 66). Recientemente, en circunstancias similares a las del caso *H. v. Norway*

(citado anteriormente), en el que una mujer había decidido interrumpir su embarazo en contra de la voluntad del padre, el Tribunal sostuvo que no estaba obligado a determinar "si el feto puede tener derecho a la protección en virtud de la primera frase del artículo 2, tal como se interpreta [en la jurisprudencia relativa a la obligación positiva de proteger la vida]", y continuó "Aun suponiendo que, en determinadas circunstancias, pudiera considerarse que el feto tiene derechos protegidos por el artículo 2 del Convenio, ... en el presente caso ... [el] embarazo se interrumpió de conformidad con el artículo 5 de la Ley n° 194 de 1978" - una ley que establecía un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y la necesidad de garantizar la protección del feto (véase *Boso*, citado anteriormente).

80. De esta recapitulación de la jurisprudencia se desprende que, en las circunstancias examinadas hasta la fecha por las instituciones del Convenio -es decir, en las diversas leyes sobre el aborto-, el feto no se considera una "persona" directamente protegida por el artículo 2 del Convenio y que, si el feto tiene un "derecho" a la "vida", éste está implícitamente limitado por los derechos e intereses de la madre. Sin embargo, las instituciones del Convenio no han descartado la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, las garantías se extiendan al feto. Eso es lo que parece haber contemplado la Comisión al considerar que "el apartado 1 del artículo 8 no puede interpretarse en el sentido de que el embarazo y su interrupción son, como principio, únicamente un asunto de la vida privada de la madre" (véase *Brüggemann y Scheuten*, citada anteriormente, pp. 116-17, § 61) y el Tribunal en la sentencia *Boso* antes mencionada. Del examen de estos asuntos también se desprende claramente que la cuestión siempre se ha resuelto sopesando diversos derechos o libertades, a veces contradictorios, reivindicados por una mujer, una madre o un padre entre sí o *con respecto a* un feto.

2. Planteamiento en el presente caso

81. La naturaleza especial del presente caso plantea una cuestión nueva. El Tribunal se enfrenta a una mujer que pretendía llevar a término su embarazo y cuyo feto se esperaba viable, al menos en buen estado de salud. Su embarazo tuvo que interrumpirse como consecuencia de un error de un médico y, por tanto, tuvo que someterse a un aborto terapéutico por negligencia de un tercero. En consecuencia, la cuestión es si, aparte de los casos en los que la madre ha solicitado un aborto, dañar a un feto debe tratarse como un delito penal a la luz del artículo 2 del Convenio, con vistas a proteger al feto en virtud de dicho artículo. Esto requiere un examen preliminar de si es aconsejable que el Tribunal intervenga en el debate sobre quién es una persona y cuándo comienza la vida, en la medida en que el artículo 2 establece que la ley debe proteger "el derecho de toda persona a la vida".

82. Como se desprende de la anterior recapitulación de la jurisprudencia, la interpretación del artículo 2 a este respecto se ha inspirado en una clara voluntad de equilibrio, y la posición de las instituciones del Convenio en relación con las dimensiones jurídica, médica, filosófica, ética o religiosa

de definir al ser humano ha tenido en cuenta los diversos enfoques de la cuestión a escala nacional. Esto se ha reflejado en la consideración que se ha dado a la diversidad de puntos de vista sobre el momento en que comienza la vida, de culturas jurídicas y de normas nacionales de protección, y se ha dejado al Estado un margen considerable de discreción en la materia, como dice acertadamente el dictamen del Grupo Europeo de Ética de la Ciencia y de las Nuevas Tecnologías de la Comisión Europea: "las ... Las autoridades comunitarias tienen que abordar estas cuestiones éticas teniendo en cuenta las diferencias morales y filosóficas, reflejadas por la extrema diversidad de normas jurídicas aplicables a la investigación con embriones humanos ... No sólo es jurídicamente difícil buscar una armonización de las legislaciones nacionales a escala comunitaria, sino que, debido a la falta de consenso, sería inadecuado imponer un único código moral exclusivo" (véase el apartado 40 supra).

De ello se desprende que la cuestión del momento en que comienza el derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación del que, en general, el Tribunal considera que deben gozar los Estados en este ámbito, sin perjuicio de una interpretación evolutiva del Convenio, "instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales" (véase *Tyrer c. el Reino Unido*, sentencia de 25 de abril de 1978, serie A n.º 26, pp. 15-16, § 31, y jurisprudencia posterior). Las razones que justifican esta conclusión son, por una parte, que la cuestión de dicha protección no se ha resuelto en la mayoría de los propios Estados contratantes, en Francia en particular, donde es objeto de debate (véase el apartado 83 infra) y, por otra, que no existe un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida (véase el apartado 84 infra).

83. El Tribunal observa que el Tribunal de Casación francés, en tres sentencias sucesivas dictadas en 1999, 2001 y 2002 (véanse los apartados 22 y 29 supra), consideró que la norma según la cual las infracciones y las penas deben ser definidas por la ley, que exige una interpretación estricta de las leyes penales, excluía los actos que causan una lesión mortal a un feto del ámbito de aplicación del artículo 221-6 del Código Penal, en virtud del cual el homicidio involuntario de "otro" constituye una infracción. Sin embargo, si, como consecuencia de una negligencia involuntaria, la madre da a luz a un niño vivo que muere poco después de nacer, la persona responsable puede ser condenada por el homicidio involuntario del niño (véase el apartado 30 supra). El primer planteamiento, que entra en conflicto con el de varios tribunales de apelación (véanse los apartados 21 y 50 supra), se interpretó como una invitación al legislador a colmar un vacío jurídico. Esa fue también la postura del Tribunal Penal en el presente caso: "El tribunal... no puede crear derecho sobre una cuestión que [el legislador] aún no ha logrado definir". El parlamento francés intentó tal definición al proponer la creación del delito de interrupción involuntaria del embarazo (véase el apartado 32 supra), pero el proyecto de ley que contenía dicha propuesta se perdió, debido a los temores e incertidumbres que la creación del delito podría suscitar en cuanto a la determinación del momento en que comienza la vida, y la

desventajas de la propuesta, que se consideraban superiores a sus ventajas (véase el apartado 33 supra). El Tribunal observa además que, junto con las reiteradas sentencias del Tribunal de Casación según las cuales el artículo 221-6 del Código Penal no se aplica a los fetos, el Parlamento francés está revisando actualmente las leyes de 1994 sobre bioética, que añadieron disposiciones al Código Penal sobre la protección del embrión humano (véase el apartado 25 supra) y que requieren una revisión a la luz del progreso científico y tecnológico (véase el apartado 34 supra). De esta visión de conjunto se desprende claramente que en Francia la naturaleza y el estatuto jurídico del embrión y/o del feto no están definidos en la actualidad y que la manera de protegerlos vendrá determinada por fuerzas muy variadas dentro de la sociedad francesa.

84. A escala europea, el Tribunal observa que no existe consenso sobre la naturaleza y el estatuto del embrión y/o del feto (véanse los apartados 39-40 supra), aunque empiezan a recibir cierta protección a la luz de los avances científicos y de las posibles consecuencias de la investigación en ingeniería genética, procreación médicamente asistida o experimentación con embriones. En el mejor de los casos, puede considerarse un terreno común entre los Estados que el embrión/feto pertenece al género humano. La potencialidad de ese ser y su capacidad para convertirse en persona -que goza de protección en virtud del derecho civil, además, en muchos Estados, como Francia, en el contexto de las sucesiones y donaciones, y también en el Reino Unido (véase el apartado 72 supra)- requieren protección en nombre de la dignidad humana, sin que ello lo convierta en una "persona" con "derecho a la vida" a efectos del artículo 2. El Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, en efecto, se cuida de no dar una definición del término "toda persona", y su informe explicativo indica que, a falta de un acuerdo unánime sobre la definición, los Estados miembros decidieron dejar que el Derecho interno aportara aclaraciones a efectos de la aplicación de dicho Convenio (véase el apartado 36 supra). Lo mismo ocurre con el Protocolo adicional sobre la prohibición de clonar seres humanos y el Protocolo adicional sobre investigación biomédica, que no definen el concepto de "ser humano" (véanse los apartados 37 a 38 supra). Cabe señalar que, en virtud del artículo 29 del Convenio de Oviedo, se puede solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre la interpretación de dicho instrumento.

85. Habida cuenta de lo anterior, el Tribunal está convencido de que no es deseable, ni siquiera posible en el estado actual de las cosas, responder en abstracto a la cuestión de si el feto es una persona a los efectos del artículo 2 del Convenio ("*personne*" en el texto francés). En cuanto al presente caso, considera innecesario examinar si la interrupción brusca del embarazo de la demandante está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 2, dado que, aun suponiendo que dicha disposición fuera aplicable, no hubo incumplimiento por parte del Estado demandado de las exigencias relativas a la preservación de la vida en el ámbito de la salud pública. En relación con esta cuestión, el Tribunal ha examinado si la protección jurídica otorgada a la demandante

por Francia por la pérdida del feto que esperaba satisfacía los requisitos procesales inherentes al artículo 2 del Convenio.

86. A este respecto, señala que el hecho de que el feto carezca de un estatuto jurídico claro no le priva necesariamente de toda protección en virtud del Derecho francés. Sin embargo, en las circunstancias del presente asunto, la vida del feto estaba íntimamente ligada a la de la madre y podía ser protegida a través de ella, máxime cuando no existía conflicto entre los derechos de la madre y del padre ni entre los del feto y los de los progenitores, al haber sido causada la pérdida del feto por la negligencia involuntaria de un tercero.

87. En la sentencia *Boso*, citada anteriormente, el Tribunal afirmó que incluso suponiendo que pudiera considerarse que el feto tiene derechos protegidos por el artículo 2 del Convenio (véase el apartado 79 anterior), la legislación italiana sobre la interrupción voluntaria del embarazo establecía un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y la necesidad de garantizar la protección del feto. En el presente caso, el litigio se refiere al asesinato involuntario de un feto en contra de los deseos de la madre, causándole un sufrimiento especial. Los intereses de la madre y del niño coinciden claramente. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia debe examinar, desde el punto de vista de la efectividad de los recursos existentes, la protección de que gozaba la demandante al tratar de establecer la responsabilidad del médico en cuestión por la pérdida de su hijo *in utero* y de obtener una indemnización por el aborto al que tuvo que someterse. La demandante alegó que sólo un recurso penal habría podido satisfacer las exigencias del artículo 2 del Convenio. El Tribunal no comparte esta opinión, por las razones que se exponen a continuación.

88. El Tribunal reitera que la primera frase del artículo 2, que es una de las disposiciones más fundamentales del Convenio y también consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas que componen el Consejo de Europa (véase *McCann y otros c. el Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1995, serie A nº 324, pp. 45-46, § 147), exige al Estado no sólo que se abstenga de quitar la vida "intencionadamente", sino también que tome las medidas adecuadas para salvaguardar la vida de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción (véase, por ejemplo, *L.C.B. c. el Reino Unido*, sentencia de 9 de junio de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, p. 1403, § 36).

89. Estos principios también se aplican en el ámbito de la salud pública. Las obligaciones positivas exigen que los Estados establezcan normativas que obliguen a los hospitales, ya sean privados o públicos, a adoptar medidas adecuadas para la protección de la vida de los pacientes. También exigen que se establezca un sistema judicial independiente y eficaz para que pueda determinarse la causa de la muerte de los pacientes atendidos por la profesión médica, ya sea en el sector público o en el privado, y que los responsables rindan cuentas (véase *Powell c. el Reino Unido* (dec.), nº 45305/99, TEDH 2000/36). 45305/99, TEDH 2000-V, y *Calvelli y Ciglio*, antes citada, § 49).

90. Aunque el derecho a que terceros sean procesados o condenados por un delito penal no puede hacerse valer de forma independiente (véase *Pérez c. Francia* [GC], nº 47287/99, § 70, TEDH 2004-I), el Tribunal ha declarado en varias ocasiones que un sistema judicial eficaz, tal como exige el artículo 2, puede, y en determinadas circunstancias debe, incluir el recurso al Derecho penal. Sin embargo, si la vulneración del derecho a la vida o a la integridad física no se ha causado intencionadamente, la obligación positiva impuesta por el artículo 2 de establecer un sistema judicial eficaz no exige necesariamente la provisión de un recurso penal en todos los casos. En el ámbito específico de la negligencia médica, "la obligación también puede satisfacerse, por ejemplo, si el sistema jurídico ofrece a las víctimas un recurso ante los tribunales civiles, ya sea solo o conjuntamente con un recurso ante los tribunales penales, que permita establecer la responsabilidad de los médicos implicados y obtener cualquier reparación civil adecuada, como una orden de indemnización por daños y perjuicios y la publicación de la decisión. También pueden preverse medidas disciplinarias" (véase *Calvelli y Ciglio*, antes citada, § 51; *Lazzarini y Ghiacci contra Italia* (dec.), no. 53749/00, 7 de noviembre de 2002; y *Mastromatteo v. Italy* [GC], no. 37703/97, § 90, ECHR 2002-VIII).

91. En el caso que nos ocupa, además del procedimiento penal que la demandante inició contra el médico por causarle involuntariamente lesiones -que, ciertamente, se archivó porque el delito estaba amparado por una amnistía, hecho que no dio lugar a queja alguna por su parte-, tenía la posibilidad de interponer una demanda por daños y perjuicios contra las autoridades por la supuesta negligencia del médico (véase *Kress c. Francia* [GC], nº 39594/98, §§ 14 y ss., TEDH 2001-VI). Si lo hubiera hecho, la demandante habría tenido derecho a una audiencia contradictoria sobre sus alegaciones de negligencia (véase *Powell*, citado anteriormente) y a obtener reparación por los daños sufridos. Una demanda de indemnización ante los tribunales administrativos habría tenido buenas perspectivas de éxito y la demandante podría haber obtenido una indemnización por daños y perjuicios del hospital. Así se desprende de las conclusiones claramente expuestas en los informes periciales (véase el apartado 16 supra) en 1992 - antes de que prescribiera la acción- sobre la mala organización del departamento del hospital en cuestión y la grave negligencia por parte del médico, que, no obstante, en opinión del Tribunal de Apelación (véase el apartado 21 supra), no reflejaba una desatención total de los principios y deberes más fundamentales de su profesión que le hiciera personalmente responsable.

92. El Tribunal de Primera Instancia considera que no puede prosperar la alegación de la demandante relativa a la prescripción de la acción de indemnización ante los tribunales administrativos. A este respecto, se remite a su jurisprudencia según la cual el "derecho a un tribunal", del que forma parte el derecho de acceso, no es absoluto, sino que está sujeto a limitaciones implícitas, en particular en lo que respecta a las condiciones de admisibilidad de un recurso, ya que, por su propia naturaleza, requiere una regulación por parte del Estado, que goza de un cierto poder de decisión.

margen de apreciación a este respecto (véase, entre otras autoridades, *Brualla Gómez de la Torre c. España*, sentencia de 19 de diciembre de 1997, *Reports* 1997-VIII, p. 2955, § 33). Estas restricciones legítimas incluyen la imposición de plazos de prescripción, que, como ha declarado el Tribunal en casos de daños corporales, "sirven a varios fines importantes, a saber, garantizar la seguridad jurídica y la firmeza, proteger a los posibles demandados de reclamaciones obsoletas que podrían ser difíciles de contrarrestar y evitar la injusticia que podría producirse si los tribunales tuvieran que decidir sobre hechos que tuvieron lugar en un pasado lejano basándose en pruebas que podrían haber dejado de ser fiables e incompletas debido al paso del tiempo" (véase *Stubbings y otros, Rec. 1997, p. VIII, apartado 33*).

v. Reino Unido, sentencia de 22 de octubre de 1996, *Reports* 1996-IV, pp. 1502-03, § 51).

93. En el caso que nos ocupa, un plazo de prescripción de cuatro años no parece en sí mismo excesivamente corto, sobre todo teniendo en cuenta la gravedad del perjuicio sufrido por la demandante y su deseo inmediato de procesar al médico. Sin embargo, las pruebas indican que la demandante se dirigió deliberadamente a los tribunales penales, aparentemente sin haber sido informada en ningún momento de la posibilidad de acudir a los tribunales administrativos. Es cierto que el Parlamento francés ha ampliado recientemente el plazo a diez años en virtud de la Ley de 4 de marzo de 2002 (véase el apartado 28 supra). Lo hizo con el fin de uniformizar los plazos de prescripción de las acciones por daños y perjuicios en todos los tribunales, ya sean administrativos u ordinarios. Ello permite tener en cuenta la emergencia general de un sistema cada vez más favorable a las víctimas de negligencias médicas, ámbito en el que la jurisdicción contencioso-administrativa parece capaz de encontrar un equilibrio adecuado entre la consideración del daño que debe repararse y la excesiva "judicialización" de las responsabilidades de la profesión médica. El Tribunal de Justicia no considera, sin embargo, que estas nuevas normas impliquen que el plazo anterior de cuatro años fuera demasiado corto.

94. En conclusión, el Tribunal de Primera Instancia considera que, en las circunstancias del caso, una acción de indemnización ante los tribunales administrativos podía considerarse un recurso efectivo a disposición de la demandante. Dicha acción, que no ejercitó, le habría permitido probar la negligencia médica que alegaba y obtener la reparación íntegra de los daños derivados de la negligencia del médico, por lo que no procedía incoar un procedimiento penal en el presente asunto.

95. En consecuencia, el Tribunal concluye que, aun suponiendo que el artículo 2 fuera aplicable en el presente caso (véase el apartado 85 supra), no ha habido violación del artículo 2 del Convenio.



POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL

1. *Une al fondo* por unanimidad las excepciones preliminares del Gobierno de incompatibilidad *ratione materiae de la* demanda con las disposiciones del Convenio y de falta de agotamiento de los recursos internos, y las *desestima*;
2. *Declara* admisible el recurso por unanimidad;
3. *Sostiene* por catorce votos contra tres que no ha habido violación del artículo 2 del Convenio.

Hecho en inglés y en francés, y pronunciado en audiencia pública en el Edificio de Derechos Humanos, Estrasburgo, el 8 de julio de 2004.

Luzius WILDHABER
Presidente

Paul MAHONEY
Registrador

De conformidad con el artículo 45 § 2 del Convenio y con el artículo 74 § 2 del Reglamento del Tribunal, se adjuntan a la presente sentencia los siguientes votos particulares:

- (a) separar opinión de Sr. Rozakis al que se adhirieron por Sr. Cafilisch, Fischbach, Lorenzen y Thomassen;
- (b) Voto particular del Sr. Costa suscrito por el Sr. Traja;
- (c) opinión disidente del Sr. Ress;
- (d) Voto particular de la Sra. Mularoni, acompañado por la Sra. Strážnická.

L.W.
P.J.M.

VOTO PARTICULAR DEL JUEZ ROZAKIS
APOYADO POR LOS JUECES CAFLISCH, FISCHBACH,
LORENZEN
Y THOMASSEN

He votado, junto con la mayoría de la Gran Sala, a favor de declarar que no ha habido violación del artículo 2 del Convenio en el presente caso. Sin embargo, mi enfoque difiere en ciertos aspectos del de la mayoría y, por tanto, me gustaría adjuntar a la sentencia este voto particular en el que expongo los puntos en los que mi apreciación del Derecho difiere de la de la mayoría.

En este asunto, el Tribunal subraya acertadamente que la investigación sobre el derecho interno francés demuestra que la naturaleza y el estatuto jurídico del embrión y/o del feto no están definidos actualmente en Francia y que la manera de protegerlos vendrá determinada en última instancia por fuerzas muy variadas en el seno de la sociedad francesa (véase el apartado 83 *in fine* de la sentencia). También subraya (y éste fue un argumento contundente a los ojos del Tribunal) que a escala europea no existe consenso sobre la naturaleza y el estatuto del embrión y/o del feto y que, en el mejor de los casos, "puede considerarse un lugar común entre los Estados que el embrión/feto pertenece al género humano. La potencialidad de ese ser y su capacidad para convertirse en persona -que goza de protección en virtud del Derecho civil, por otra parte, en muchos Estados, como Francia, en el marco de las sucesiones y donaciones, y también en el Reino Unido- requieren una protección en nombre de la dignidad humana, sin que ello lo convierta en una "persona" con "derecho a la vida" a efectos del artículo 2" (véase el apartado 84 de la sentencia).

A pesar de estas constataciones, con las que estoy de acuerdo, el Tribunal de Justicia se niega a extraer las conclusiones pertinentes, a saber, que en el estado actual de desarrollo de la ciencia, del Derecho y de la moral, tanto en Francia como en toda Europa, el derecho a la vida del nasciturus aún no está garantizado. Aunque se acepte que la vida comienza antes del nacimiento, ello no confiere automática e incondicionalmente a esta forma de vida humana un derecho a la vida equivalente al correspondiente derecho de un niño después de su nacimiento. Esto no significa que el niño por nacer no goce de ninguna protección por parte de la sociedad humana, ya que -como demuestran la legislación pertinente de los Estados europeos y los acuerdos europeos y documentos pertinentes- la vida por nacer ya se considera digna de protección. Sin embargo, tal y como yo leo en los instrumentos jurídicos pertinentes, esta protección, aunque se concede a un ser que se considera merecedor de ella, es, como ya se ha dicho, distinta de la que se otorga a un niño después de su nacimiento, y tiene un alcance mucho más limitado. En consecuencia, del estado actual de desarrollo de la ley y la moral en Europa se desprende que la vida del niño por nacer, aunque protegida en algunos de sus atributos, no puede equipararse a la vida postnatal y, por lo tanto, no goza de un derecho en el sentido de "derecho a la vida", como protege el artículo 2 del Convenio. Por lo tanto, existe un problema de aplicabilidad del artículo 2 en las circunstancias del caso.

En lugar de llegar a esa conclusión inevitable, como dictaba el propio razonamiento de la sentencia, la mayoría de la Gran Sala optó por una postura neutral, declarando: "el Tribunal está convencido de que no es deseable, ni siquiera posible en el estado actual de las cosas, responder en abstracto a la cuestión de si el niño no nacido es una persona a efectos del artículo 2 del Convenio" (véase el apartado 85 de la sentencia).

Lo que también parece problemático en el razonamiento de la mayoría es que, a pesar de sus evidentes dudas o, en todo caso, de su reticencia a aceptar que el artículo 2 fuera aplicable en este caso, la mayoría acabó abandonando su postura neutral y basó su conclusión de que no había habido violación en el argumento de que las garantías procesales inherentes a la protección del artículo 2 se habían satisfecho en las circunstancias del caso. Utilizando la fórmula "incluso suponiendo" en cuanto a la aplicabilidad del artículo 2, y vinculando la vida del feto a la vida de la madre ("la vida del feto estaba íntimamente ligada a la de la madre y podía ser protegida a través de ella..." - véase el apartado 86 de la sentencia), la mayoría llevó subrepticamente el artículo 2 del Convenio al primer plano del asunto. Sin embargo, de la jurisprudencia se desprende que la invocación de las garantías procesales del artículo 2 para determinar si ha habido o no violación presupone la aplicabilidad prima facie de dicho artículo (y la utilización de la fórmula "aun suponiendo" no altera la situación si, al final, el único fundamento real de las conclusiones del Tribunal es la hipótesis a que se refiere la fórmula); y en las circunstancias del caso no existía ni la más remota amenaza al derecho a la vida de la madre que justificara la invocación de las garantías procesales del artículo 2 del Convenio.

Por las razones expuestas, no puedo estar de acuerdo con el razonamiento de la mayoría y concluir que, en el estado actual de las cosas, el artículo 2 es inaplicable en este caso.

VOTO PARTICULAR DEL JUEZ COSTA APOYADO POR EL JUEZ TRAJA

(Traducción)

1. En este caso, en el que la negligencia de un médico provocó la interrupción de un embarazo después de casi seis meses en contra de los deseos de la mujer gestante, el Tribunal no ha encontrado violación del artículo 2 del Convenio.

2. Su razonamiento, sin embargo, es prudente: el Tribunal decidió que no era necesario determinar si el artículo 2 era aplicable, sosteniendo que incluso suponiendo que lo fuera, no ha habido violación en los hechos.

3. He votado a favor de que no se declare la violación del artículo 2, pero habría preferido que el Tribunal declarase que el artículo 2 era aplicable, aunque tal conclusión no sea evidente. Como intentaré demostrar, tal decisión habría sido quizá más clara con un inconveniente mínimo en cuanto al alcance de la sentencia.

4. Me parece, en primer lugar, que no corresponde al Tribunal de Justicia, como *órgano colegiado*, examinar los asuntos desde un punto de vista principalmente ético o filosófico (y, en mi opinión, ha evitado con éxito este escollo en la presente sentencia). El Tribunal debe esforzarse por mantenerse dentro de su propia esfera de competencia -jurídica-, aunque acepto que el Derecho no existe en el vacío y no es una sustancia químicamente pura desvinculada de consideraciones morales o sociales. Independientemente de que opten o no por expresar sus opiniones personales, como les faculta (pero no les obliga) el artículo 45 del Convenio, los jueces individuales no están sujetos, en mi opinión, a las mismas limitaciones. El presente caso entra en el terreno de las convicciones personales profundas y, por mi parte, he considerado necesario y quizá útil exponer mis puntos de vista. Como el lector habrá comprendido, difieren ligeramente de las de la mayoría.

5. Desde el punto de vista ético, la forma más natural de intentar interpretar el artículo 2 de la Convención ("el derecho de toda *persona a la vida está protegido por la ley*" en el texto francés) es preguntarse qué se entiende por "toda *persona*" ("*toute personne*") y cuándo comienza la vida. Aquí es muy difícil obtener unanimidad o acuerdo, ya que la ética depende demasiado de la ideología individual. En Francia, el Comité Consultivo Nacional, que ha realizado un trabajo notable durante los últimos veinte años y ha emitido varios dictámenes sobre el embrión humano (término que generalmente prefiere a "feto" en todas las fases de desarrollo), no ha sido capaz de dar una respuesta definitiva a estas cuestiones. Esto era de esperar, sobre todo teniendo en cuenta la composición del Comité, que el Presidente Mitterrand decidió en su creación que debía ser pluralista. Decir (como ha hecho el Comité desde que emitió su primer dictamen en 1984) que "el embrión debe ser *reconocido* como persona humana *en potencia*" no resuelve el problema, porque un ser que es

reconocido como potencial no es necesariamente un ser y, de hecho, puede, por implicación inversa, no serlo. En cuanto a la vida y, por tanto, al momento en que comienza la vida, cada cual tiene su propia concepción (véase el quinto dictamen del Comité, emitido en 1985). Todo esto demuestra que tal vez exista un derecho de una persona potencial a una vida potencial; para los juristas, sin embargo, hay un mundo de diferencia entre lo potencial y lo real.

6. Lo que es cierto para los órganos éticos de Estados como el demandado también lo es a escala internacional. La sentencia señala acertadamente que el Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (instrumento auspiciado por el Consejo de Europa y firmado en 1997) no define qué se entiende por "toda persona". Tampoco ofrece ninguna definición de "ser humano", a pesar de la importancia que concede a la dignidad, la identidad, la primacía, los intereses y el bienestar de los seres humanos. Tampoco hay ninguna referencia al comienzo de la vida.

7. ¿La incapacidad actual de la ética para llegar a un consenso sobre qué es una persona y quién tiene derecho a la vida impide que la ley defina estos términos? Yo creo que no. Es tarea de los juristas y, en particular, de los jueces, especialmente de los jueces de derechos humanos, identificar las *nociones* -que pueden ser, si es necesario, las nociones autónomas que el Tribunal siempre ha estado dispuesto a utilizar- que corresponden a las palabras o expresiones de los instrumentos jurídicos pertinentes (en el caso del Tribunal, el Convenio y sus Protocolos). ¿Por qué no habría de tratar el Tribunal los términos "toda persona" y "derecho a la vida" (que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no define) del mismo modo que lo ha hecho desde su creación con los términos "derechos y obligaciones civiles", "acusación penal" y "tribunales", aun cuando aquí se trate de conceptos filosóficos y no técnicos?

8. De hecho, el Tribunal ya ha emprendido este camino en el ámbito del artículo 2, al menos en lo que respecta al derecho a la vida, por ejemplo, imponiendo obligaciones positivas a los Estados de proteger la vida humana, o sosteniendo que, en circunstancias excepcionales, el uso de fuerza potencialmente letal por parte de agentes del Estado puede dar lugar a la constatación de una violación del artículo 2. Por lo tanto, a través de su jurisprudencia, el Tribunal ha ampliado las nociones de derecho a la vida y homicidio ilegítimo, si no la noción de vida en sí misma. A través de su jurisprudencia, por tanto, el Tribunal ha ampliado las nociones de derecho a la vida y de homicidio ilegítimo, si no la noción de vida en sí misma.

9. Por el contrario, no creo que sea posible tomar la salida cómoda diciendo que la Sra. Vo, una "persona", tenía derecho a la vida (de su hijo nonato). Es cierto que la noción de víctima ha sido ampliada por la jurisprudencia: la denuncia de un sobrino por violación del artículo 2 a causa del asesinato de su tío ha sido declarada admisible (véase *Yaşa c. Turquía*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, *Recopilación de sentencias y decisiones* 1998-VI). Sin embargo, en el presente caso, el Tribunal se ocupa de un derecho a la vida del nonato alegado y este tipo de decisión sólo puede aplicarse al caso de la demandante si se acepta que el propio nonato tiene derecho a la vida, ya que, para ser víctima en el sentido del artículo 34 del Convenio, la Sra. Vo también debe ser víctima de una violación reconocida por el Convenio, *quod est demonstrandum*.

10. De hecho, me parece que la Comisión y el Tribunal ya han partido del supuesto de que el artículo 2 es aplicable al feto (sin afirmar, no obstante, que el feto *sea* una persona). En varios casos han sostenido que, aunque no tuvieran que decidir la cuestión de la aplicabilidad, en cualquier caso no había violación del artículo 2 en los hechos, por ejemplo en el caso de una interrupción del embarazo de conformidad con la legislación "que establecía un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y la necesidad de garantizar la protección del feto" (véase *Boso v. Italy* (dec.), no. 50490/99, TEDH 2002-VII, que se cita en la sentencia; pero también, en términos menos directos, la decisión de la Comisión de 19 de mayo de 1992 en otro asunto citado, *H. c. Noruega*, nº 17004/90, Decisiones e Informes 73). Si se hubiera considerado que el artículo 2 era totalmente inaplicable, no habría tenido sentido -y esto se aplica también al presente caso- examinar la cuestión de la protección del feto y la posible violación del artículo 2, ni utilizar este razonamiento para concluir que no había habido violación de dicha disposición.

11. Es posible recurrir a la ley del Estado demandado, no porque sea un modelo a imponer a otros, sino porque está directamente en cuestión en el presente caso. Ya en 1990, el *Conseil d'Etat* sostuvo que la Ley francesa de interrupción voluntaria del embarazo (que el Consejo Constitucional había declarado inconstitucional en su decisión nº 74-54 DC, de 15 de enero de 1975, al tiempo que declinaba su competencia para examinar su compatibilidad con el Convenio) no era incompatible con el artículo 2 del Convenio ni con el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que dispone: "Todo ser humano tiene el derecho intrínseco a la vida. Este derecho estará protegido por la ley..."). Sobre todo, el *Conseil d'Etat* reconoció así sin ambigüedad, aunque implícitamente, que dicha Ley entraba en el ámbito de aplicación del artículo 2 (véase su decisión de 21 de diciembre de 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, *Recueil Lebon*, p. 369, y las alegaciones del Sr. Bernard Stirn, que la aclaran).

12. En mi opinión, esta sentencia del más alto tribunal administrativo francés demuestra que una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se afirmara claramente que el "final de la vida" de un nonato entra en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Convenio no amenazaría -al menos no en esencia- la legislación interna de un gran número de países europeos que hace legal la interrupción voluntaria del embarazo, sujeta, por supuesto, al cumplimiento de determinadas condiciones. En varios Estados europeos, se ha considerado que dicha legislación es compatible con la Constitución nacional e incluso con el artículo 2 del Convenio. Así lo declaró el Tribunal Supremo noruego en 1983. El Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Constitucional español también han aceptado que el derecho a la vida, protegido por el artículo 2 del Convenio, puede aplicarse al embrión o al feto (la cuestión de si ese derecho es *absoluto es un* tema aparte). Estos son ejemplos de decisiones en las que los más altos tribunales de



Los distintos países han reconocido que el derecho a la vida, ya esté recogido en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o consagrado en principios constitucionales internos de contenido y alcance similares, *se aplica* al feto, sin ser absoluto. ¿Hay alguna razón para que el Tribunal, que aspira a desempeñar el papel de tribunal constitucional dentro del ordenamiento europeo de derechos humanos, sea menos audaz?

13. Obviamente, si el Tribunal decidiera que el artículo 2 es aplicable, ya sea por su redacción o por su contenido, tendría que examinar *en cualquier caso* (y no sólo en función de los hechos del caso concreto, como aquí) si se ha cumplido o no. Pero esto tampoco debería preocuparle. En la citada sentencia *Boso*, aplicó el criterio del "justo equilibrio" a la ley impugnada, de modo que habría tenido que llegar a la conclusión contraria si la legislación hubiera sido diferente y no hubiera logrado un justo equilibrio entre la protección del feto y los intereses de la madre. Potencialmente, por tanto, el Tribunal revisa el cumplimiento del artículo 2 en todos los casos en los que se destruye la "vida" del feto.

14. Del mismo modo, podría afirmarse que, dado que el artículo 15 del Convenio establece que no se puede hacer ninguna excepción al artículo 2, sería absurdo que el Tribunal considerara que el artículo 2 no es absoluto o que está sujeto a excepciones implícitas distintas de las establecidas exhaustivamente en su segundo párrafo. Esto abogaría a favor de sostener que el artículo 2 no se aplica al niño por nacer (ya que el niño por nacer no es una de las excepciones establecidas en el segundo párrafo). Sin embargo, ninguno de estos dos argumentos me convence. La norma de no derogación sólo prohíbe a los Estados Partes que derogan el Convenio en tiempo de guerra u otra emergencia pública, como tienen derecho a hacer en virtud del artículo 15, infringir el artículo 2. Sin embargo, es evidente que las situaciones y circunstancias excepcionales no son aplicables al niño por nacer. Sin embargo, es evidente que este tipo de situaciones y circunstancias excepcionales no guardan relación alguna con el asesinato de un nonato. Más desconcertante desde una perspectiva lógica es un argumento basado en la propia redacción del artículo 2. Sin embargo, no sólo el Tribunal ya se ha pronunciado al respecto (como hizo indiscutiblemente en el asunto *Boso*), sino que el artículo 2 no puede interpretarse de manera concluyente en el sentido de que prohíbe claramente todas las interrupciones voluntarias del embarazo, aunque sólo sea porque varios Estados contratantes han ratificado el Convenio sin ningún problema aparente, a pesar de poseer ya una legislación que permite la interrupción voluntaria en determinadas circunstancias. Aún más convincente para una interpretación evolutiva del artículo 2 es el hecho de que un gran número de países europeos aprobaron en los años setenta una legislación que permitía la interrupción voluntaria del embarazo dentro de un marco estricto.

15. Por lo que se refiere a los posibles efectos de considerar aplicable el artículo 2, tal vez podría objetarse, por el contrario, que el presente caso puede distinguirse de los casos de interrupción voluntaria del embarazo y que la destrucción de un feto como consecuencia de un error médico, o de cualquier otro acto u omisión negligente, es diferente de la interrupción a petición de la madre en

angustia. En otras palabras, quienes, en nombre de la libertad de elección de la mujer, defienden el principio de la interrupción voluntaria del embarazo podrían temer que dicha legislación corriera indirectamente peligro si se considerara aplicable el artículo 2. Es cierto que la "enmienda Garraud", que se menciona en la sentencia y que finalmente fue retirada del Parlamento, fue objeto de una feroz oposición por parte de sectores de la sociedad francesa, en particular (pero no únicamente) los partidarios de la Ley de interrupción voluntaria del embarazo, precisamente por este motivo (ya que pretendía crear un delito de interrupción involuntaria del embarazo).

16. Sin embargo, no creo que tales temores estén legítimamente justificados, aunque sólo sea porque una mujer que pierde a su hijo no nacido en contra de sus deseos y ve truncadas sus esperanzas de maternidad se encuentra en una situación totalmente distinta a la de una mujer resignada -aunque también en circunstancias de sufrimiento y duelo- a pedir que se ponga fin a su embarazo. En cualquier caso, no es una decisión judicial (sobre la aplicabilidad o no del artículo 2 del Convenio) la que resolverá este debate ético, y menos aún la que justificará las opciones políticas de la sociedad. Además, puesto que el *asunto Vo c. Francia* no obliga a los Estados a ofrecer protección *penal* contra el riesgo de pérdida del feto (y en eso estoy de acuerdo), no aboga, en cualquier caso, a favor de tipificar como delito la interrupción involuntaria del embarazo.

17. En resumen, no veo ninguna buena razón jurídica ni ninguna consideración política decisiva para no aplicar el artículo 2 en el presente caso. A nivel general, creo (al igual que muchos órganos judiciales superiores de Europa) que hay vida antes del nacimiento, en el sentido del artículo 2, que la ley debe, por tanto, proteger dicha vida, y que si un legislador nacional considera que dicha protección no puede ser absoluta, entonces sólo debe establecer excepciones a la misma, en particular en lo que se refiere a la interrupción voluntaria del embarazo, dentro de un marco regulado que limite el alcance de la excepción. Las circunstancias concretas del caso de la Sra. Vo hacían aún más apropiado considerar que el artículo 2 era aplicable: estaba embarazada de seis meses (compárese esto -a título meramente ilustrativo- con la opinión del Tribunal Constitucional Federal alemán de que la vida comienza a los catorce días de gestación), existían todas las perspectivas de que el feto naciera viable y, por último, el embarazo se interrumpió claramente por un acto de negligencia, en contra de los deseos de la demandante.

18. No tengo nada más que añadir, ya que, con pequeñas diferencias, estoy de acuerdo con lo que dice la sentencia al considerar que no ha habido violación del artículo 2.



OPINIÓN DISCREPANTE DEL JUEZ RESS

(Traducción)

1. La obligación positiva de Francia de proteger a los niños no nacidos contra el homicidio involuntario, es decir, contra los actos negligentes que puedan causar la muerte del niño, sólo puede cumplirse si el Derecho francés dispone de procedimientos eficaces para evitar que se repitan tales actos. En este punto, no puedo estar de acuerdo con la opinión expresada por la mayoría de que una acción por daños y perjuicios ante los tribunales administrativos (por la supuesta negligencia del médico del hospital) proporcionaba al feto una protección adecuada y eficaz contra la negligencia médica. Como señaló el Juez Rozakis, junto con los Jueces Bonello y Strážnická, en su voto parcialmente discrepante en el asunto *Calvelli y Ciglio c. Italia* ([GC], nº 32967/96, TEDH 2002-I), una acción por daños y perjuicios pecuniarios e incluso no pecuniarios no será capaz en todas las circunstancias de proteger contra la privación involuntaria de la vida, especialmente en un caso como el presente en el que una madre perdió a su hijo como consecuencia de la negligencia de un médico. Aunque acepté el resultado del caso *Calvelli y Ciglio*, que se basaba en el hecho de que los demandantes habían aceptado una indemnización en virtud de un acuerdo amistoso, en ese caso se inició un procedimiento penal (aunque no continuó porque el delito había prescrito).

No es la retribución lo que hace deseable la protección del Derecho penal, sino la disuasión. En general, es a través del Derecho penal como la sociedad transmite de forma más clara y estricta los mensajes a sus miembros e identifica los valores más necesitados de protección. La vida, que es uno de los valores, si no el principal, protegidos por el Convenio (véanse *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, §§ 92-94, TEDH 2001-II, y *McCann y otros contra el Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1995, serie A nº 324, pp. 45-46, § 147), requerirá en principio la protección del Derecho penal si se quiere salvaguardarla y defenderla adecuadamente. La responsabilidad financiera de pagar una indemnización es sólo una forma secundaria de protección. Además, los hospitales y los médicos suelen estar asegurados contra tales riesgos, de modo que se reduce la "presión" sobre ellos.

2. Se podría considerar que la imposición de una sanción disciplinaria a un médico podría considerarse equivalente a la imposición de una sanción penal en determinadas circunstancias. Las medidas disciplinarias se consideraron un medio alternativo para desalentar la negligencia en *Calvelli y Ciglio* (citados anteriormente, § 51). Sin embargo, está igualmente claro que, por desagradables que puedan ser profesionalmente las consecuencias, una sanción disciplinaria no equivale a una condena general (*Unwerturteil*). Las sanciones disciplinarias dependen de condiciones totalmente específicas de la profesión de que se trate (los organismos se autorregulan) y, en general, no tienen el efecto disuasorio necesario para proteger un valor tan importante como la vida. No obstante, cabe preguntarse

si en el presente caso una sanción disciplinaria por un error tan grave podría haber tenido un efecto disuasorio suficiente. Sin embargo, aquí es donde radica el problema, ya que las autoridades no incoaron en ningún momento un procedimiento disciplinario contra el médico. Para un error tan grave como el cometido por el Dr. G., dicho procedimiento disciplinario acompañado de una medida adecuada podría al menos haber enviado una señal adecuada a la profesión médica para evitar que se repitieran sucesos tan trágicos. No creo que sea necesario decir que Francia necesita una legislación penal. Sin embargo, sí necesita adoptar medidas disciplinarias estrictas para cumplir con su obligación de ofrecer una protección eficaz de la vida del feto. En mi opinión, por tanto, no hubo protección efectiva.

3. Para llegar a esa conclusión, parece necesario averiguar si el artículo 2 se aplica al feto. Estoy dispuesto a aceptar que puede haber diferencias aceptables en el nivel de protección otorgado a un embrión y a un niño después de su nacimiento. No obstante, ello no justifica la conclusión (véase el apartado 85 de la sentencia) de que no es posible responder en abstracto a la cuestión de si el nonato es una persona a efectos del artículo 2 del Convenio. Toda la jurisprudencia del Tribunal y las decisiones de la Comisión (véanse los apartados 75 a 80) se basan en el argumento de "suponer que" (*in eventu*). Ahora bien, la falta de una respuesta clara ya no puede justificarse por razones de economía procesal. El problema de la protección del embrión a través del Convenio tampoco puede resolverse únicamente mediante la protección de la vida de la madre. Como ilustra este caso, el embrión y la madre, como dos "seres humanos" distintos, necesitan una protección separada.

4. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 31 § 1) exige que los tratados se interpreten conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. El sentido corriente sólo puede establecerse a partir del texto en su conjunto. Históricamente, los juristas han entendido que la noción de "toda persona" ("*toute personne*") incluye al ser humano antes del nacimiento y, sobre todo, que la noción de "vida" abarca toda la vida humana a partir de la concepción, es decir, desde el momento en que se desarrolla una *existencia independiente* hasta que termina con la muerte, siendo el nacimiento sólo una etapa de ese desarrollo.

La estructura del artículo 2 y, sobre todo, las excepciones establecidas en su apartado 2, parecen indicar que las personas sólo tienen derecho a la protección en virtud del mismo una vez que han nacido y que sólo después del nacimiento se considera que tienen derechos en virtud del Convenio. Habida cuenta del "objetivo" del Convenio de proporcionar una protección ampliada, éste no parece ser un argumento concluyente. En primer lugar, un feto puede gozar de protección, especialmente en el marco del artículo 8 § 2 (véase *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 45, ECHR 2003-III). Además, las decisiones de la Comisión y del Tribunal contienen indicaciones de que el artículo 2 es aplicable a



52VO/FRANCIA SENTENCIA -
OPINIÓN DISIDENTE DEL
JUEZ RESS

el feto. En todos los asuntos en los que se ha examinado esta cuestión, la Comisión y el Tribunal han desarrollado un concepto de limitación implícita o de justo equilibrio entre los intereses de la sociedad y los intereses del individuo, es decir, de la madre o del feto. Es cierto que estos conceptos se desarrollaron en relación con la legislación sobre la interrupción voluntaria, pero no involuntaria, del embarazo. Sin embargo, es evidente que no habrían sido necesarios si las instituciones del Convenio hubieran considerado desde el principio que el artículo 2 no podía aplicarse al feto. Aunque la Comisión y el Tribunal hayan dejado formalmente abierta la cuestión, tal estructura jurídica demuestra que ambas instituciones se inclinaban por adoptar el significado ordinario de "vida humana" y "toda persona" en lugar del otro significado.

Del mismo modo, la práctica de los Estados contratantes, prácticamente todos los cuales tenían problemas constitucionales con sus leyes sobre el aborto (interrupción voluntaria del embarazo), muestra claramente que la protección de la vida también se extiende en principio al feto. Las leyes específicas sobre el aborto voluntario no habrían sido necesarias si el feto no tuviera una vida que proteger y dependiera plenamente hasta el nacimiento de los deseos irrestrictos de la madre embarazada. Casi todos los Estados contratantes han tenido problemas porque, en principio, la protección de la vida en virtud de su derecho constitucional también se extiende a la fase prenatal.

5. Es obvio que la premisa del debate sobre las garantías genéticas en una serie de convenios recientes y la prohibición de la clonación reproductiva de "seres humanos" en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 3 § 2, inciso final) es que la protección de la vida se extiende a la fase inicial de la vida humana. El Convenio, que fue concebido como un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales de la sociedad, debe tener en cuenta esta evolución para confirmar el "sentido corriente", de conformidad con el artículo 32 del Convenio de Viena.

Incluso si se asume que el significado ordinario de "vida humana" en el artículo 2 del Convenio no está del todo claro y puede interpretarse de diferentes maneras, la obligación de proteger la vida humana requiere una protección más amplia, sobre todo teniendo en cuenta las técnicas disponibles para la manipulación genética y la producción ilimitada de embriones para diversos fines. La forma en que se interpreta el artículo 2 debe evolucionar de acuerdo con estos avances y limitaciones y hacer frente a los peligros reales a los que se enfrenta actualmente la vida humana. Cualquier restricción a una interpretación tan dinámica debe tener en cuenta la relación entre la vida de una persona que ha nacido y la vida por nacer, lo que significa que sería inaceptable proteger al feto en detrimento de la madre.

6. El hecho de que diversas disposiciones del Convenio contengan garantías que, por su naturaleza, no pueden extenderse al no nacido, no puede modificar esta posición. Si, por su propia naturaleza, el ámbito de aplicación de tales disposiciones sólo puede extenderse a

personas físicas o jurídicas, o a las personas que han nacido o son adultas, ello no impide concluir que otras disposiciones, como la primera frase del artículo 2, incorporan la protección de la vida de los seres humanos en la fase inicial de su desarrollo.

7. Cabe señalar que el presente caso no guarda relación alguna con las leyes sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Se trata de una cuestión distinta que es fundamentalmente diferente de la interferencia, en contra de los deseos de la madre, en la vida y el bienestar de su hijo. El presente caso se refiere a un acto ilícito cometido por un tercero que tiene como consecuencia la pérdida de un feto, cuando no la muerte de la madre, mientras que el aborto voluntario se refiere únicamente a la relación entre la madre y el hijo y a la cuestión de su protección por parte del Estado. Aunque sostener que el artículo 2 se aplica a la vida humana antes del nacimiento puede tener repercusiones en las leyes que regulan la interrupción voluntaria del embarazo, ello no es motivo para afirmar que el artículo 2 no es aplicable. Todo lo contrario.

Además, en el presente caso no es necesario decidir cuándo comienza la vida. Se observó que el feto de 21 semanas era viable, aunque creo que la noción de viabilidad no puede limitar la obligación positiva de los Estados de proteger al feto contra la interferencia y la negligencia de los médicos.

8. No puede existir un margen de apreciación sobre la cuestión de la aplicabilidad del artículo 2. En mi opinión, puede existir un margen de apreciación para determinar las medidas que deben adoptarse para cumplir la obligación positiva que surge porque el artículo 2 es aplicable, pero no es posible restringir la aplicabilidad del artículo 2 por referencia a un margen de apreciación. La cuestión de la interpretación o aplicabilidad del artículo 2 (un derecho absoluto) no puede depender de un margen de apreciación. Si el artículo 2 es aplicable, cualquier margen de apreciación se limitará a sus efectos.

9. Dado que considero que el artículo 2 se aplica a los seres humanos incluso antes de nacer, interpretación que me parece coherente con el planteamiento de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y dado que Francia no ofrece una protección suficiente al feto frente a los actos negligentes de terceros, considero que se ha producido una violación del artículo 2 del Convenio. En cuanto a las medidas concretas necesarias para cumplir esta obligación positiva, corresponde al Estado demandado, que debería adoptar medidas disciplinarias estrictas o bien ofrecer la protección del derecho penal (contra el homicidio involuntario).



SENTENCIA 54VO/FRANCIA

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DEL JUEZ MULARONI APOYADO POR EL JUEZ STRÁŽNICKÁ

(Traducción)

No puedo estar de acuerdo con la conclusión de la mayoría de que no ha habido violación del artículo 2 del Convenio porque el demandante podría haber interpuesto una acción por negligencia ante los tribunales administrativos por los daños causados por el médico del hospital (véase el apartado 91 de la sentencia). Según la mayoría, puesto que el demandante no interpuso tal acción, no hubo violación del artículo 2.

Estoy de acuerdo con la mayoría en que es necesario considerar "si la protección jurídica otorgada a la demandante por Francia con respecto a la pérdida del feto que esperaba satisfacía los requisitos procesales inherentes al artículo 2 del Convenio" (véase el apartado 85 de la sentencia) y que "la primera frase del artículo 2, que es una de las disposiciones más fundamentales del Convenio y también consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas que componen el Consejo de Europa (véase *McCann y otros c. el Reino Unido, sentencia de 27 de septiembre de 1995, serie A, n° 324, pp. 45-46, § 147*) exige que el Estado no sólo se abstenga de la privación "intencionada" de la vida, sino que también adopte las medidas apropiadas para garantizar la protección jurídica de la demandante. el Reino Unido, sentencia de 27 de septiembre de 1995, Serie A n° 324, pp. 45-46, § 147), exige que el Estado no sólo se abstenga de la privación "intencionada" de la vida, sino que también adopte las medidas adecuadas para salvaguardar la vida de las personas bajo su jurisdicción (véase, entre otras autoridades, *L.C.B. contra el Reino Unido, sentencia de 9 de junio de 1998, Recopilación de sentencias y decisiones 1998-III, p. 1403, § 36*)" (véase el apartado 88 de la sentencia).

Sin embargo, yo llego a conclusiones totalmente distintas.

Observo que en diciembre de 1991, cuando la demandante y su pareja presentaron una querrela criminal, junto con una solicitud de constitución en parte civil, alegando lesiones involuntarias de la demandante que implicaban una incapacidad laboral total durante un período no superior a tres meses y el homicidio involuntario de su hijo, el *Conseil d'Etat* aún no había abandonado su postura de que un servicio hospitalario sólo podía incurrir en responsabilidad en casos de negligencia grave (véase el apartado 57 de la sentencia - alegaciones del Gobierno).

Es cierto que, como señala la mayoría, el demandante podría haber intentado entablar una acción por daños y perjuicios contra las autoridades antes de que prescribiera. Sin embargo, me parece que el Tribunal de Justicia puede estar exigiendo demasiado de este demandante cuando se recuerda que la posición adoptada por el Tribunal de Casación en su sentencia de 30 de junio de 1999, y que posteriormente siguió en sus sentencias de 29 de junio de 2001 (en Pleno) y de 25 de junio de 2002 (véase el apartado 29 de la sentencia), distaba mucho de estar consolidada, como atestiguan las resoluciones contrarias de los tribunales de apelación, las alegaciones de los abogados generales ante el Tribunal de Casación y, por último, la crítica casi universal que suscitó entre los comentaristas jurídicos (véase el apartado 31 de la sentencia). Dado que era dudoso que

La demandante, tras haber tenido éxito en una acción ante los tribunales administrativos, inició un procedimiento penal en virtud de las dos únicas disposiciones del Código Penal que tenía a su disposición. Dijo al Tribunal que eligió esa vía porque una investigación penal ayudaría en la tarea de establecer la responsabilidad (véase el apartado 50 de la sentencia). Esta explicación es totalmente lógica: es precisamente lo que hace la mayoría de las víctimas de delitos en los países que ofrecen la posibilidad de elegir entre un procedimiento ante los tribunales penales o ante los tribunales civiles o administrativos.

Podría afirmarse que el ordenamiento jurídico francés no ofrecía a la demandante ningún recurso "efectivo" cuando se produjeron estos tristes acontecimientos.

No obstante, supongamos que la demandante podía elegir entre la vía penal y la vía administrativa. Dado que una víctima no puede reclamar dos veces la reparación de su perjuicio, me parecería desproporcionado criticar a la demandante por no haber ejercido simultáneamente ambas vías de recurso. Además, supondría apartarse de la jurisprudencia del Tribunal.

Según la jurisprudencia de las instituciones del Convenio, cuando el solicitante puede elegir entre varias vías de recurso, debe aplicarse el artículo 35 para reflejar las realidades prácticas de la situación del solicitante con el fin de garantizar la protección efectiva de los derechos y libertades garantizados por el Convenio (véase *Allgemeine Gold- und Silberscheideanstalt A.G. contra el Reino Unido*, nº 9118/80, Decisión de la Comisión de 9 de marzo de 1983, Decisiones e Informes (DR) 32, p. 165). El solicitante debe haber utilizado normalmente los recursos internos que puedan ser eficaces y suficientes. Cuando se ha intentado un recurso, no es necesario utilizar otro recurso que tenga esencialmente el mismo objetivo (véase *Wójcik c. Polonia*, nº 26757/95, Decisión de la Comisión de 7 de julio de 1997, DR 90-A, p. 28; *Günaydin c. Turquía* (dec.), nº 27526/95, 25 de abril de 2002; y *Anagnostopoulos c. Grecia*, nº 54589/00, § 32, Decisión de la Comisión de 9 de marzo de 1983, DR 32, p. 165). 54589/00, § 32, 3 de abril de 2003). Además, el solicitante sólo está obligado a recurrir a las vías de recurso disponibles y suficientes, es decir, capaces de proporcionar una reparación a sus reclamaciones (véase *Airey v. Ireland*, sentencia de 9 de octubre de 1979, Serie A nº 32, p. 11, § 19, y *Deweert v. Belgium*, sentencia de 27 de febrero de 1980, serie A nº 35, p. 16, § 29).

También quiero señalar que la cuantía en juego en el asunto *Anagnostopoulos* (antes citado) era de 15.000 dracmas (aproximadamente 44 euros), mientras que en el presente caso se trata de un nonato.

La mayoría hace varias referencias a *Calvelli y Ciglio c. Italia* ([GC], nº 32967/96, TEDH 2002-I), en el que el Tribunal declaró (en el apartado 51): "[S]i la vulneración del derecho a la vida o a la integridad personal no se causa intencionadamente, la obligación positiva impuesta por

El artículo 2 de establecer un sistema judicial eficaz no requiere necesariamente la provisión de un recurso penal". Y añadía: "En el ámbito específico de la negligencia médica, la obligación también puede satisfacerse, por ejemplo, si el ordenamiento jurídico ofrece a las víctimas un recurso ante los tribunales civiles, ya sea solo o conjuntamente con un recurso ante los tribunales penales, que permita establecer la eventual responsabilidad de los médicos implicados y obtener cualquier reparación civil adecuada, como una orden de indemnización por daños y perjuicios y la publicación de la decisión. También pueden preverse medidas disciplinarias".

Considero que las diferencias entre las soluciones aportadas por los dos ordenamientos jurídicos internos deben pesar más que las similitudes. En *Calvelli y Ciglio*, los demandantes - padre y madre de un recién nacido fallecido a los dos días de nacer - habían iniciado un procedimiento penal que finalizó cuando prescribió el delito de homicidio involuntario que se imputaba al obstetra. Sin embargo, los demandantes pudieron citar al médico a comparecer ante los tribunales civiles después de que fuera condenado en primera instancia en los tribunales penales casi siete años después de la muerte del niño y, con el procedimiento civil aún pendiente, llegaron a un acuerdo con las aseguradoras del médico y de la clínica en relación con los daños que habían sufrido. El Tribunal reconoció que el sistema jurídico italiano ofrecía a los demandantes una alternativa eficaz a los procedimientos penales (*Calvelli y Ciglio*, antes citada, §§ 54-55) que permitía al Estado demandado cumplir las obligaciones positivas que le incumbían en virtud del artículo 2 del Convenio. En mi opinión, no puede decirse lo mismo de su homólogo francés en el presente caso.

He de confesar que, de haber sido yo quien juzgara en *Calvelli y Ciglio*, sin duda habría coincidido con la opinión parcialmente disidente de los Jueces Rozakis, Bonello y Strážnická. Sin embargo, aunque hubiera estado de acuerdo con la mayoría, no me parece que su conclusión en *Calvelli y Ciglio* pueda transponerse al presente asunto, en el que el plazo de prescripción de una acción ante los tribunales administrativos, que en aquel momento era de cuatro años a partir de la fecha de estabilización de los daños, había expirado en el momento en que finalizó el procedimiento penal. La demandante no obtuvo reparación alguna de su perjuicio, ni siquiera por el delito de lesiones involuntarias, por el que el médico fue amnistiado por la ley de 3 de agosto de 1995.

Concluyo que, a la luz de la pérdida del hijo que esperaba, la protección jurídica que Francia concedió a la demandante no satisfacía los requisitos procesales inherentes al artículo 2 del Convenio.

Obviamente, dado que no acepto el razonamiento que llevó a la mayoría a sostener que no había habido violación del artículo 2 por motivos procesales y que, por tanto, era innecesario determinar si el artículo 2 era aplicable, debo explicar por qué considero que dicha disposición es aplicable y ha sido violada.

Hasta ahora, aunque las instituciones del Convenio se han abstenido de decidir si el artículo 2 se aplica o no a los niños no nacidos (véanse los apartados 75-80 de la sentencia), no han excluido la posibilidad de que

que el feto puede gozar de cierta protección en virtud del artículo 2, primera frase (véase *H. c. Noruega*, nº 17004/90, Decisión de la Comisión de 19 de mayo de 1992, DR 73, p. 167, y *Boso c. Italia* (dec.), nº. 50490/99, ECHR 2002-VII).

En primer lugar, creo necesario tener en cuenta que la tarea del juez nacional e internacional no siempre es fácil, sobre todo cuando un texto puede interpretarse de forma diametralmente opuesta.

Los *trabajos preparatorios* del Convenio no se pronuncian sobre el alcance de las palabras "toda persona" y "vida" ni sobre si el artículo 2 es aplicable antes del nacimiento.

Sin embargo, desde los años 50 se han producido avances considerables en la ciencia, la biología y la medicina, incluso en la etapa prenatal.

La comunidad política está empeñada, tanto a escala nacional como internacional, en tratar de determinar los medios más adecuados para proteger, incluso prenatalmente, los derechos humanos y la dignidad del ser humano frente a determinadas aplicaciones biológicas y médicas.

Considero que no es posible ignorar el importante debate que ha tenido lugar en los parlamentos nacionales en los últimos años sobre el tema de la bioética y la conveniencia de introducir o reformar la legislación sobre procreación médicamente asistida y diagnóstico prenatal, con el fin de reforzar las garantías, prohibir técnicas como la clonación reproductiva de seres humanos y proporcionar un marco estricto para las técnicas con un interés médico probado.

El Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, que se abrió a la firma el 4 de abril de 1997 en Oviedo y entró en vigor el 1 de diciembre de 1999, tiene por objeto proteger la dignidad y la identidad del ser humano y garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto de su integridad y de sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Protege la dignidad de todas las personas, incluidos los no nacidos, y su principal preocupación es garantizar que no pueda llevarse a cabo ninguna investigación o intervención que atente contra el respeto de la dignidad y la identidad del ser humano. Aunque este convenio es muy reciente, tampoco define los términos "toda persona" y "ser humano", aunque afirma su primacía en el artículo 2 en estos términos: "Los intereses y el bienestar del ser humano prevalecerán sobre los intereses exclusivos de la sociedad o de la ciencia". En cuanto al problema de la definición del término "toda persona", el informe explicativo elaborado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa señala, en su apartado 18: "A falta de un acuerdo unánime sobre la definición de estos términos entre los Estados miembros del Consejo de Europa, se ha decidido dejar que el derecho interno los defina a efectos de la aplicación del presente Convenio."

Además, observo que este convenio contiene indudablemente disposiciones sobre la fase prenatal (véase, por ejemplo, el capítulo IV - Genoma humano). En virtud del artículo 29 del convenio, se pueden presentar solicitudes al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que emita dictámenes consultivos sobre su interpretación. Los Estados contratantes no impusieron ninguna restricción a la

alcance de tales remisiones limitando la competencia del Tribunal de Justicia a las cuestiones surgidas con posterioridad al nacimiento.

Aunque los textos no digan nada o estén llenos de referencias cruzadas, el demandante tiene derecho a una respuesta.

En segundo lugar, subrayo que el Tribunal de Justicia debe pronunciarse sobre el caso concreto que se le ha sometido. El recurso se refiere a la interrupción de un embarazo como consecuencia de una negligencia médica que causó la pérdida de un feto de entre 20 y 24 semanas, en contra de la voluntad de la madre.

A este respecto, considero que no debe pasarse por alto el hecho de que el feto del presente caso tenía casi la misma edad que los fetos que han sobrevivido y que los avances científicos permiten hoy saber prácticamente todo sobre un feto de esa edad: su peso, su sexo, sus medidas exactas y si tiene alguna deformidad o problema. Aunque todavía no tiene una existencia independiente de la de su madre (aunque dicho esto, en los primeros años de su vida, un niño tampoco puede sobrevivir solo sin alguien que lo cuide), creo que es un ser separado de su madre.

Aunque la personalidad jurídica sólo se adquiere con el nacimiento, esto no significa, a mi juicio, que no deba reconocerse ni protegerse el "derecho de toda persona a la vida" antes del nacimiento. De hecho, me parece que se trata de un principio compartido por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, ya que la legislación nacional que permite la interrupción voluntaria del embarazo no habría sido necesaria si no se considerara que el feto tiene una vida que debe ser protegida. Por lo tanto, el aborto constituye una excepción a la regla de que el derecho a la vida debe ser protegido, incluso antes del nacimiento.

En cualquier caso, este asunto es totalmente ajeno a las leyes nacionales sobre el aborto de los Estados, que han sido objeto durante mucho tiempo de solicitudes a las instituciones del Convenio y se han considerado conformes con el Convenio (véanse los apartados 75-80 de la sentencia).

Considero que, al igual que otras disposiciones del Convenio, el artículo 2 debe interpretarse de forma evolutiva para poder hacer frente a los grandes peligros a los que se enfrenta actualmente la vida humana. Esto se hace necesario por el potencial que existe para la manipulación genética y el riesgo de que los resultados científicos se utilicen para un fin que menoscabe la dignidad y la identidad del ser humano. Por otra parte, el Tribunal ha declarado a menudo que el Convenio es un instrumento vivo, que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales (véanse, entre otras autoridades, *Tyrer c. el Reino Unido*, sentencia de 25 de abril de 1978, serie A n.º 26, pp. 15-16, § 31; *Loizidou c. Turquía* (cuestiones preliminares objeciones), sentencia de 23 de marzo de 1995, serie A n.º 310, p. 26, § 71; y *Mazurek v. Francia*, no. 34406/97, § 49, ECHR 2000-II).

Por lo tanto, considero que el artículo 2 del Convenio es aplicable en el presente caso y ha sido violado, ya que el derecho a la vida no ha sido protegido por la ley del Estado demandado.