

ISSN 0719-482X (versión en línea)

R E V I S T A

TRIBUNA

INTERNACIONAL^{M.R.}

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 4 / N° 8 / 2015

FACULTAD DE
DERECHO

UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Ennio Vivaldi Véjar
Av. Alameda Libertador Bernardo O'Higgins
1058, Santiago

Representante legal

Davor Harasic Yaksic
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Director Departamento Derecho Internacional

Edmundo Vargas Carreño

Director (S) Revista Tribuna Internacional

Mario Arnello Romo

Editor General Revista Tribuna Internacional

Luis Valentín Ferrada Walker

Comité Editorial

Íñigo Álvarez Gálvez (*Universidad de Chile, Chile*)
Gonzalo Aguilar (*Universidad de Talca, Chile*)
José Carlos Fernández Rosas (*Universidad Complutense de Madrid, España*)
Claudio Grossman (*American University, EE.UU.*)
Mattias Kumm (*New York University, EE.UU.*)
Hugo Llanos (*Universidad Central, Chile*)
Cecilia Medina (*Universidad Diego Portales, Chile*)
Elina Mereminskaya (*Universidad de Chile, Chile*)
Mónica Pinto (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Fundador de la Revista Tribuna Internacional

Mario Ramírez Necochea †

Revista Tribuna Internacional M.R.

Publicación del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su objetivo es fomentar la reflexión, el debate, el análisis y la comunicación sobre el derecho internacional en forma pluralista y con rigor científico. Se publica cada semestre en los meses de junio y diciembre mediante convocatoria abierta a la publicación de artículos y monografías inéditos, comentarios de jurisprudencia, reseñas y comentarios de libros, en los campos de derecho internacional público y privado, derecho internacional de los derechos humanos y relaciones internacionales, tanto en castellano como inglés.

La Revista Tribuna Internacional fue creada por Decreto Exento N° 8.466 de la Rectoría de la Universidad de Chile, de 22 de marzo del 2011.

Volumen 4/ N° 8 / 2015
www.tribunainternacional.uchile.cl
ISSN 0719-482X (versión en línea)

Departamento de Derecho Internacional
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Av. Santa María 076, 4° piso
Providencia, Santiago de Chile

Diseño y producción:

Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de la publicación, siempre que se reconozca y cite el/ la/ los/ las autor/a/es/as y la publicación, no se realicen modificaciones a la obra y no se la utilice para fines comerciales.

Un comentario sobre el caso de Gross c. Suiza (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso N° 67810/10)¹

A commentary on the case of Gross v. Switzerland (European Court of Human Rights, case N° 67810/10)

Íñigo Álvarez Gálvez

ialvarezg@u.uchile.cl

Doctor en Derecho, Profesor en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile.

Resumen: El 10 de noviembre de 2010, la Sra. Alda Gross, ciudadana suiza, demandó a la Confederación Suiza ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su demanda alegaba que el gobierno suizo había violado su derecho a decidir cuándo y cómo poner fin a su vida (derivado del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) al rechazar su petición de recibir una dosis letal de pentobarbital sódico.

En la sentencia de 9 de abril de 2013, la Segunda Sección del Tribunal Europeo sostuvo (por cuatro votos contra tres) que el artículo 8 del Convenio había sido violado. Es cierto que después de eso el gobierno suizo solicitó el traslado del caso a la Gran Sala; y no es menos cierto que la Gran Sala consideró que se había producido un abuso del derecho de petición y, consecuentemente, declaró inadmisibile la demanda (por nueve votos contra ocho). No obstante, lo que importa es que la Segunda Sección tuvo que enfrentarse al hecho de que había (de nuevo) una persona que reclamaba su derecho a morir. Mi propósito en este artículo es comentar algunos aspectos importantes de este asunto.

Palabras claves: Suicidio asistido – derecho a morir – deberes positivos.

Abstract: On 10 November 2010, Ms. Alda Gross, a Swiss national, brought an action against the Swiss Confederation before the European Court of Human Rights. In her application she alleged that the Swiss Government had violated her right to decide when and how to end her life (derived from Article 8 of the European Convention on Human Rights) by rejecting her request to be provided with a lethal dose of sodium pentobarbital.

In the judgment delivered on 9 April 2013 the Second Section of the European Court held (by four votes to three) that Article 8 of the Convention had been violated. It is true that after that the Swiss Government requested the referral of the case to the Grand Chamber; and it is certainly true that the Grand Chamber considered that there had been an abuse of the right of petition and, accordingly, held (by nine votes to eight) that the application was

¹ Comentario jurisprudencial enviado el 28.09.2015 y aceptado el 13.12.2015.

inadmissible. Nevertheless what matters is that the Second Section had to face up to the fact that there was (again) one person claiming the right to die. My aim in this article is to comment on some critical aspects of this subject.

Keywords: *Assisted suicide – Right to die – Positive obligations.*

1. Introducción

Las páginas que siguen están dedicadas a presentar y comentar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) fallada en el caso *Gross c. Suiza* (Nº 67810/10) el 14 de mayo de 2013 en la Segunda Sección. El caso fue remitido posteriormente a la Gran Sala, que dictó sentencia el 30 de septiembre de 2014.

La referencia a la sentencia de la Gran Sala es importante, pues el caso dio un giro inesperado tras conocerse de forma imprevista e intempestiva la circunstancia de la muerte de la demandante. De resultas de ello, la Gran Sala no entró a conocer el asunto principal, sobre el que se había pronunciado la Segunda Sección, y se pronunció en cambio sobre la aplicabilidad del artículo 35.3.a) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio), que, entre otras cosas, faculta al TEDH para considerar una demanda abusiva y declararla inadmisibile. No creo que se deba dejar de hacer mención a lo fallado por la Gran Sala, pero tampoco se puede dejar de advertir que el asunto que interesa en estas páginas queda sin conocer por tal tribunal. En otras palabras, aun reconociendo que el caso *Gross c. Suiza* tiene su final en la sentencia de la Gran Sala, es oportuno, considerando el objetivo planteado en este trabajo, circunscribir el comentario a la sentencia de la Segunda Sección, pues es en ésta y no en aquélla en la que se dilucidan las cuestiones a las que se quieren hacer referencia.

Estas cuestiones tienen que ver con el derecho a decidir sobre la propia vida y con los deberes correlativos, particularmente, con los deberes positivos que afectan al Estado. Dicho de otro modo, tales cuestiones pueden resumirse en las siguientes dos preguntas: (1) En relación con el Convenio ¿de dónde puede inferirse (si es que puede hacerse) un derecho a decidir sobre la propia vida? y (2) Supuesto esto ¿qué deberes correlativos se deducen de ese derecho? (¿se deduce de este derecho algún deber positivo del Estado?).

2. Los hechos relevantes del caso

La solicitante, nacida en 1931, venía expresando reiteradamente su deseo de morir, pues no estaba dispuesta a soportar la degeneración de sus facultades físicas y mentales. En 2005 intentó suicidarse y posteriormente se sometió a un tratamiento psiquiátrico durante seis meses. Como persistió en su deseo (y para evitar nuevos fracasos) decidió buscar ayuda médica para obtener una dosis de pentobarbital sódico. Los obstáculos fueron prácticamente insalvables, como ya le habían advertido en la asociación EXIT desde el primer momento en que la Sra. Gross se puso en contacto con ellos.

El psiquiatra que la examinó en agosto de 2008, por ejemplo, consideró que la paciente era mentalmente competente y que su deseo de morir era razonado, persistente y en definitiva válido, pero se negó a proporcionarle la droga alegando que su función se limitaba a hacer la evaluación médica y no se extendía al tratamiento. Los demás médicos a los que acudió se negaron igualmente a acceder a su petición. En unos casos, se le hizo notar que el Código de Comportamiento Médico proscribía la prescripción de drogas letales para pacientes que no sufrieran ninguna enfermedad, como era su caso. En otros, se le indicó que se le podría recetar dicha dosis siempre que su abogado garantizara que no habría ninguna responsabilidad jurídica posterior (condición imposible de cumplir, lo que significaba en la práctica la negativa a acceder a su solicitud).

Por su parte, el Comité de Salud del Cantón de Zúrich, al que también acudió, invocó el artículo 8 del Convenio y la propia Constitución suiza para indicar que el Estado no tenía obligación de proporcionar los medios para que un ciudadano se suicidara (en este caso, los 15 gramos de pentobarbital sódico).

En mayo de 2009 acudió al Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich solicitando la mencionada dosis. En octubre el Tribunal rechazó su petición indicando, entre otras cosas, que la Sra. Gross no sufría ninguna enfermedad terminal, única circunstancia que permitía eximir de responsabilidad al médico que ayudara a morir a un paciente.

En la misma línea se situó el Tribunal Supremo Federal, que rechazó en abril de 2010 la solicitud de la demandante. Tomando en consideración otros casos como *Pretty c. Reino Unido* (TEDH, 29 de abril de 2002, N° 2346/02) o *Haas c. Suiza* (TEDH, 20 de enero de 2011, N° 31322/07) el Tribunal consideró, por un lado, que no existía obligación ninguna por parte del Estado de proporcionar los medios para que una persona se suicidara de manera eficaz e indolora, y observó, por otro lado, que dado que los requisitos establecidos para que un médico pudiera prescribir una dosis letal tenían como objetivo la protección de la salud pública y la seguridad, las posibles excepciones debían ser tomadas de manera muy restrictiva. En

definitiva, sin el examen médico preceptivo no era posible que la Sra. Gross recibiera la droga solicitada.

Agotada la vía interna, el 10 de noviembre de 2010 la Sra. Gross interpuso una demanda contra la Confederación Suiza ante el TEDH.

3. Las solicitudes de las partes

3.1. La solicitud de la Sra. Gross

Aunque la demandante tomó en consideración otros artículos del Convenio (como el artículo 2 sobre el derecho a la vida o el artículo 3 sobre el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes), el núcleo de su demanda gira en torno al artículo 8, sobre el derecho a la vida privada y familiar. Considera la Sra. Gross que la negativa del Estado suizo a autorizar la prescripción de la dosis letal que ella solicitaba convirtió en ilusorio su derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a su vida (incardinado en el mencionado artículo 8). En su opinión, el pentobarbital sódico es el único medio digno, eficaz e indoloro de poner fin a su vida; y dado que esta droga sólo se puede dispensar bajo prescripción médica y que los médicos no quisieron acceder a su petición para evitar problemas legales, el Estado debió asumir esa responsabilidad y autorizar la prescripción, pues, entre otras, tiene la obligación de proveer los medios para que sus ciudadanos puedan ejercer los derechos que el Convenio les otorga. Cree la Sra. Gross que el Tribunal Supremo suizo no consideró, erróneamente, que su caso podía ser entendido como una excepción (entre otras que se permiten) a la regulación general, que exige que la persona sufra una enfermedad terminal para acceder a una dosis letal. A mayor abundamiento, tal Tribunal tampoco fue capaz de entender la inexistencia de un riesgo de abuso, ni supo apreciar la ausencia de riesgo para la salud de otros. En definitiva, es claro para la demandante que al rechazar su solicitud, el Estado suizo violó su derecho a decidir cuándo y cómo poner fin a su vida, incardinado en el artículo 8 del Convenio.

3.2. La respuesta de Suiza

El Estado suizo, por el contrario, consideró que la petición de la Sra. Gross era manifiestamente infundada. A juicio de esta parte, es el Estado el facultado para regular las actividades que afectan a la vida y a la seguridad de otros y para considerar hasta qué punto los riesgos son aceptables y los posibles abusos deben ser atajados.

En relación con la violación del derecho a la vida privada no se puede olvidar que el mismo artículo 8 en su párrafo segundo estipula que la interferencia de la autoridad pública sólo es

posible cuando esté prevista por la ley y se trate de una medida necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás. Es claro para esta parte que la negativa a proporcionar a la Sra. Gross la dosis referida es acorde con la ley y es una medida necesaria a los efectos de este artículo.

Las limitaciones de acceso a drogas letales establecidas por el Estado tienen su justificación tanto en la obligación que el Estado asume de prevenir los suicidios que no están basados en la decisión de una persona libre y competente (derivado del artículo 2 del Convenio), como en el riesgo de abuso que se derivaría de una política de libre acceso (es conocido el riesgo de fomentar el turismo suicida).

Sea como fuere, el cumplimiento de este deber por parte del Estado no puede alegarse como un impedimento para que una persona se suicide, pues existen muchos otros medios eficaces de quitarse la vida (en este sentido se considera que los esfuerzos hechos por la Sra. Gross han sido muy limitados y, en definitiva, inválidos).

3.3. El planteamiento de las terceras partes

Durante el proceso intervinieron también varias asociaciones que apoyaron la posición del Estado suizo (*Alliance Defending Freedom, European Centre for Law and Justice, Americans United for Life*) o la de la Sra. Gross (*Dignitas*). Para las primeras, ni existe un derecho al suicidio asistido, ni el Estado tiene el deber de ayudar a quien desea morir; antes bien, es deber del Estado proteger la salud pública, la seguridad y los derechos de los demás, y la manera de hacerlo es controlando y limitando el uso de sustancias letales. La segunda considera, por el contrario, que el respeto completo al derecho a la autonomía exige un acceso relativamente sencillo al pentobarbital sódico y que el mejor modo de prevenir el suicidio es regular abiertamente la asistencia organizada a la muerte.

En cualquier caso, las terceras partes no aportan argumentos de peso diferentes a los mantenidos por el Estado suizo y por la Sra. Gross, de manera que, dadas las limitaciones de espacio, puede bastar con esta breve mención.

4. El análisis del tribunal de tales hechos, solicitudes y antecedentes

4.1. La posición mayoritaria

La Segunda Sección del TEDH parte de la consideración de que la petición de la Sra. Gross no es manifiestamente infundada (a los efectos del artículo 35.3 del Convenio), como pretende el Estado suizo. En efecto, para el tribunal la noción de “vida privada” referida en el artículo 8 del Convenio es amplia e incluye el derecho a la autonomía y al desarrollo personal. No hay que olvidar que cada vez de manera más acusada, producto de los avances médicos, se hace más patente el deseo de muchas personas de no verse a sí mismas mantenidas en un estado de creciente deterioro físico y mental.

Si se consideran otros casos anteriores, debe recordarse que en el caso *Pretty c. Reino Unido*, ya mencionado, se indicó que impedir que una persona evitara lo que estimaba un final de su vida indigno podría ser interpretado como una interferencia en el derecho al respeto de su vida privada estipulado en el artículo 8. Por su parte, en el caso *Haas c. Suiza*, también mencionado, se reconoció que el derecho de una persona a decidir cómo y cuándo terminar su vida era parte del derecho al respeto de su vida privada. Tomando esto en cuenta, el tribunal entiende que el deseo expresado por la Sra. Gross de que se le suministre una dosis de pentobarbital sódico encaja en el derecho al respeto por su vida privada del artículo 8. Este derecho protege a las personas frente a las interferencias arbitrarias de la autoridad pública (sólo es posible una interferencia, de acuerdo con el artículo 8.2, si está amparada por la ley y se trata de una medida necesaria). Y es claro que para proteger este derecho pueden existir obligaciones positivas que aseguren que el respeto de la vida privada es efectivo.

En el caso presente, lo que se discute en primer lugar es si el Estado ha regulado con precisión suficiente las pautas que permiten a los médicos atender peticiones como la de la Sra. Gross. En este sentido, el tribunal recuerda que el artículo 115 del Código Penal suizo castiga la inducción y la cooperación al suicidio sólo cuando se hace por motivos egoístas, y que en determinadas condiciones los médicos están autorizados para prescribir pentobarbital sódico. Y recuerda también que el Tribunal Supremo Federal se ha referido al respecto a las pautas de ética médica (establecidas por una organización no gubernamental y, por tanto, sin carácter de ley). Tomando en cuenta, por cierto, estas pautas, parece evidente que la Sra. Gross no cumple con los requisitos estipulados (entre otros, con el de sufrir una enfermedad terminal). No obstante, se debe hacer notar que el Gobierno suizo no ha hecho referencia a ningún otro tipo de pauta o regulación que pudiera servir para el caso de la Sra. Gross, lo que ha tenido un efecto paralizador en muchos médicos, que no han sabido ni han podido prever las consecuencias de su propia conducta. Debido a esta falta de pautas claras, el resultado de la petición de la Sra. Gross ha sido muy incierto y le ha provocado una situación de angustia comprensible. El tribunal entiende que no es fácil llegar a un consenso político y jurídico en

asuntos de este tipo, pero estima que eso es parte del juego democrático y no puede ser óbice para que el Estado se desentienda de la necesidad de proveer criterios claros de actuación. En conclusión, se estima que el Derecho suizo, que deja abierta la posibilidad de obtener pentobarbital sódico prescrito por un médico, no ofrece, sin embargo, pautas claras y suficientes respecto de la extensión de este derecho. De manera que, en este sentido, se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio.

Dado que, de conformidad con el principio de subsidiariedad, compete primeramente a las autoridades internas (y no al TEDH) establecer las pautas precisas y claras sobre el modo en que una persona en las circunstancias de la Sra. Gross puede acceder a una dosis de pentobarbital sódico para poner fin a su vida, el tribunal se limita a considerar que la falta de esas pautas viola el derecho al respeto de la vida privada de la demandante (establecido en el artículo 8 del Convenio) sin pronunciarse acerca del contenido de dichas pautas.

Hasta aquí el núcleo que nos interesa de la posición mayoritaria. Hay otras cuestiones que en este momento interesan menos y que señalo someramente: Por un lado, el tribunal considera que la demanda de la Sra. Gross es manifiestamente infundada (y debe ser rechazada de acuerdo con el artículo 35 del Convenio) en relación con su pretensión de que se estimen violados sus derechos a la vida y a la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes establecidos en los artículos 2 y 3 del Convenio. Por otro lado, entiende que no ha lugar a la reparación del daño (puesto que no ha sido pedido por la parte) ni a la indemnización de los gastos (toda vez que la demandante no lo solicitó dentro de plazo).

4.2. El voto discrepante de Raimondi, Jočienė y Karakaş

Los tres jueces discrepantes consideran que de acuerdo con la Ley de Productos Terapéuticos y con la Ley de Drogas el pentobarbital sódico sólo se puede conseguir con prescripción médica (sin excepciones) y que el Tribunal Supremo Federal ha establecido de manera suficientemente clara las circunstancias en las que un médico puede prescribir dicha sustancia. Es evidente, sostienen, que la demandante no cumple con el requisito de sufrir una enfermedad terminal, único que le puede facultar para obtener la dosis de pentobarbital (esto hace que no sea posible equiparar este caso con el caso *Haas v. Suiza*, ya citado, en el que la persona en cuestión sufría una enfermedad psiquiátrica). Por otro lado, es comprensible que un Estado como Suiza, que cuenta con una legislación permisiva en relación con el suicidio asistido, se dote también de medidas que minimicen el riesgo de abusos. Una de estas medidas es la que exige que exista una prescripción médica y una evaluación médica previa. Y no hay que olvidar, además, en relación con las condiciones que se establecen en el artículo 8, que el Estado está en una posición mejor que el TEDH para dar cuenta del contenido y de los límites de la moral en su propio país.

En otro orden de cosas, hay que considerar que sólo cuatro Estados europeos permiten que los médicos puedan prescribir una dosis letal a sus pacientes para que se suiciden. No hay, pues, consenso entre las Partes y eso deja un margen amplio para que cada Estado adopte la posición más acorde con su situación o sus intereses. En este sentido, en relación con la pretensión de la demandante de que se declare que la postura de Suiza hace ilusorio su derecho al respeto de su vida privada, hay que observar que dicho derecho está (como tantos otros) sujeto a restricciones en nombre del interés público. Las medidas adoptadas por Suiza forman parte de esta protección del interés público y es indiscutible que la Sra. Gross no cumple con los requisitos prescritos. De manera que no se puede considerar que su derecho se convierte en ilusorio sólo por la negativa de acceder a su petición, negativa que se puede ver amparada por las propias normas y pautas internas. El Estado suizo no se ha extralimitado, pues, en la apreciación de las circunstancias del caso y se ha atendido a lo establecido de manera precisa y clara en su normativa interna. El tribunal, por tanto, no puede obligar al Estado a adoptar otras normas o pautas más abiertas sobre el particular. No ha habido, en definitiva, violación del artículo 8 del Convenio.

Hasta aquí a sentencia de la Segunda Sección del TEDH. Como ya se dijo al principio, el caso pasó a la Gran Sala, que se pronunció el 30 de septiembre de 2014.

5. El juicio ante la Gran Sala

El caso en cuestión llegó a la Gran Sala del TEDH a solicitud del Gobierno suizo (en agosto de 2013) sobre la base de lo previsto en el artículo 43 del Convenio. Aunque lo que se debate allí se sale del asunto que nos ocupa, haré, no obstante, una referencia breve a lo sucedido.

El 7 de enero de 2014 el Gobierno suizo informó al tribunal que había llegado a su conocimiento que la demandante había fallecido el 10 de noviembre de 2011². Como este hecho nuevo no había sido conocido oportunamente ni por el Gobierno suizo ni por el tribunal, consideró esta parte que se trataba de un claro caso de abuso del derecho de petición (la parte demandante confundió al tribunal) y solicitó, en consecuencia, que se declarara la inadmisibilidad de la demanda.

La Gran Sala, en efecto, entendió que el pronunciamiento de la Segunda Sección (del 14 de mayo de 2013) se había hecho asumiendo que la demandante estaba todavía viva. Y dado que la muerte de la Sra. Gross era una circunstancia que formaba parte del núcleo del caso, consideró razonable suponer que si se hubiera conocido oportunamente habría afectado a la decisión del tribunal. Ciertamente, prosiguió la Gran Sala, no se podía obviar que la parte

² En octubre de 2011 la Sra. Gross consiguió que un médico le prescribiera 15 gramos de pentobarbital sódico, sustancia que ingirió, con ayuda de la asociación EXIT, en la fecha indicada.

demandante declaró su total ignorancia del hecho³; pero eso sólo podía servir para poner en entredicho el papel cumplido por el abogado de la Sra. Gross, que como representante legal tenía el deber de cooperar con el tribunal, informar de los hechos relevantes y no hacer declaraciones que llevaran a confusión.

En conclusión, para la Gran Sala la actitud de la parte demandante implicó una intención de confundir a la Segunda Sección sobre una circunstancia fundamental del caso y, en consecuencia, apreció un abuso del derecho en los términos establecidos por el artículo 35.3 del Convenio y declaró (por nueve votos contra ocho) la demanda inadmisibile.

El juez Silvis expresó un voto concurrente haciendo notar la importancia que tenía el que se mantuviera informado al tribunal sobre las vicisitudes del caso. En su opinión, el tribunal no tenía por qué entrar a valorar si la intención de la Sra. Gross fue o no confundir, ni tenía por qué pronunciarse acerca de cómo se estructura la relación entre abogados y clientes (tales exigencias limitarían innecesariamente el margen de apreciación del tribunal). Bastaba con considerar que el abogado asumía la responsabilidad de comunicar la información relevante y que cuando eso no ocurría se producía un abuso del derecho.

Por su parte, los jueces Spielmann, Zemele, Berro-Lefèvre, Zupančič, Hajiyev, Tsotsoria, Sicilianos y Keller emitieron un voto discrepante porque consideraron que no existía base suficiente para declarar la demanda inadmisibile por abusiva. En su opinión, el abuso del derecho sólo podía declararse en circunstancias excepcionales que, por cierto, no se apreciaban en el caso presente; ni en el abogado, que declaró su ignorancia del hecho, ni en la demandante. Por el estigma que tal calificación conllevaba y porque debía reservarse para los casos en los que se llevara al tribunal a malgastar sus esfuerzos en asuntos que escapaban a su función, habría sido más apropiado archivar la demanda (según se establece en el artículo 37 del Convenio) sin calificar el comportamiento de la Sra. Gross como abusivo. A mayor abundamiento, para los jueces discrepantes no se debería olvidar la importancia de un pronunciamiento del tribunal en casos como el presente, pues era muy posible que se dieran en el futuro próximo nuevos casos similares.

³ El abogado de la Sra. Gross indicó que no volvió a tener contacto con su cliente desde enero de 2010 y sólo supo de su muerte el 9 de enero de 2014, cuando recibió la copia de la declaración del Gobierno. Por petición expresa de su cliente, a partir de un momento la comunicación con ella fue a través de un intermediario. Fue precisamente este intermediario el que reconoció (en enero de 2014) que, a sabiendas, no dio noticia de dicho fallecimiento amparándose en el deber de secreto profesional y atendiendo a las órdenes expresas de la Sra. Gross, que quería que se resolviera el caso para que sirviera a otras personas en su situación.

6. Algunos comentarios sobre el asunto

La cuestión que nos preocupa, como indicaba al principio, es la que se refiere a la existencia de un derecho a decidir sobre la propia vida y de los deberes enlazados a él.

Dada la limitación del espacio, no se trata en estos momentos de dilucidar el origen o el fundamento de los derechos o de los derechos humanos, fundamentales, morales o como quiera denominárselos, que poco importa ahora. Baste afirmar que los derechos que aparecen en el Convenio son normas jurídicas establecidas por el poder político competente de acuerdo con un procedimiento establecido (prescindamos de todos los problemas que se derivan de la consideración de dichas competencias y de los procedimientos). Se quiere decir con ello que nos situamos en el ámbito jurídico sin pronunciarnos sobre otros ámbitos. Ciertamente los derechos del Convenio son normas jurídicas. Y ciertamente esas normas jurídicas significan (y desde luego lo significan los derechos de los que vamos a tratar) que un determinado estado de cosas *debe ser* (en principio) por encima de cualquier otra consideración, si el titular del derecho así lo manifiesta. O si se quiere decir de otro modo, tener un derecho a X significa que si quiero puedo acceder a X y que nadie me lo puede impedir (en principio). Este significado vale para todos los derechos y, por tanto, también para esos que llamamos humanos, fundamentales o morales. La diferencia, pues, entre unos y otros no está en su concepto, que es idéntico (lo mismo que es el mismo el concepto de deber sea cual sea el calificativo que le añadamos), sino en el número de casos que no pueden ser vencidos por ellos, que en el caso de los derechos ordinarios es pequeño y en el de los derechos fundamentales, humanos o morales es extremadamente pequeño.

Para lo que nos interesa, tener un derecho a morir (llamémoslo así) significa, pues, que *debe ser* el acceso del titular a ese estado de cosas que conocemos como muerte del sujeto (en principio) por encima de cualquier otra consideración, si el titular así lo manifiesta (prescindiendo también aquí de los problemas que plantea la consideración de la manifestación). En este sentido, es obvio que el Convenio no contiene ningún artículo que estipule “todos tienen derecho a morir” o algo similar. De manera que la primera cuestión que surge es la de saber si existe algún otro derecho del que ese se pueda derivar.

Creo que es adecuado entender que no se puede derivar un derecho así del derecho a la vida establecido en el artículo 2 del Convenio (y el tribunal no lo hace). En efecto, así como es posible derivar de la libertad a X la libertad a no-X, porque lo contrario es una contradicción (que convierte a la libertad en un deber), no es posible hacer lo mismo con un derecho. De la idea de que puedo acceder a X y nadie me lo puede impedir, sólo se deduce que puedo acceder

a no-X, pero no que nadie me pueda impedir acceder a no-X. Del derecho a la vida se deduce la libertad para morir, pero no el derecho a morir⁴.

Lo que, como sabemos, hace el tribunal es considerar el artículo 8 del Convenio y partir de una noción amplia de vida privada, por cierto reiterada en otras sentencias⁵. De acuerdo con ello, el concepto de vida privada incluye la autonomía y el desarrollo personal y, por lo que nos interesa, el deseo de la Sra. Gross de que se le suministre una dosis letal⁶. Una buena prueba que se puede aportar de que es posible incardinar un derecho a morir en el derecho a la vida privada es que el TEDH así lo hace. No considera el tribunal en este caso el artículo 9, que concede el derecho a la libertad de pensamiento. En mi opinión un derecho a morir tendría mejor acomodo en este artículo. La noción de vida privada se refiere a un ámbito (más o menos amplio) que pertenece al sujeto y que excluye la intromisión de otros. Ahora bien, esa noción lleva aparejada la idea de un ámbito no privado de vida (sin la cual es incomprendible), de modo que sea cual sea la actividad a la que nos referimos, siempre hay que dilucidar si esa actividad forma parte del ámbito privado o no. No quiero decir con ello que la decisión de morir no pueda formar parte de ese ámbito, pero sí que se hace necesario explicar por qué eso es así. Por el contrario, el derecho a la libertad de pensamiento no requiere de una tal explicación. Es obvio que conceder un derecho a pensar como uno quiera es otorgarle al individuo un instrumento inane, por la sencilla razón de que el sujeto ya puede pensar como le venga en gana así se encuentre sometido a la más atroz de las tiranías. Sólo tiene sentido conceder un derecho así cuando lo que se protege es precisamente la puesta en práctica de esas ideas libremente formadas. De este modo, afirmar que uno tiene derecho a la libertad de pensamiento es afirmar que tiene derecho a hacer lo que quiera sin necesidad de dilucidar si tal cosa pertenece a un ámbito privado o no (con las limitaciones comúnmente aceptadas sobre las que no es necesario pronunciarse)⁷.

En cualquiera de los casos, lo dicho sólo significa que un derecho a morir puede ser derivado de alguno de esos artículos mencionados del Convenio. No se dice con ello que todos los europeos tengan tal derecho ni que allí donde se tiene ese derecho no esté de algún modo limitado. Es obvio que los distintos Estados miembros tienen concepciones diferentes acerca del modo en que debe protegerse la vida humana. Si la afirmación del derecho a morir no tomara en cuenta esta circunstancia, habría que concluir que la mayoría de los Estados

⁴ En una línea similar, en el ya citado caso *Pretty c. Reino Unido* (§ 39), el tribunal concluyó que “no se puede interpretar, sin distorsión del lenguaje, que el artículo 2 confiere un derecho diametralmente opuesto, a saber, el derecho a morir”.

⁵ Por ejemplo, en el mismo caso *Pretty c. Reino Unido* (§ 61), donde afirmó que la noción de vida privada era amplia y abarcaba “el derecho al desarrollo personal” y declaró que las intromisiones del Estado debían estar suficientemente justificadas, en consonancia con lo estipulado por el artículo 8.2 (dicho sea de paso, en este caso consideró que la injerencia del Estado estaba justificada y era necesaria y, en consecuencia, no estimó violado el artículo 8).

⁶ En el mencionado caso *Haas c. Suiza* (§ 51) el tribunal sostuvo que el derecho a la vida privada incluía el derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a la propia vida.

⁷ En el referido caso *Pretty c. Reino Unido* (§ 82) el tribunal entendió que no todas las opiniones o convicciones estaban protegidas por el artículo 9 (sí, desde luego, las que tienen que ver con la religión). La limitación del espacio me impide entrar a fondo en el asunto, pero ciertamente no veo fácil defender esa reducción que hace el tribunal cuando el artículo menciona la libertad de pensamiento, sin más, junto a (es decir, de manera diferenciada de) la libertad de conciencia y de religión.

miembros están violando dicho derecho. Como se está muy lejos de sostener tal cosa, se entiende que aun reconociendo un derecho así los Estados tienen medios para dejarlo de lado siempre que (según se establece en los artículos 8.2 y 9.2) se haga por medio de una disposición legal y se trate de una medida necesaria (para proteger la seguridad pública, el orden, la salud, la moral pública, etc.). Como la redacción de estos artículos está hecha de una manera amplia, esto supone en la práctica que se deja en manos de los Estado la regulación de la materia. Esta misma idea que sirve para aceptar las diferentes interpretaciones de los Estados, sirve también para aceptar los límites que cada Estado imponga. Ni todos los Estados tienen por qué aceptar este derecho, ni el Estado que lo acepte tiene por qué hacerlo sin ninguna restricción. Con todo, aunque el derecho se haga depender de las disposiciones de cada Estado, no se puede desconocer el peso y la fuerza de atracción que un instrumento así tiene. Cuando se afirma un derecho son las restricciones las que requieren justificación (sobre todo si suponen la negación del mismo derecho). Eso significa que es probable que se sienta una paulatina y creciente presión por restringir las restricciones y por afirmar el derecho.

Por último, hay que considerar que afirmar que alguien tiene un derecho implica afirmar que los demás tienen un deber de abstenerse de obstaculizar el acceso del titular al estado de cosas protegido por el derecho (algo que está implícito en la misma noción de derecho). Cosa distinta ocurre con los deberes positivos. No es en absoluto claro que afirmar que alguien tiene un derecho implique afirmar que los demás (y el Estado en particular) tienen el deber de coadyuvar a que el titular acceda al estado de cosas protegido. Si nos referimos al Estado, por un lado, parece que conceder un derecho que requiere para ser efectivo de ciertos actos por parte del Estado (hacer escuelas y hospitales en relación con el derecho a la educación y a la salud), no realizar dichos actos es tanto como negar el derecho. Por otro lado, conceder un derecho y exigir del Estado cualquier acto que sea una ayuda para ejercerlo puede suponer una ampliación desmedida de tales deberes (si tengo derecho de reunión ¿puedo exigir sin más del Estado que detenga el tráfico para que pueda reunirme con dos amigos en mitad de una autopista?). Entre uno y otro extremo parece que tiene que situarse una razonable composición de los deberes positivos. Sea lo que sea de esto, lo que es claro es que la posición del tribunal se encuentra entre estos dos límites. El Estado tiene obligación de hacer que los derechos sean efectivos (y eso incluye obligaciones positivas), si bien eso no tiene por qué significar que debe hacer todo aquello que sea una ayuda para ejercer los derechos. Dilucidar qué cosas sí y cuáles no requeriría desarrollar una argumentación mucho más extensa de lo que permiten estas páginas.

Queda por ver si, como dicen los jueces discrepantes de la Gran Sala, asistiremos en un futuro próximo al aumento de demandas similares. Como es probable que sea así, por eso mismo es importante el pronunciamiento de la Segunda Sección del TEDH, por mucho que los jueces no hayan llegado a tomar una posición clara sobre el asunto y se hayan circunscrito a la cuestión de la existencia o inexistencia de pautas claras. Lo que sí parece claro, por la diferencia de interpretaciones entre los Estados miembros y por la misma división en el seno del tribunal, es que el debate está lejos de darse por cerrado.