

IMPLICACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PRIVADO*

IMPORTANCE OF HUMAN RIGHTS IN CIVIL LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 14-57

* La publicación, con notas añadidas, es una reelaboración de la conferencia pronunciada en el Congreso Carmona VIII "Mujer y Derechos Humanos". El legado de Rosario Valpuesta diez años después, celebrado en Carmona los días 2 y 3 de noviembre 2023. El Movimiento Carmona, para la feminización del Derecho privado, nació en mayo de 2009 en la ciudad de Carmona, merced a la iniciativa y el impulso de Rosario Valpuesta, Catedrática de Derecho civil y Rectora de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Desde entonces, un número creciente de juristas comprometidas y comprometidos en defender y velar por los derechos de las mujeres ha seguido trabajando en la senda de hacer visibles los problemas que más afectan al desarrollo de la vida y de las relaciones de las mujeres, y en el análisis de las respuestas, no siempre satisfactorias, que el ordenamiento jurídico proporciona. El objetivo último que persigue el Movimiento Carmona es proponer una reconstrucción del Derecho privado en el que, sin renunciar a los rasgos y caracteres propios, se introduzcan todas las visiones de la identidad personal, lo que comporta ineludiblemente los valores femeninos y la erradicación de la discriminación. Se trata de confeccionar a partir de unas bases sólidas y transversales que logren despojar a las normas jurídicas escritas, al lenguaje y a la ordenación de las relaciones humanas que se hace en el Derecho privado, del tradicional ropaje masculino con el que fue creado y que ha pervivido durante siglos.

Vincenzo
BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: El ensayo pretende destacar la importancia y el impacto de los Derechos humanos en el Derecho civil. Partiendo de la idea de que esta implicación debe analizarse tanto en el plano normativo como en el doctrinal y jurisprudencial, el trabajo se centra en este último. Eligiendo cuatro tratados diferentes, en los que la perspectiva de género tan cara al Movimiento Carmona cobra importancia capital, se analizan varias sentencias de tribunales internacionales y nacionales, con el objetivo de ilustrar tanto los casos en los que la implicación fue plena, como aquellos en los que la influencia debería haber sido mucho más significativa de lo que realmente fue. A la luz de estas consideraciones, el autor señala que la afirmación de los Derechos humanos exige una nueva hermenéutica e impone el abandono de la teoría clásica del Derecho subjetivo en favor del sistema jurídico de los remedios. La plena realización de los Derechos humanos exige no sólo cambios legislativos, sino sobre todo interpretaciones valientes encaminadas a dar plena efectividad a los Derechos humanos también en el campo de las relaciones entre particulares.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; derechos fundamentales; derecho civil; igualdad; igualdad de género; principio de no discriminación; contrato; familia; filiación; gestación por sustitución; testamentos; sucesiones.

ABSTRACT: *The essay aims to highlight the importance of human rights in civil law. Starting from the idea that this implication should be analysed at the normative level as well as at the doctrinal and jurisprudential level, the essay mainly focuses on the latter. Choosing four different treaties, in which the gender perspective assumes importance, a number of judgments of international courts and national courts are analysed, with the aim, depending on the case, of illustrating both cases in which the implication was full, and cases in which the influence should have been much more significant than it actually was. In the light of these considerations, the author points out that the affirmation of human rights requires a new hermeneutics and imposes the abandonment of the case method in favour of the remedies method. The full realisation of human rights requires not only legislative changes, but above all courageous interpretations aimed at giving full implementation to human rights from a remedial perspective.*

KEY WORDS: *Human Rights; fundamental rights; Civil Law; equality; gender equality; principle of non-discrimination; contract; family; filiation; surrogacy; wills; succession.*

SUMARIO.- I. ACOTACIONES SOBRE EL TEMA.- II. ELECCIONES DE LOS TRATADOS QUE IRÉ CONSIDERANDO AL FIN DE DEMOSTRAR LAS IMPLICACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CIVIL.- III. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ROMA, 4 DE NOVIEMBRE DE 1950.- IV. CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDM) DE 18 DICIEMBRE 1979.- V. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 20 DE NOVIEMBRE DEL 1989.- VI. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD HECHA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006.- VII. DERECHOS HUMANOS Y NUEVA HERMENÉUTICA: DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS A LA TEORÍA DE LOS REMEDIOS.

I. ACOTACIONES SOBRE EL TEMA.

El abordaje de un tema como el de la “implicación de los Derechos humanos en el Derecho Privado” es extremadamente difícil por diversas razones que están íntimamente ligadas tanto al ámbito de referencia, como al método con el que acometerlo.

En el primer sentido, la referencia a los Derechos humanos exigiría explicar qué son estos y si existe una diferencia sustancial entre ellos y los Derechos fundamentales.

El tema es extremadamente delicado y para no entrar en una disquisición en la que no puedo profundizar en este trabajo, me limito a partir de la consideración de que, en general, los Derechos humanos se refieren a los Derechos que se reconocen en los tratados y convenios internacionales, mientras que los Derechos fundamentales se refieren a los que se reconocen en las constituciones modernas. Se trata, como es obvio de una aproximación, que, además, por su propia naturaleza, está destinada a sufrir constantes interferencias, ya que en el fondo Derechos humanos y Derechos fundamentales coinciden a menudo.

Bajo otro ángulo de observación, la referencia al Derecho privado implicaría un análisis que abaricara desde el Derecho civil hasta el Derecho mercantil, desde el Derecho laboral hasta el Derecho internacional privado. Tal investigación es, por su amplitud, demasiado empeño para esta sede, por lo que me referiré más modestamente al Derecho civil, a sabiendas de que tampoco podré considerarlo en toda su complejidad, por lo que me limitaré a algunas incursiones concretas, que sólo pueden ser tomadas a ejemplos.

En cuanto al método de análisis con el que se puede investigar el tema, existen al menos tres perspectivas diferentes, cada una de las cuales es sumamente

• **Vincenzo Barba**

Catedrático de Derecho Civil Universidad de Roma “La Sapienza”. Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it.

interesante. El tema podría abordarse desde una perspectiva puramente normativa, desde una perspectiva doctrinal o desde una jurisprudencial.

En la primera perspectiva, convendría observar atentamente qué cambios se han producido en el Derecho civil como resultado de los tratados y convenios internacionales¹, con la complicación adicional de que también sería necesario elegir un sistema estatal o, en una perspectiva más amplia, más de uno, para verificar qué instituciones del Derecho civil han sufrido una transformación radical².

Desde la segunda perspectiva, conviene comprobar cómo el discurso y la argumentación de los juristas ha cambiado a medida que la afirmación de los Derechos humanos se ha vuelto manifiestamente más significativa³, también en el campo del Derecho privado.

Finalmente, en una tercera perspectiva, se podría realizar un análisis encaminado a resaltar qué influencia han tenido los Derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales y, por tanto, cuáles han sido las repercusiones concretas que se han producido, incluso independientemente de las modificaciones formales del Derecho civil.

Evidentemente, en esta última perspectiva no sólo se debe elegir esencialmente uno o más sistemas de referencia, sino que resulta imprescindible verificar cuál ha

- 1 Hay que considerar que, en el contexto de los convenios y tratados internacionales, los actos normativos de la Unión Europea cobran especial importancia, más aún si tenemos en cuenta que el propio Tribunal de Justicia, aunque con algunas salvedades, desde la famosa sentencia de 2014 [STJUE 15 enero 2014, Asunto C-176/12. Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT) (ECLI:EU:C:2014:2)], y más recientemente en la importante sentencia de 2016 [STJUE 19 abril 2016, Asunto C-441/14. Dansk Industri (DI) v. Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen (ECLI:EU:C:2016:278)] ha afirmado que el Derecho de la unión debe prevalecer sobre el Derecho nacional, incluso cuando es invocado por un particular y en un asunto contra otro particular. En la última sentencia citada leemos en el párrafo 36: “Por otra parte, se desprende del apartado 47 de la sentencia Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2) que el principio de no discriminación por razón de la edad confiere a los particulares un Derecho subjetivo invocable como tal que —aun en los litigios entre particulares— obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de aplicar las normas nacionales incompatibles con dicho principio”.
- 2 Para hacerse una idea de cuál ha sido la influencia de los derechos humanos, resulta muy útil el retrato del Derecho de familia español que propone María Paz García Rubio en su reinterpretación jurídica de la obra literaria *Cinco horas con Mario*. GARCÍA RUBIO, M.P.: “Una lectura jurídica de *Cinco horas con Mario*” (1966, “*Cinco horas con Mario*”). Edición publicada en 2018 en la colección Austral de la editorial Planeta, sello editorial Destino), en *Derecho y literatura en la novela de Miguel Delibes*, de NOEMI SERRANO ARGÜELLO, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, especialmente a partir del párrafo: “Cómo se tratan las instituciones jurídicas en la novela”.
- 3 Para darse cuenta de ello, basta considerar que, todavía en 1962, Francesco Carnelutti, en un ensayo en el que defendía la diferencia de trato entre hombres y mujeres, respecto al hecho del adulterio, que si lo cometía una mujer era un delito, mientras que si lo cometía un hombre poco menos que una travesura, escribió estas duras y, hoy, repugnantes palabras: “Ora, per quanto le donne oggi vogliono nascondere (e a me sembra una pazzia) la loro diversità dall'uomo, non possono negare che la *turbatio sanguinis* costituisca il rischio dell'adulterio della moglie e non dell'adulterio del marito: il bastardo non è il corpus unum dell'uno e dell'altro dei coniugi; e una famiglia nella quale vivono dei bastardi non è unita o, almeno, è meno unita di quella che potrebbe e dovrebbe essere” (CARNELUTTI, F.: “Fedeltà coniugale e unità della famiglia”, *Rivista di diritto civile*, 1962, I, p. 3 ss.).

sido el diálogo entre las diferentes Cortes de Justicia, es decir, el diálogo entre la jurisprudencia interna y la jurisprudencia supranacional.

Cada una de estas tres perspectivas merece una extensa reflexión, a fin de dar una imagen completa de la influencia de los Derechos humanos en el Derecho privado. Obviamente, una perspectiva tan amplia requeriría más que un estudio monográfico y no es compatible con la naturaleza de esta contribución.

Consciente de la necesidad de elegir, dedicaré las páginas siguientes a la tercera perspectiva apuntada, consciente de que no será posible eludir, aunque sea para reflejarlas de forma concisa, las otras dos. Evidentemente elijo el Derecho español y, en cierta medida, el italiano como ordenamientos jurídicos privilegiados respecto de los cuales realizar este análisis, comprobando también la importancia que ha adquirido el diálogo entre los Tribunales internos e internacionales.

Todo ello sin dejar de considerar que el discurso de los tratados y convenios internacionales no sólo no es un discurso meta positivo, sino que es un discurso que para cada ordenamiento jurídico debe ser considerado de Derecho positivo interno.

No podemos olvidar que la mayoría de los tratados internacionales de Derechos humanos forman parte integrante y sustancial de nuestros ordenamientos jurídicos. Nadie puede dudar de que estos tratados, aun ratificados por una ley ordinaria, tienen una relevancia jerárquica superior, situándose, aunque con ciertas matizaciones, en el nivel constitucional o incluso supraconstitucional.

Esto es así no sólo en el ordenamiento español, donde existe incluso una norma expresa en este sentido (art. 10.2 CE, y para un caso concreto, art. 39.4 CE), sino también en ordenamientos como el italiano que, aunque no cuentan con una norma en la Constitución de contenido similar, exigen una reinterpretación de la teoría de las fuentes que lleva a conclusiones parecidas.

De acuerdo con la teoría más acreditada sobre la interpretación del Derecho italiano, aunque todavía existen algunas resistencias, la introducción de la Constitución de 1948 y, posteriormente, la adhesión a importantes Tratados europeos e internacionales de Derechos humanos ha supuesto un radical cambio del sistema de fuentes, que ha exigido una nueva hermenéutica. El paso de un sistema de fuentes cerrado a otro complejo y abierto, unido al reconocimiento normativo de principios y valores establecidos en la Constitución y en los Tratados, no sólo exige su aplicación inmediata y directa, incluso en las relaciones horizontales (la llamada *Drittwirkung* de los Derechos fundamentales⁴), sino que impone una reinterpretación de todo el Derecho civil.

4 Me gustaría señalar que, dada la naturaleza de este trabajo, no entraré en el difícil debate sobre la eficacia directa de los Derechos fundamentales, que, como es bien sabido, se ha desarrollado a diversos niveles

II. ELECCIONES DE LOS TRATADOS QUE IRÉ CONSIDERANDO AL FIN DE DEMOSTRAR LAS IMPLICACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CIVIL.

Habiendo optado demostrar la implicación de los Derechos humanos en el Derecho civil desde una perspectiva netamente jurisprudencial, es imprescindible hacer una elección de textos internacionales, considerando la extraordinaria cantidad de tratados de Derechos humanos existentes y también con él fin de hacer la exposición un poco más ordenada.

Para dar cuenta de esta importancia en el ámbito del Derecho civil de nuestros días, consideraré, por razones de tiempo y espacio, y como muestra paradigmáticas, cuatro tratados internacionales de Derechos humanos que me parece que tienen singular relevancia en los cambios operados en nuestros respectivos ordenamientos jurídicos internos.

Esta elección conlleva dos advertencias básicas:

1) Cada Tratado o Convenio internacional de Derechos humanos nunca aborda un único aspecto y, en general, son textos normativos complejos que aspiran a regular una multiplicidad de cuestiones. No puedo considerar los tratados en su totalidad y, por lo tanto, sólo destacaré algún aspecto específico en cada uno de ellos que tenga especial relevancia para las relaciones civiles. Huelga decir que tendré en cuenta el tema de la mujer y, por tanto, el tema del género.

en el Derecho alemán y desde allí se ha extendido a otros ordenamientos jurídicos. Nadie niega que los Derechos fundamentales tengan relevancia normativa, del mismo modo que nadie pone en duda que sean una restricción para el Estado. Sobre lo que está abierto el debate, por todos conocido, es, por un lado, sobre la eficacia directa de estos Derechos fundamentales, es decir, sobre si pueden hacerse valer sin la mediación de una norma de aplicación, y admitiendo esta última posibilidad, sobre su eficacia horizontal, es decir, sobre si también pueden ser invocados directamente por un particular en una relación jurídica con otro particular. En este sentido, como es trillado, existe una posición según la cual los Derechos fundamentales no pueden aplicarse directamente porque tienen una doble naturaleza de prohibiciones de injerencia y de mandatos de protección, ambos dirigidos a los poderes públicos; existe otra posición doctrinal que defiende una eficacia horizontal mediata de los Derechos fundamentales entre particulares, lo que en otras palabras significa que será siempre necesaria la interposición del Estado entre los particulares para asegurar dicha eficacia; por último, existe una posición, a la que me adhiero por muchas razones que no pueden argumentarse adecuadamente aquí y para la que hay que remitirse a otros escritos, según la cual los Derechos fundamentales tienen eficacia directa e inmediata y, por tanto, pueden ser invocados incluso sin la mediación de una norma de aplicación. Para un resumen eficaz de la doctrina alemana, véase, FEMIA, P.: *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 3 ss.. Para un análisis de las diversas posturas véase, entre muchos: GARCÍA RUBIO, M.P.: "La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los Derechos fundamentales", en AA. VV, *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, de, Consejo General del Notariado, Madrid 2002, pp. 297-314; PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Vol. II, *Fonti e interpretazione*, 4 ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020; ALEX, R.: *Teoría de los Derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de C. Bernard Pullido*, 2º ed., Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007; ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Autonomía privada y Derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 57-122; AGUILERA RULL, A.: *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 32-65.

2) La elección de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos humanos, que he decidido tomar como paradigmáticos descansa no sólo en su importancia histórica, ni solo en la relevancia que han tenido y siguen teniendo en el reconocimiento de los Derechos de las mujeres en general, sino también teniendo en cuenta la época en que se aprobaron, con el objetivo de mostrar cómo ha ido cambiando con el paso del tiempo el enfoque y la trascendencia de los Derechos consagrados en ellos.

Los cuatro tratados que voy a considerar son los siguientes:

- 1) Convenio Europeo de Derechos Humanos, Roma, 4 de noviembre de 1950
- 2) Convención de las NU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 diciembre 1979
- 3) Convención de las NU sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989
- 4) Convención de las NU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006

Uno de los rasgos que todos estos tratados tienen en común y que, sin duda, constituye la característica más significativa de los cambios que se han producido en el Derecho civil es, a mi juicio, la impronta que conceden al principio de no discriminación. Un principio que ha ido ganando terreno a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado y lo que va de este influyendo en todos los ámbitos del Derecho privado: del Derecho de la persona al Derecho de familia, del Derecho de sucesiones al Derecho contractual, extendiéndose también al ámbito del Derecho laboral, el mercantil el Derecho internacional privado, e incluso, más allá del Derecho privado, al Derecho penal.

Aunque aún estamos lejos de la plena aplicación del principio de no discriminación en todos los recovecos del Derecho interno, los signos de su influencia en todas las ramas del Derecho civil están a la vista.

Aunque he optado por demostrar la implicación de los Derechos humanos desde una perspectiva claramente jurisprudencial, no creo que podamos dejar, aunque sea con pinceladas, de dar una idea de cómo estos Tratados y Convenciones han afectado profundamente al Derecho legislado actual.

En primer lugar, incidiendo en las propias Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que, en gran medida, han hecho suyos, como Derechos fundamentales, muchos de los Derechos humanos reconocidos en los Tratados

internacionales, hasta el punto de que algunos juristas, proclives a considerar los tratados internacionales como Derechos meta-normativos o incluso como Derecho natural, se ha afirmado que las Constituciones han positivizado el Derecho natural.

Además, este impulso normativo no se detuvo en el nivel constitucional, ya que, en muchos países europeos, tras la aprobación de los principales Tratados internacionales y europeos de derechos humanos y en cumplimiento del nuevo orden establecido en las Constituciones, se llevaron a cabo reformas normativas muy importantes.

Por considerar sólo en los aspectos normativos más macroscópicos, basta pensar en las reformas de 1981 del Derecho de familia en España y la de 1975 en Italia, tanto en lo que se refiere al cambio del papel de la mujer, como a los regímenes patrimoniales en el matrimonio; en el Derecho de la persona, al reconocimiento de los Derechos fundamentales, incluido el Derecho al aborto (despenalizado en España en unos supuestos con la L.O. 9/1984, luego con la L.O. 2/2010 y regulada ahora por la L.O. 1/2023; admitido en Italia por la L. 194/1978) y el ejercicio de los Derechos políticos, cambió el rostro de este sector del ordenamiento; por su parte, en el Derecho de sucesiones, basta pensar en la progresiva eliminación de todas las normas que preveían y, en algunos países, siguen previendo el favor del varón o del primogénito en la sucesión; en el Derecho contractual, como ejemplo muy evidente, destaca la eliminación de las limitaciones de la capacidad de la esposa para contratar.

III. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ROMA, 4 DE NOVIEMBRE DE 1950.

El principio de no discriminación, que constituye el núcleo de la Convención de las Naciones Unidas de 1979, se encuentra ya en germen en el Convenio Europeo de Derechos humanos (en adelante, CEDH) y en los convenios posteriores que he tomado como ejemplo.

En el CEDH, sólo se encuentra una referencia explícita a la mujer en el artículo 12, referido al Derecho a contraer matrimonio. El resto de las normas, tienen su destinatario en el genérico “toda persona” o “nadie”, dependiendo de si la norma quiere reconocer un Derecho o excluir una situación o consecuencia.

Aunque la referencia a la mujer no es explícita, hay que reconocer, sin embargo, que muchas de esas normas, aunque en su genérico destinatario de toda persona, han tenido una influencia decisiva para eliminar la discriminación contra la mujer, ya que en muchos ordenamientos jurídicos europeos determinados Derechos y

libertades, siendo indiscutibles para los hombres, eran de dudoso o menor alcance para las mujeres.

Para hacernos una idea, y partiendo de la importancia esencial que en el marco de este tratado tiene su aplicación por el TEDH, intérprete auténtico de su contenido, voy a recordar algunas sentencias que me parecen especialmente relevantes a los fines que nos ocupan.

La primera sentencia a la que me referiré es *STEDH 16 de diciembre de 2010*⁵, que se refiere al Derecho de la mujer al aborto.

Este caso complejo se refiere a la difícil situación de tres mujeres de nacionalidad irlandesa que, debido a la situación de incertidumbre en su propio país, se ven obligadas a viajar a Inglaterra para abortar. Nos interesa especialmente la situación de la tercera de estas mujeres, que descubre que está embarazada tras someterse a una sesión de quimioterapia, tras lo que decidió interrumpir el embarazo, por el riesgo que su continuación del embarazo suponía para su salud y la del feto. La legislación irlandesa sobre el aborto, según la sentencia, no era nada clara y, además, el Estado, que tenía la obligación en virtud del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa⁶ de proporcionar información adecuada, no facilitó ninguna información a la mujer. En consecuencia, la mujer demanda al Estado irlandés por falta de un procedimiento que le permitiera determinar si tenía Derecho a un aborto legal en Irlanda por el riesgo que suponía su embarazo para su vida.

El Tribunal consideró que ni la consulta médica ni las opciones de litigio invocadas por el Gobierno constituían procedimientos eficaces y accesibles que permitieran a la demandante establecer su Derecho a un aborto legal en Irlanda. Consideró asimismo que la incertidumbre generada por la falta de aplicación legislativa del artículo 40.3.3 de la Constitución Irlandesa, y más concretamente por la falta de procedimientos eficaces y accesibles para establecer el Derecho al aborto en virtud de dicha disposición, había dado lugar a una sorprendente discordancia entre el Derecho teórico al aborto legal en Irlanda.

Se lee en los párrafos 263 y 264:

263. En consecuencia, el Tribunal considera que ni la consulta médica ni las opciones de litigio invocadas por el Gobierno constituían procedimientos eficaces

5 *STEDH 16 diciembre 2010, Asunto A, B y C, contra Irlanda, Demanda núm. 25579/05 (ECLI:CE:ECHR:1985:0326JUD000897880).*

6 40.3.3 "3º. El Estado reconoce el Derecho a la vida del niño nonato y, con la debida consideración a la igualdad, garantiza el respeto del Derecho a la vida de la madre, y, en la medida de lo posible, respetar y defender este Derecho en sus leyes. Esta subsección no limitará la libertad de viajar de nuestro Estado a otro Estado. Esta subsección no limitará la libertad de obtener o de poner a disposición en el Estado, en las condiciones que pueda establecer ley, informaciones relativas a los servicios disponibles legalmente en otro Estado".

y accesibles que permitieran a la tercera demandante establecer su Derecho a un aborto legal en Irlanda. Por lo tanto, el Tribunal no está obligado a abordar las alegaciones adicionales de las partes en relación con los plazos, la rapidez, los costes y la confidencialidad de dichos procedimientos internos.

264. El Tribunal considera que la incertidumbre generada por la falta de aplicación legislativa del artículo 40.3.3, y más concretamente por la falta de procedimientos eficaces y accesibles para establecer el Derecho al aborto en virtud de dicha disposición, ha dado lugar a una sorprendente discordancia entre el Derecho teórico al aborto legal en Irlanda por razón de un riesgo relevante para la vida de la mujer y la realidad de su aplicación práctica (véase Christine Goodwin, §§ 77-78, y S. H. and Others, § 74).

Sobre la base de estas consideraciones el Tribunal consideró que la falta de aplicación del artículo 40.3.3 por parte del Estado constituyó un incumplimiento del Derecho de la tercera demandante a que se respetase su vida privada, en violación del artículo 8 del Convenio.

“267. En tales circunstancias, el Tribunal rechaza el argumento del Gobierno de que la tercera demandante no agotó los recursos internos. También concluye que las autoridades no cumplieron con su obligación positiva de garantizar a la tercera demandante el respeto efectivo de su vida privada debido a la ausencia de un régimen legislativo o reglamentario de aplicación que proporcionara un procedimiento accesible y eficaz mediante el cual la tercera demandante pudiera haber establecido si tenía Derecho a un aborto legal en Irlanda de conformidad con el artículo 40.3.3 de la Constitución.

268. En consecuencia, el Tribunal considera que se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio”.

Cabe señalar, sin embargo, que, aunque el Tribunal Supremo estimó la demanda y condenó al Estado irlandés, no apreció el Derecho a la indemnización por daños y perjuicios, ya que consideró que no “exista un vínculo causal establecido entre la violación constatada y la reclamación de la tercera demandante de daños materiales y morales en relación con su viaje para abortar a Inglaterra”.

No menos importante es la *STEDH 8 de diciembre de 2009*⁷, en la que una mujer gitana de nacionalidad española se quejaba de la denegación de la prestación de viudedad tras el fallecimiento de su pareja, también gitano de nacionalidad española, por la única razón de que no estaban casados ante la legislación española. En este caso, aunque pueda parecer lo contrario, no se trata de valorar

7 STEDH 8 diciembre 2009, Asunto Muñoz Díaz C. España, demanda núm. 49151/07 (ECLI:CE:ECHR:2009:1208JUD004915107).

si la prestación de viudedad también es debida en el caso de una pareja de hecho, cuestión que sin duda debería resolverse en términos negativos en el marco del ordenamiento español, debido también a la conocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre la diferencia de trato jurídico entre matrimonio y parejas de hecho, sino de comprobar si en el caso concreto concurrían requisitos que pudiesen justificar el reconocimiento de dicha pensión.

La cuestión principal pivota, en efecto, en torno a la posibilidad de comprobar si un matrimonio celebrado según el rito gitano puede considerarse, desde el punto de vista del Derecho civil, no como una simple pareja de hecho, sino como un matrimonio nulo de buena fe, al haber sido tratado durante un tiempo por la administración española como un matrimonio a otros efectos. La Unión Romaní subraya que el matrimonio gitano no es diferente de otros tipos de matrimonio y que existe desde el momento en que un hombre y una mujer expresan su voluntad de vivir juntos con el deseo de fundar una familia, que es la base de la comunidad gitana.

El TEDH observa en primer lugar que:

“57. El TEDH observa, en este caso que, cuando la demandante se casó en 1971 con arreglo a los rituales y tradiciones gitanos, sólo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse de acuerdo con el rito del Derecho canónico de la Iglesia católica. El TEDH considera que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su Derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el Derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano.

58. Ciertamente, tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y en virtud de la Ley 30/1981, de 7 de julio (párrafo 26 anterior), la demandante habría podido contraer matrimonio civil. La demandante sostiene que, ella estaba convencida de buena fe de que el matrimonio celebrado con arreglo a los rituales y tradiciones gitanos acarrearía todos los efectos propios de esta institución”.

Hecha esta aclaración, el punto en el que insiste el TEDH es verificar si el Estado español trató o no, con independencia de que no existiera un matrimonio válido, a la mujer como si estuviera casada. Por lo tanto, se trata de evaluar el hecho de haber denegado a la demandante el Derecho a percibir una pensión de viudedad revela un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la minoría gitana, respecto de la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, cuando los interesados están convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio aun no siendo éste legalmente válido. A ese respecto, el TEDH señala que durante muchos años el Estado español, a pesar de ser consciente de que no existía el matrimonio, trató a las mujeres

como si estuvieran casadas y, muy concretamente, mediante la entrega de varios documentos de la Seguridad Social, especialmente el documento de afiliación al sistema, estableciendo su condición de esposa y madre de familia numerosa, situación considerada como especialmente merecedora de ayuda y que exigía, en aplicación de la Ley 25/1971 de 19 de junio, el reconocimiento de la condición de cónyuge.

Por lo tanto, el comportamiento mantenido por el Estado español durante muchos años reforzó la convicción de la mujer de que su matrimonio gitano contaba como matrimonio civil o de que no había ninguna diferencia real.

El TEDH afirma:

63. Para el TEDH, la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, ha generado en la interesada la legítima expectativa de ser considerada como esposa de M. D. y de formar junto a él una pareja casada reconocida. Tras el fallecimiento de M. D. es natural que la demandante haya alimentado la esperanza de que se le reconociera una pensión de viudedad”.

Basándose en estos argumentos, el TEDH considera desproporcionado que el Estado español, que expidió un Libro de Familia a la demandante y a su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió asistencia sanitaria y recaudó las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quisiera en consecuencia reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.

En conclusión, el TEDH condena al Estado por violación del art. 14 del Convenio⁸.

8 Cabe mencionar que esta decisión no fue decisiva en una sentencia más reciente del Tribunal Constitucional español, en la que se denegó a una mujer gitana el derecho a una pensión de viudedad. Me refiero a la STC 1/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:1), recurso de amparo 1343-2018. Promovido por doña Joaquina Cortés Cortés en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que desestimó su demanda de reconocimiento de pensión de viudedad. Supuesta discriminación por razón de raza: denegación de la pensión de viudedad consecuencia de la inexistencia de unión matrimonial reconocida por el ordenamiento español (STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España). En esta sentencia, el Tribunal afirma, por un lado, que no puede hablarse de discriminación, ya que el trato jurídico diferente está justificado y, por otro, que no se cumple la condición de buena fe que había caracterizado el caso resuelto por el TEDH. Se lee en los fundamentos jurídicos: “Así, aunque en efecto la entonces demandante y su compañero de vida, como ocurre en esta ocasión, pertenecían a la comunidad gitana, se casaron según los rituales propios de su comunidad, tuvieron varios hijos, contaban con libro de familia y vivieron juntos durante un largo periodo de tiempo, desde la fecha de su matrimonio hasta el fallecimiento, lo cierto es que en el supuesto ahora analizado la demandante carecía de elementos objetivos en que fundar la convicción sobre la validez de su matrimonio y que su unión como convivientes tampoco estaba formalizada, ya que había excluido de forma voluntaria la utilización de cualquiera de las formas que le hubieran permitido lucrar la pensión de viudedad. Todo ello, sin perjuicio, claro está, de la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida, esto es, la idea de que el matrimonio contraído según sus propios ritos y tradiciones es válido para dicha comunidad, aunque no lo sea para las autoridades nacionales que ciertamente no le otorgan validez civil. Por otro lado, conviene subrayar que a diferencia del supuesto que examinamos en la STC 194/2014, de 1 de

65. El TEDH considera que el rechazo al reconocimiento del Derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato respecto al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), o la situación examinada en la Sentencia del Tribunal Constitucional no 199/2004, de 15 de noviembre de 2004 -párrafos 29 y 32 anteriores-, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico). El TEDH considera acreditado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionado con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe.

Es muy relevante la *STEDH 8 de noviembre de 2011*⁹, en la que una mujer alega la violación de los artículos 3, 8, 12, 13 y 14 del Convenio debido a su esterilización en un hospital público.

Una mujer de origen ético rumano, de 20 años, fue esterilizada durante la hospitalización para el parto de su segundo hijo. Según la narración de los hechos, los médicos extorsionaron a la mujer para que diera su consentimiento a la esterilización. En particular, durante el parto, cuando la mujer sentía dolores, los médicos le habrían dicho que un tercer embarazo y parto sería muy peligrosos para su salud y que por ello le proponían la esterilización. Según el relato, la información de los médicos fue muy superficial, la esterilización no era necesaria en absoluto y, lo que es peor, la mujer habría dado su consentimiento sin comprender plenamente el alcance. Ella alega que ella no dio un consentimiento pleno e informado a su esterilización tal y como requieren las normas internacionales.

diciembre, en relación con un matrimonio contraído por el rito islámico carente de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español, no hay constancia alguna de que la administración reconociera la existencia y validez del matrimonio de la recurrente, sino que, por el contrario, en la documentación obrante en las actuaciones consta que el estado civil de la pretendida causante de la pensión de viudedad era soltera y extramatrimoniales los hijos habidos en común. Tampoco existen indicios de que administración alguna le hubiera reconocido los efectos propios de una persona con vínculo matrimonial. Por ello, como ya hemos adelantado en el fundamento jurídico 2 de la presente resolución, en esta ocasión no es posible atender a la buena fe de la demandante de amparo como canon de proporcionalidad en el juicio de la posible lesión del art. 14 CE, como hiciera en su día el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Muñoz Díaz c. España, pues la recurrente en amparo Sra. Cortés Cortés era plenamente conocedora de la falta de validez de su matrimonio, al haberse celebrado por un rito no reconocido por nuestro ordenamiento jurídico y tampoco formalizó en momento alguno su relación *more uxorio* en el modo exigido por la legislación para el reconocimiento de su derecho a la prestación de viudedad por el sistema nacional de Seguridad Social". Sin embargo, es importante recordar el voto particular de don Juan Antonio Xiol Ríos, que discrepa con la argumentación y con la conclusión de que no existe una discriminación indirecta por razones de pertenencia a una minoría nacional en el trato normativo, administrativo y judicial dispensado a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní a los efectos de lucrar la prestación por viudedad y también con el restringido alcance que se reconoce a la STEDH 8 diciembre 2009, asunto Muñoz Díaz c. España.

9 STEDH 8 noviembre 2011, Asunto V.C. c. Eslovaquia, demanda núm. 18968/07 (ECLI:CE:ECHR:2011:1108JUD001896807).

Se lee en la sentencia:

15. La demandante alega que, después de varias horas de parto y estando con muchos dolores, el personal médico del Hospital de Prešov le preguntó si quería tener más niños. La demandante contestó afirmativamente pero el personal médico le dijo que, si tenía más niños, tanto ella como el niño morirían. La demandante comenzó a gritar y, como le convencieron de que el próximo embarazo sería fatal, les dijo a los médicos “hacer lo que tengáis que hacer”. Entonces le pidieron que firmara en el registro del nacimiento debajo de la nota que indicaba que había solicitado la esterilización. La demandante no entendió el término “esterilización” y firmó el formulario por temor a que, de otra manera, las consecuencias fueran fatales. Al encontrarse en la última etapa del parto, su conocimiento y sus capacidades cognitivas estaban alteradas debido al parto y al dolor.

La mujer sufrió posteriormente graves problemas médicos y psicológicos derivados del procedimiento de esterilización; mostró síntomas de un falso embarazo; fue condenada al ostracismo por parte de la comunidad romaní y su marido, padre de su hija, la dejó en varias ocasiones debido a su infertilidad, hasta que en 2009 divorciaron. Asimismo, resulta que el procedimiento no suponía una necesidad inminente desde un punto de vista médico, ya que no era preciso ni para su vida ni mucho menos para salvaguardar su integridad física.

En este caso el TEDH condena al Estado tanto por violación del art. 3 del Convenio, sobre maltrato y tortura, y por violación del art. 8, sobre el respeto a la vida privada.

En la sentencia se afirma en primer lugar que el consentimiento no podía considerarse suficientemente informado:

112. En opinión del Tribunal, este enfoque no es compatible con los principios de respeto a la dignidad y a la libertad humanas consagrados en el Convenio y la exigencia de consentimiento informado establecida en los documentos internacionales a los que se hace referencia más arriba. En particular, no se desprende de los documentos presentados que la demandante estuviera plenamente informada sobre su estado de salud, el procedimiento propuesto y las alternativas a la misma. Además, al solicitar a la demandante su consentimiento para dicha intervención, mientras ella estaba de parto y poco antes de la realización de una cesárea, está claro que no le permitió tomar una decisión por su propia voluntad, después de examinar todas las cuestiones pertinentes y como hubiera querido, después de haber reflexionado sobre las implicaciones y discutido el asunto con su pareja.

Por ello, la esterilización, que constituye la mayor injerencia en el estado de salud reproductiva de una persona, debe considerarse ilegítima y, dadas las circunstancias en que se practicó, debe considerarse una verdadera tortura.

119. A pesar de no haber indicaciones de que el equipo médico actuó con intención de maltratar a la demandante, ellos, no obstante, actuaron sin tener en consideración el Derecho que tiene, como paciente, a la autonomía y a la elección. Para el Tribunal, el trato al que fue sometida, como se describe anteriormente, alcanzó el nivel de gravedad necesario para entrar en el ámbito del artículo 3.

Además, según el TEDH la conducta de los médicos supone al mismo tiempo una violación del respeto a la vida privada, entendido en su sentido más amplio como respeto a la identidad de la persona.

Tomando como punto de partida esta última decisión y tomando en consideración las dos anteriores, así como la jurisprudencia más reciente del TEDH, me parece necesario destacar la importancia que el artículo 8 del CEDH, sobre el Derecho al respeto de la vida privada y familiar, ha ido adquiriendo con el paso del tiempo por su notable influencia en los ordenamientos internos.

Esta norma, que en un principio sólo se aplicaba en los casos en los que se planteaba una cuestión de respeto a la vida privada en sentido estricto y, por tanto, a las decisiones relacionadas con el desarrollo de la personalidad en el contexto de la propia existencia, ha cobrado una importancia creciente, hasta el punto de convertirse en una norma a través de la cual se protege la dignidad humana.

En esta última sentencia, recogiendo la jurisprudencia anterior, se lee:

138. “La vida privada” es un término amplio, que abarca, *inter alia*, los aspectos físicos, psicológicos, de identidad social de un individuo, tales como el Derecho a la autonomía y el desarrollo personal, el Derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el Derecho al respeto por la decisión de ambos de tener o no tener un hijo (véase *Evans contra el Reino Unido* [GS] TEDH 2006, 19, núm. 6339/05, ap. 71, TEDH 2007-IV; o *EB contra Francia* [GS], núm. 43546/02, ap. 43, 22 de enero de 2008).

139. El principal objeto del artículo 8 es proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas. Cualquier injerencia en el primer párrafo del artículo 8 deberá ser justificada en términos del segundo párrafo, es decir, como “de acuerdo con la Ley” y “necesaria en una sociedad democrática” para uno o más de los objetivos legítimos enumerados en el mismo. La noción de necesidad implica que la injerencia corresponde a una necesidad social imperiosa y, en particular, que es proporcional a uno de los objetivos legítimos perseguidos por

las autoridades (véase, por ejemplo, A, B y C contra Irlanda [GS], núm. 25579/05, apds. 218-241, 16 de diciembre de 2010).

El respeto a la vida privada se ha convertido, por tanto, en una norma clave en la protección del individuo, ya que puede abarcar múltiples aspectos de la identidad física y social de la persona y se extiende en particular a los aspectos relativos a la identidad personal. El concepto de vida privada no se puede limitar al círculo interior; en el que el individuo puede vivir su propia vida personal sin interferencias externas, excluyendo a los demás de su propia vida, sino que debe abarcar también el Derecho a llevar una vida privada social, es decir, la posibilidad de establecer y desarrollar relaciones con los demás y con el mundo exterior; incluidas las actividades profesionales¹⁰. La importancia del artículo 8 en esta clave interpretativa ha adquirido una dimensión capital, hasta el punto de que esta norma también ha sido decisiva en todas las sentencias sobre gestación por sustitución, a las que me referiré en las páginas siguientes y con referencia específica al interés superior del menor.

Por último, aunque ha tenido una relevancia significativa la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, no podemos olvidar la famosa *STEDH 25 de julio de 2017*¹¹, cuya cuestión principal gira en torno a la indemnización debida a una mujer por

10 Se debe tener en cuenta *STEDH 5 septiembre 2017, Asunto Bârbulescu c. Romania*, demanda núm. 61496/08 (ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608). Se lee: "70. En esta fase de su examen considera útil subrayar que 'vida privada' es un término amplio que no puede ser objeto de una definición exhaustiva (véase *Sidabras y Džiautas contra Lituania*, núm. 55480/00 y núm. 59330/00, párrafo 43, CEDH 2004 VIII). El artículo 8 del Convenio protege el Derecho al desarrollo personal (véase *K. A. y A. D. contra Bélgica*, núm. 42758/98 y núm. 45558/99, párrafo 83, 17 de febrero de 2005), ya sea en términos de personalidad (véase *Christine Goodwin contra el Reino Unido [GC]*, núm. 8957/95, párrafo 90, CEDH 2002-VI) o de autonomía personal, que es un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías del artículo 8 (véase *Pretty contra el Reino Unido*, núm. 2346/02, párrafo 61, CEDH 2002-III). El Tribunal reconoce que toda persona tiene Derecho a la privacidad, lejos de las miradas no deseadas (véase *Smirnova contra Rusia*, núm. 46133/99 y núm. 48183/99, párrafo 95, CEDH 2003 IX -extractos-). También considera que sería demasiado restrictivo limitar la noción de 'vida privada' a un 'círculo interno' en el que el individuo puede vivir su propia vida personal como desee, excluyendo así por completo el mundo exterior no comprendido en ese círculo (véase *Niemietz contra Alemania*, 16 de diciembre de 1992, párrafo 29, Serie A núm. 251 B). Así pues, el artículo 8 garantiza un Derecho a la 'vida privada' en sentido amplio, incluido el Derecho a llevar una 'vida social privada', es decir, la posibilidad de que el individuo desarrolle su identidad social. A este respecto, el Derecho en cuestión consagra la posibilidad de acercarse a los demás para establecer y desarrollar relaciones con ellos (véase *Bigaeva contra Grecia*, núm. 26713/05, párrafo 22, 28 de mayo de 2009, y *Özpinar contra Turquía*, núm. 20999/04, párrafo 45 in fine, 19 de octubre de 2010). 71. El Tribunal considera que la noción de 'vida privada' puede incluir las actividades profesionales (véase *Fernández Martínez contra España [GC]*, núm. 56030/07, párrafo 110, CEDH 2014 -extractos-, y *Oleksandr Volkov contra Ucrania*, núm. 21722/11, párrs. 165-66, CEDH 2013), o las actividades que tienen lugar en un contexto público (véase *Von Hannover contra Alemania* (núm. 2) [GC], núm. 40660/08 y núm. 60641/08, párrafo 95, CEDH 2012). Las restricciones a la vida profesional de una persona pueden caer en el ámbito del artículo 8 cuando repercuten en la manera en que construye su identidad social a desarrollar relaciones con los demás. Cabe señalar a este respecto que es en el curso de su vida laboral cuando la mayoría de las personas tienen una oportunidad significativa, si no la mayor, de desarrollar relaciones con el mundo exterior (véase *Niemietz*, citado anteriormente, párrafo 29)". V., también, *STEDH 17 octubre 2019, Asunto López Ribalda y otros contra España*, demanda núm. 1874/13 y 8567/13 (ECLI:CE:ECHR:2018:0222JUD000058813).

11 *STEDH 25 julio 2017, Asunto Carvalho Pinto De Sousa Morais C. Portugal* (ECLI:CE:ECHR:2017:0725JUD001748415).

las graves lesiones que sufrió como consecuencia de una intervención quirúrgica chapucera y, en particular, a la decisión del Tribunal de segunda instancia que había reducido considerablemente la indemnización basándose en un motivo manifiestamente discriminatorio.

En diciembre de 1993, una mujer ingresó en el servicio de ginecología de un hospital portugués, donde se le diagnosticó una afección ginecológica. Siguiendo un estado de infección, a principios de 1995, durante una consulta, se le propuso una intervención quirúrgica. El 21 de mayo de 1995 fue ingresada para ser intervenida quirúrgicamente de la glándula de Bartolino del lado izquierdo. El 22 de mayo de 1995 se le extirparon ambas glándulas, situadas a ambos lados de la vagina. En fecha desconocida, tras recibir el alta hospitalaria, empezó a experimentar dolores intensos y pérdida de sensibilidad en la vagina. También sufría incontinencia urinaria, tenía dificultades para sentarse y caminar, y ya no podía mantener relaciones sexuales. En fecha desconocida, se enteró durante una exploración en una clínica privada de que el nervio pudendo izquierdo había resultado dañado durante la operación.

El 26 de abril de 2000, la demandante interpuso una acción civil contra el Tribunal Administrativo de Lisboa reclamó una indemnización en concepto de reparación del daño moral y material. El tribunal estimó la demanda y reconoció a la mujer el Derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos de 80.000 euros.

El tribunal de segunda instancia, sin embargo, redujo el resarcimiento del daño sufrido por la mujer a 50.000 euros por las siguientes razones: a) sus problemas no eran nuevos: el único efecto de la intervención quirúrgica fue agravar una situación ya difícil, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar los daños y perjuicios; b) la demandante era madre de dos hijos y tenía ya 50 años; además a su edad el sexo ya no puede considerarse tan importante. Por ello, la mujer recurre al TEDH.

Según el TEDH, esta suposición refleja una visión tradicional de la sexualidad femenina -esencialmente vinculada a las funciones reproductivas de la mujer- e ignora su importancia física y psicológica para el desarrollo personal de la mujer. No sólo es, en cierto modo, moralizante, sino que tampoco tiene en cuenta los demás aspectos de la sexualidad femenina en el caso concreto de la demandante. En otras palabras, en el presente asunto, el Tribunal Supremo Administrativo formuló una presunción general sin tratar de verificar su validez en el caso particular de la demandante, que tenía cincuenta años en el momento de la operación en cuestión.

Además, el TEDH señala el grave contraste entre la posición adoptada con respecto a la demandante y la adoptada en dos sentencias dictadas en 2008 y 2014 relativas a dos recursos interpuestos por dos hombres, uno de cincuenta y cinco

años y otro de cincuenta y nueve, que alegaban ser víctimas de una negligencia médica. En ambos casos, el Tribunal Supremo de Justicia consideró que el hecho de que los hombres ya no pudieran mantener relaciones sexuales normales había dañado su autoestima y les había causado una “terrible conmoción” y un “grave traumatismo psíquico”; además, y esto es de gran importancia, en ninguno de los dos casos el tribunal consideró apropiado reducir la medida de indemnización dada la edad de los dos hombres.

Según el TEDH el razonamiento del Tribunal Supremo Administrativo condujo a una diferencia de trato basada en el sexo y la edad de la demandante, lo que equivale a una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8.

IV. CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDM) DE 18 DICIEMBRE 1979.

Pasemos ahora a los Tratados de Derechos humanos de las Naciones Unidas y empezamos por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (en adelante CEDM) que, es obvio decir, gira integralmente en torno a la afirmación de los Derechos de las mujeres.

Como ya he anticipado, esta Convención tuvo gran importancia en modificaciones sustanciales del Derecho de familia español e italiano, pero ha tenido, asimismo, un gran protagonismo a la hora de realizar la igualdad entre hombres y mujeres.

Un primer ámbito en el que la Convención tuvo una importancia significativa se refiere a la cuestión de los títulos nobiliarios. Como es sabido de sobra, la disciplina de los títulos nobiliarios fue reformada, teniendo en cuenta la CEDM¹², con la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (LITN), que eliminó sustancialmente el principio de la preferencia en la sucesión del título a la línea masculina, que, en cambio, todavía se mantiene a nivel constitucional, en el art. 57, apartado 1, en relación con la sucesión al trono, en la que se sigue prefiriendo “el varón a la mujer”.

12 Se lee en las exposiciones de motivos: “Esta plena igualdad del hombre y la mujer en todas las esferas jurídicas y sociales se reconoce en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por España en 1984. El principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando éstas son reconocidas y amparadas por las leyes.”.

La primera sentencia del Tribunal Supremo español que merece ser mencionada es la STS 28 abril 1989¹³, que, incluso antes de que se modificara la ley de títulos nobiliarios, derogó esencialmente la legislación vigente en la parte que preveía la preferencia del varón a la mujer.

En particular, el Tribunal Supremo denunció la inaplicación de la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 y, considerando discriminatorio el principio de masculinidad, estimó su derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, con referencia a las sucesiones en títulos nobiliarios producidas a partir de la promulgación y vigencia de la Constitución Española.

El alto Tribunal tenía que determinar la preferencia entre los cuartos abuelos de los litigantes, que, al ser hijos de un mismo padre, se encontraban en igualdad de línea y grado, y, en particular, tenía que establecer si el Derecho al título nobiliario debe concederse a la hija mayor en lugar del hijo nacido más tarde.

Se lee él la sentencia:

“En efecto, este Tribunal Supremo en sus Sentencias de 20 de junio y 27 de julio de 1987 -obligado a ello por las expresas alusiones a la vigencia del principio de masculinidad, aducidas *in voce* y por escrito en los respectivos recursos- anticipó el criterio, que hoy reitera y proclama firme y solemnemente, como *causa decidendi* del recurso y cuestión de fondo en él planteada, que en la sucesión de títulos nobiliarios el principio de masculinidad o preferencia del hombre sobre la mujer, en igualdad de línea y grado, ha de estimarse discriminatorio y en consecuencia abrogado por inconstitucionalidad sobrevenida. Artículo 14 y Disposición derogatoria 3.a de la Constitución española, y, como luego veremos, Convención de Nueva York, de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 y publicada en su integridad en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 de mayo de 1984, que ha pasado a ser Derecho interno, preceptivo y vinculante en materia de ‘eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer’, con la única salvedad expresa de ‘las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española’. Derecho interno preceptivo y vinculante en virtud de lo dispuesto taxativamente por el artículo 96.1 de la Constitución (‘Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno’) y artículo 1.5 del Código Civil (‘Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*’).”

13 STS 28 abril 1989 (ECLI:ES:TS:1989:15626).

Esta sentencia es de gran importancia porque, al apartarse precisamente del Convenio de 1979, al que hace una referencia expresa, acaba por derogar la legislación vigente e impone, aunque sea a nivel jurisprudencial, el principio de igualdad entre hombres y mujeres en la sucesión de los títulos nobiliarios. Reiteran tal doctrina las sentencias de 22 de marzo de 1991¹⁴ y 24 de enero de 1995¹⁵, aunque matizan que no puede tener efecto retroactivo dicho efecto derogatorio.

En el marco de este mismo asunto, quisiera destacar dos sentencias del Tribunal Supremo español, por su particular relevancia en materia de contratos una y de Derecho de Sucesiones, la otra. Sin embargo, hay que señalar que estas dos sentencias son posteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley 33/2006 de Títulos Nobiliarios, y en ellas se plantea un problema de Derecho transitorio suscitado por el apartado tercero de la disposición transitoria única de la citada ley, cuyo texto originario fue modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio¹⁶.

La primera sentencia es la *STS 16 enero 2012*¹⁷, en la que el Tribunal Supremo debe pronunciarse sobre la demanda de una mujer que impugnaba la validez de la escritura de cesión del título nobiliario que su madre había realizado a favor de su hermano menor. En concreto, la demandante entendía que se le debía reconocer su mejor Derecho por primogenitura a detentar el título en virtud de lo dispuesto en la Constitución Española, en la Convención de 1979, ratificada por España en 1984, y en la Ley 33/06 que proscribía la discriminación por razón de sexo.

Era necesario examinar si la transmisión del título nobiliario realizada por la madre, conforme a la legislación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la LITN, podía quedar sujeta a la aplicación de la nueva ley, en virtud

14 STS 22 marzo 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1763), en cuyo fundamento segundo se lee: "De modo que, en todo caso, también ha de predicarse, con la mejor doctrina, la eficacia derogatoria de la Constitución -y con ello se rechaza el motivo segundo del recurso- respecto de cualquier disposición y con mayor razón de las normas singulares reguladoras de un privilegio, no reconducible interpretativamente al marco constitucional, cuando su persistencia da lugar a una discriminación, esto es, una distinción de trato que, como dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencias de 23 julio 1968 y 27 octubre 1975, carezca de justificación objetiva y razonable que actúe como elemento diferenciador. Y esta justificación diferenciadora no lo es, en modo alguno, la naturaleza, varón-mujer, cuya permanencia discriminatoria a la hora de aspirar a una dignidad, cargo o privilegio, aparece como una mineralización de tan tradicionales como insostenibles reglas, cuando no signo de intolerancia a erradicar, porque es sabido que no hay racionalidad posible sin la aplicación de idénticos criterios a las situaciones objetivas del mismo tipo".

15 STS 24 enero 1995 (ECLI:ES:TS:1995:255).

16 Él apartado 3, antes de la modifica, tenía este texto: "3. No obstante lo previsto por el apartado 1 de esta disposición transitoria, la presente Ley se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha, en la cual se presentó la originaria proposición de ley en el Congreso de los Diputados. La autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso concederá de oficio trámite a las partes personadas a fin de que aleguen lo que a su Derecho convenga de conformidad con la nueva Ley en el plazo común de cinco días.". Lo que cambia es lo siguiente, que he subrayado en el texto anterior: "así como a los expedientes que se hubieran promovido entre aquella fecha, en la cual se presentó la originaria proposición de Ley en el Congreso de los Diputados, y el 20 de noviembre de 2006, fecha de entrada en vigor de la presente Ley".

17 STS 16 enero 2012 (ECLI:ES:TS:2012:248).

de la disposición transitoria única, apartado 3. Para resolver la cuestión era necesario partir de la distinción establecida por el Tribunal Constitucional entre irretroactividad propia e impropia, para determinar qué tipo de irretroactividad establece la DT única de la LITN. En esta materia el Tribunal Constitucional¹⁸ ha distinguido entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas, que ha denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que ha denominado de retroactividad impropia.

La DT única, apartado 3 de la LITN contempla una retroactividad que responde al tipo de retroactividad impropia, por cuanto incide en situaciones o relaciones jurídicas aún no definitivamente consagradas o agotadas. Partiendo de esta premisa, el Tribunal Supremo¹⁹ afirma que en el caso que nos ocupa, el supuesto debía considerarse sometido a la nueva disciplina, dado que la transmisión de la posesión del título producida por la cesión no es una situación definitivamente agotada o consolidada.

La razón por la que la cesión de un título nobiliario no produce una situación jurídica definitiva radica en sus propias características. La cesión de un título nobiliario es un negocio jurídico gratuito, no conlleva la modificación o novación del orden sucesorio que corresponde seguir al título cedido y los llamados a suceder con preferencia al cesionario deben prestar su aprobación a la cesión, lo que supone la dejación por estos del Derecho al título que permite la ocupación de este por el cesionario.

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal Supremo considera ineficaz la cesión:

La cesión de títulos nobiliarios efectuada con arreglo a la legislación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la LITN, en la que regía la aplicación del principio de varonía, se encuentra en el ámbito objetivo de aplicación retroactiva de la DT única, apartado 3 LITN, dado que la transmisión de la posesión del título producida por la cesión no es una situación definitivamente agotada o consolidada. ... La integración del título, conforme a lo dispuesto en el artículo 2. II LITN, implica que, con arreglo al orden regular de sucesión y atendiendo al principio de primogenitura -dado que los litigantes se encuentran en igualdad de línea y de grado-, la demandante, por ser la primogénita de la última poseedora -eliminados

18 STC (Pleno) 27/1981, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1981:27).

19 STS 3 abril 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2016), con la que se fija como doctrina jurisprudencial que: "la disposición transitoria única, apartado 3, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos Contencioso-Administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil".

los efectos del principio de varonía- es la llamada a suceder con preferencia al demandado.

En consecuencia, la cesión del título a favor del demandado queda viciada por la falta de la aprobación expresa de la demandante, que exige el artículo 12 del RD de 27 de mayo de 1912 , y debe declararse la nulidad de dicha cesión administrativa, efectuada por Dña Carlota , en escritura pública de 22 de octubre de 1984, a favor del demandado, D. Miguel Ángel , que obtuvo la Real Carta de Sucesión el 23 de abril de 1985, y declarar el mejor y preferente Derecho de la demandante a la posesión del título

Aunque inspirada exactamente en los mismos principios, la solución adoptada por una sentencia posterior, la *STS 4 julio 2011*²⁰, en la que se discutía la validez de un testamento en el que el padre atribuía el título nobiliario a su hijo, en lugar de a su hija mayor, fue exactamente la contraria.

La demandante y recurrente, reclamó, el 17 de noviembre de 2006, frente a sus dos hermanos menores, varones, los títulos nobiliarios de Marqués y Vizconde, de los que fue el último poseedor el padre de todos ellos. La atribución de los títulos a los dos hermanos varones demandados se hizo por el padre de los litigantes en testamento, en el que distribuyó los tres títulos de la siguiente forma: dos al hijo varón de mayor edad (el título principal y otro título) y uno al hijo varón de menor edad. La demandante, que es la primogénita, fue excluida de la distribución. El testamento se otorgó en el año 1974, el padre de los litigantes falleció en el año 1982 y las Reales Cartas de Sucesión les fueron otorgadas a los demandados en los años 1983 y 1985.

También en este caso, como en él anterior, hay que establecer si la nueva legislación podría aplicarse al caso, en virtud de la DT única, apartado 3 de la LITN que, como hemos dicho, es considerada por el Tribunal constitucional una norma de irretroactividad impropia.

Según el TS la distribución de títulos nobiliarios consiste en la facultad que tiene el poseedor de dos o más títulos que tenga más de un hijo, para distribuirlos - con la aprobación real. Acarrea, por lo tanto, una alteración del orden sucesorio normal e implica la novación del orden sucesorio primeramente establecido en la concesión, mediante la creación de nuevas cabezas de línea sucesoria. La creación de una nueva cabeza de línea representada por los designados implica que, desde el momento en el que se hace efectiva la distribución, los descendientes de la persona que constituyó esa cabeza de línea tienen Derecho preferente a los de cualquier otra línea, antes de que se hubiese llevado a efecto la distribución.

20 STS 4 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5094).

Razonando de esta forma, hay que concluir que la distribución de títulos nobiliarios es definitiva y no puede verse afectada por la ley sobrevvenida, siendo fuera del alcance de aplicación de la DT única, apartado 3.

Se dice así:

El acto de la distribución de los títulos no está en el ámbito objetivo de la retroactividad que contempla la DT única, apartado 3 LITN, dado que esta no incluye las situaciones consolidadas, sino que resulta aplicable la DT única, apartado I, LITN con arreglo a la cual una transmisión no se reputa inválida por el hecho de haberse realizado al amparo de la legislación anterior.

... La distribución de los títulos hecha en testamento por el antecesor común de los litigantes, en 1974, se ajustó a los requisitos establecidos por la ley vigente en el momento de realizarse, por lo que el acto de la distribución quedó agotado con el ejercicio de la facultad, y produjo plenos efectos en el momento en el que se otorgaron las Reales Cartas de sucesión por distribución a favor de los dos demandados, en 1983 y en 1985, también ajustadas a la ley entonces vigente. Con ellos se crearon nuevas cabezas de línea agotando los efectos de la declaración de voluntad inicial mediante la modificación del régimen sucesorio de los títulos afectados.

El reparto de los títulos debe considerarse definitivo y, por tanto, no susceptible de ser modificado por la nueva ley y por la norma transitoria, porque el testamento, aunque redactado en 1974, entró en vigor en 1983, es decir, cuando se abrió la sucesión. El caso habría sido diferente si la sucesión se hubiera abierto en 2006, es decir, después de la entrada en vigor de la nueva ley. En ese caso, la distribución de los títulos nobiliarios, aunque hubiera sido realizada por el testador en 1974, no habría pasado a ser definitiva como consecuencia de la norma transitoria.

Finalmente, la última sentencia a la que quiero referirme es una sentencia del *Tribunal Constitucional italiano de 2017*²¹, que se pronunció sobre la inconstitucionalidad de una ley regional de la provincia de Bolzano sobre el llamado “maso chiuso”.

El “maso chiuso” es una explotación agrícola familiar con autonomía económica, compuesta por edificios, campos, prados, bosques y pastos, cuya regulación se encomendó inicialmente a la Ley de la Provincia Autónoma de Bolzano núm. 33,

21 Corte costituzionale 14 julio 2017, núm. 193 - Pres. Grossi - Rel. Carosi (ECLI:IT:COST:2017:193). La sentencia se puede leer en *Famiglia e diritto*, 2/2018, pp. 121-126, con nota de BARBA, V.: “Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale”, *Famiglia e diritto*, núm. 2, 2018, pp. 126-141.

de 25 de julio de 1978, y, posteriormente, a la Ley Provincial núm. 17, de 28 de noviembre de 2001.

Se pide al Tribunal Constitucional italiano que se pronuncie sobre la legitimidad de la ley de 1978, que, aunque derogada por la ley de 2001, sigue aplicándose a todas las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la ley del 2001. Según la ley de 1978, en la sucesión legal de un "maso chiuso" siempre debía preferirse el hijo varón a la hija mujer. El Tribunal Constitucional italiano, partiendo de la idea de que esta norma, aunque tiene su propia historia y relevancia, la declaró constitucionalmente ilegítima, precisamente, por ser contraria a la Convención de la NU de 1979 y a la Constitución italiana.

En la sentencia se lee:

In tale prospettiva, l'orientamento risalente non può essere oggi condiviso alla luce del principio di parità tra uomo e donna, il quale assume primazia indefettibile nella valutazione degli interessi di rango costituzionale sottesi all'esame della presente questione. L'evoluzione sociale e normativa intervenuta dopo la richiamata sentenza núm. 40 del 1957 è inequivocabile, così da ritenere irreversibilmente superata l'applicazione del maggiorascato e -quel che qui più interessa- della prelazione maschile alla successione nell'assunzione del maso chiuso, la quale risulta quindi in contrasto con l'art. 3 Cost.

El Tribunal Constitucional no se limita a decir únicamente en qué medida el maso chiuso puede considerarse compatible con el ordenamiento jurídico italiano, es decir, qué adaptaciones normativas son necesarias para que se ajuste a los principios y valores normativos vigentes, sino que indica, con carácter más general, el control que el jurista está obligado a realizar respecto de cualquier otra institución jurídica, no sólo cuando es de tradición interna, sino más aún cuando procede de otros ordenamientos jurídicos, en virtud de la aplicación de una ley extranjera posibilitada por una disposición del d.i.p. o cuando se importa como consecuencia de un acto de autonomía privada.

Es necesario averiguar qué rasgos caracterizan su identidad, distinguiéndolos de las normas específicas, que marcan su regulación. En la medida en que los rasgos que caracterizan a la institución jurídica sean coherentes con los principios y valores normativos existentes, la institución tiene pleno derecho a la ciudadanía. En caso de contrariedad, la adaptación es indispensable.

El principio de prevalencia de los hijos varones sobre las hijas mujeres en la asignación del "maso chiuso", aunque pueda responder a una tradición de la institución jurídica, no puede ser aceptado en un ordenamiento jurídico en el que el principio de igualdad entre hombres y mujeres es un valor fundamental, también

por los convenios internacionales. El ordenamiento jurídico no puede tolerar que se dicte ni una sola norma contraria a los derechos humanos y, entre ellos, la afirmación del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Aunque al principio de este escrito dije abiertamente que daría un sesgo puramente jurisprudencial, creo que es imprescindible, aunque sólo sea para notas lapidarias y fragmentarias, precisar que la CEDM ha asumido una importancia clave a nivel de la legislación europea, ya que fue la impulsora de la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y a su suministro (Directiva 2004/113/ CE).

La importancia de esta directiva no requiere explicación, sobre todo si consideramos que por primera vez introduce el principio de igualdad en la materia de negociación y, en particular, en el contrato que, históricamente, se considera el reino de la libertad y, por tanto, un espacio normativo en el que es difícil coordinar autonomía y heteronomía. Todo esto ha impuesto un nuevo desafío al jurista contemporáneo: comprobar cómo combinar la autonomía negocial y el principio de no discriminación²².

Esa Directiva ha sido transpuesta en Italia por el Decreto Legislativo 196/2007²³, de 6 de noviembre²⁴ y en España por la Ley Orgánica 3/2007²⁵, de 22 de marzo, que desarrolla el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a bienes y servicios y a su suministro (en adelante LOIHM) y en fechas recientes Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y no discriminación (en adelante, LIIT) y, finalmente, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los Derechos de las personas LGTBI.

Las implicaciones del principio de no discriminación por razón de sexo o género en materia de contrato y negociación son muy amplias, hasta al punto que él mismo concepto de contrato o, mejor dicho, el concepto de autonomía, creo que exige un replanteamiento derivado, precisamente, de la incidencia de dicho

22 BARBA, V.: *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023 e *ivi una amplia bibliografía*.

23 CHECCHINI, B.: *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 90 ss.

24 Cabe señalar que el Decreto Legislativo 196/2007 traspone la Directiva 2004/113/CE no introduciendo una ley nueva e independiente, sino modificando y completando el Decreto Legislativo 198/2006, de 11 de abril de 2006, Código de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (en adelante: Decreto Legislativo 198/2006 o Código de Igualdad entre Hombres y Mujeres). En particular, el Decreto Legislativo 196/2007 introduce en el Código de Igualdad entre hombres y mujeres el Título II 2-bis, titulado "Igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso y suministro de los bienes y servicios" (artículos de 55-bis a 55-decies). Por este motivo, aunque, desde un punto de vista formal, la disposición legislativa que transpone la Directiva 2004/113/CE es el Decreto Legislativo 196/2007, desde un punto de vista sustantivo la regulación está contenida en el Decreto Legislativo 198/2006 o Código de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

25 AGUILERA RULL, A.: *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, cit., p. 238 ss.

principio. Como no puedo desarrollar aquí con detalle la idea y sus implicaciones, diré únicamente que afecta no solo a las negociaciones precontractuales, sino también el contenido del contrato y la ejecución, exigiendo al jurista un examen de los instrumentos de protección, es decir, de los remedios, con el fin de identificar, según los casos, aquel remedio que mejor se adapte a la protección de los intereses en juego. No sólo la nulidad del contrato o la nulidad parcial, sino también la responsabilidad, la modificación del contenido del contrato de acuerdo con la equidad o la buena fe, y la indemnización de daños y perjuicios. Para mayores detalles, me remito a un trabajo por extenso sobre el tema que, no obstante, no agota ni mucho menos uno de los temas más sugerentes en la nueva disciplina del contrato²⁶.

V. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 20 DE NOVIEMBRE DEL 1989.

Singular es, a los efectos que nos ocupan, la estructura de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ni siquiera incluye la palabra “niña” en su denominación original, lo que me parece que merece ser destacado, sobre todo porque es un tratado diez años posterior a la CDEM. Es más, no hay ninguna referencia explícita a la niña, salvo en un considerando, en el que se afirma que las niñas constituyen un colectivo especialmente vulnerable.

Con todo, la influencia de este Convenio en el Derecho civil ha sido decisiva sobre todo para el concepto de interés superior del menor²⁷, a la luz del cual se ha reinterpretado todo el Derecho de familia de los estados parte, en un intento de superar la visión adulto-céntrica que históricamente ha caracterizado este ámbito del Derecho.

En mi opinión, además, la especial aportación de este Convenio, desde una perspectiva de género, y su más importante influencia en los últimos años es, sin duda, la jurisprudencia que se ha producido, al unísono, en España e Italia sobre la gestación por sustitución. Me refiero, respectivamente, a las conocidas sentencias STS 277/2022 de 31 marzo (ECLI:ES:TS:2022:1153) e Cass. SS UU., 30 diciembre 2022, núm. 38162.

Ambas sentencias afirman que la maternidad se determina a través del nacimiento y, por tanto, que es madre la mujer que da a luz. Sin querer entrar en

26 BARBA, V.: *Principio de no discriminación y contrato*, cit., *passim*.

27 Entre muchos, ESCOBAR GALLARDO, P., y HERNÁNDEZ CÁDIZ, M.V.: *Interés superior del niño principio general del Derecho*, Editorial Hammurabi, Chile, 2018, pp. 3 ss.; GARCÍA RUBIO, M.P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?” *Actualidad Ibérico Americana*, núm. 13, 2020, pp. 14-49; SENIGAGLIA, R.: *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini, Pisa, 2019, pp. 3 ss. BARBA, V.: “Autonomía progresiva e interés de la persona menor de edad”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 65-117; LENTI, L.: “Note critiche in tema di interesse del minore”, *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 87, 93.

el fondo de las sentencias, que requeriría mucho tiempo y mucha argumentación, me limito a observar que niegan la posibilidad de constituir la maternidad por la mera declaración y que la única forma de constituir la relación de paternidad o maternidad, en ausencia de una relación genética, es la adopción.

Sólo me queda señalar que estas soluciones, independientemente de si son aceptables o no, fueron adoptadas por los dos Tribunales Superiores, invocando el interés superior del menor. Sobre este punto me circunscribo a observar que la referencia al interés superior del menor no siempre es acertada y además no me parece correcto que el interés del menor deba prevalecer *a priori*.

Decir que *a priori* el interés del menor está por encima de todos los intereses que puedan estar implicados y que *a priori* todos los demás intereses deben necesariamente sucumbir ante él es incorrecto. Es necesaria siempre una ponderación adecuada²⁸, en cuya realización debe garantizarse siempre que el interés superior de la persona menor de edad tenga la máxima prioridad. Esto no significa que tenga prioridad absoluta, ya que debe valorarse en función de cada caso concreto.

La Corte de casación italiana mantiene que la prohibición del GPA constituye un principio de orden público internacional y que por tanto no es posible reconocer un acto de nacimiento o una resolución extranjera que acredite la filiación a favor de los padres comitentes. De ahí, el único medio para determinar la filiación respecto del progenitor de intención es la institución italiana de la "adopción en casos particulares"²⁹. Según la Corte de Casación, este instrumento debe considerarse coherente con las indicaciones ofrecidas por el Tribunal Europeo³⁰. En primer lugar, la adopción en casos especiales, tras la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 79/2022³¹, crea una relación jurídica familiar similar a la que crea la adopción plena. En segundo lugar, para superar la crítica de que la adopción en casos especiales requeriría el consentimiento necesario del progenitor de intención, la

28 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", cit., p. 25: "en caso de colisión o conflicto de intereses lo primero que ha de procurarse es el compromiso entre todos ellos, compromiso adecuado al caso concreto; en el supuesto de que dicho compromiso no sea posible, el interés del menor tiene la máxima prioridad y no puede ser meramente una de tantas cosas a tener en cuenta, por lo tanto, es evidente que el interés del menor ni es el único que ha de ser tenido en cuenta ni su consideración ha de ser, necesariamente, superior a la de otros intereses dignos de protección que también pueden tener la máxima prioridad y que incluso pueden ser los de otro menor".

29 Esta institución está regulada en el art. 44 de la ley italiana sobre la adopción, Ley 4 de mayo de 1983, núm. 184.

30 Dictamen Consultivo del TEDH ("Grande Chambre") de 10 de abril de 2019, demanda núm. P16-2018-001 (consultable en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380431-8364345%22%5D%7D>)

31 Esta importante sentencia del Tribunal Constitucional italiano [Corte costituzionale 24 febrero 2022, núm. 79 (ECLI:IT:COST:2022:79)] ha declarado inconstitucional el artículo 55 de la Ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983, en la medida en que establece, por remisión al artículo 300, apartado 2, del Código Civil, que la adopción en casos particulares no induce a ninguna relación civil entre el adoptado y los parientes del adoptante. En consecuencia, la adopción en casos especiales ya no limita la relación entre adoptado y adoptado, pues implica el establecimiento de relaciones de parentesco entre el adoptado y todos los parientes del adoptado.

Corte de Casación ofrece una interpretación evolutiva de esta regla. Precisa, de hecho, que el desacuerdo del progenitor genético no impide la adopción por parte del progenitor de intención, si responde concretamente al interés superior del menor. Con esta interpretación se excluye que el consentimiento del progenitor genético sea determinante y esencial para llevar a cabo la adopción. Finalmente, queda la cuestión de la velocidad del mecanismo. Si bien la Corte afirma que el mecanismo debe considerarse adecuado, la argumentación es, desde este punto de vista, incompleta, ya que se sabe que no puede considerarse rápido y que, en la actualidad, sigue siendo un procedimiento que requiere un período importante de tiempo para que se complete.

La solución finalmente adoptada por el Tribunal de Casación, aunque todavía no puede considerarse plenamente satisfactoria, porque, desde mi punto de vista, persiste el problema de la insuficiencia del instrumento en relación con la velocidad de establecimiento de la relación parental, supera, al menos, el problema de la separación de trato respecto de la adopción plena y el obstáculo del consentimiento necesario del progenitor genético.

El último paso sería acelerar el proceso de adopción, para que pueda concluir en un tiempo suficientemente corto. A la espera de esto, o de una solución diferente que se espera del Parlamento, lo cierto es que, si bien se niega el reconocimiento del acto extranjero o de la resolución extranjera, se ha adoptado esencialmente una solución que permite la posibilidad de determinar la filiación con respecto al progenitor de intención. Una solución salomónica que, negando en abstracto la ciudadanía a la gestación por sustitución, que sigue siendo fuertemente condenada por el ordenamiento jurídico italiano, y negando toda posibilidad de reconocer los efectos de una gestación por sustitución creada en el extranjero, permita establecer la relación de filiación con el progenitor de intención.

Merece la pena hacer una última observación conclusiva. En todos estos supuestos suponemos que uno de los comitentes es también progenitor genético del niño nacido. En este caso, el mecanismo adoptado tanto en la sentencia italiana como en la española puede funcionar, aunque con las limitaciones señaladas. El problema, sin embargo, queda completamente sin respuesta en el supuesto de que ninguno de los comitentes sea el progenitor genético. En este supuesto, me parece dudoso que el mecanismo de la adopción pueda funcionar y no está nada claro cuál podría ser la respuesta del ordenamiento jurídico. En general, creo que en España hay, en todo caso, posibilidades de reconocimiento, aunque la última sentencia podría complicar el asunto; en Italia, en cambio, creo que no hay margen para resolver la cuestión. Por tanto, creo que el interés del menor no puede bastar en abstracto y que otros principios, como el fundamental art. 8 del CEDH antes mencionado, no pueden ofrecer mucha ayuda, con el paradójico resultado de que

la influencia de los Derechos humanos está destinada a desvanecerse en estos supuestos.

Otra sentencia interesante, en la que se aplica la CDN con trascendencia mi juicio relevante desde una perspectiva de género es la *STS 20 julio 2011*³².

D^a Belen interpuso demanda de protección de honor e intimidad frente a su suegra, D^a Noemi, por las manifestaciones realizadas por esta relativas a que la hija de la demandante no era de su marido, sino que era fruto de una relación extramarital. Se plantea así un problema de colisión entre el Derecho al honor y la intimidad y la libertad de expresión e información, que debe solventarse a través de la técnica de la ponderación. Más allá de la difícil cuestión de la ponderación de estos dos intereses, respecto de la cual la sentencia reviste gran interés por indicar los criterios con arreglo a los cuales debe llevarse a cabo dicha ponderación, toma debidamente en consideración el interés del menor.

Desde esta perspectiva, la información y la opinión no pueden mantener su prevalencia sobre el honor del ofendido pues ningún interés tiene para el público en general ni para nadie en particular, el conocer la filiación de una persona, salvo para el propio hijo, Derecho que podría tener amparo en el artículo 39 CE y que es reconocido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y en el artículo 12 de la Ley de Adopción Internacional 54/2007 de 28 de diciembre. Cuando además el hecho se dice de una persona casada, no solo se está comprometiendo el honor de la ofendida sino podría estar comprometiéndose el de su marido, que goza de una presunción legal (117 CC) de paternidad, al atribuir a su mujer una relación extramatrimonial del que habría nacido un hijo.

VI. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD HECHA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006.

La importancia de esta Convención es conocida por todos y su influencia en el Derecho civil ha sido absolutamente determinante, hasta el punto de que, como había anunciado MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO³³, antes de la reforma del Derecho español, debía suponer un giro copernicano en la legislación interna de los Estados parte. Ni que decir tiene, porque los lectores lo conocen perfectamente, que esta Convención no tiene la misma relevancia en todos los países europeos y, entre ellos, en Italia es sabido de sobra que ha suscitado muy poco interés tanto en la

32 STS 20 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5754).

33 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil" *Revista de Derecho civil*, núm. 3, julio-septiembre 2018, p. 173.

doctrina como en el legislador, que parece desinteresado por cualquier adaptación del Derecho civil.

No quiero volver sobre las pocas sentencias que se han dictado en Italia sobre el tema, la primera de las cuales ya he tenido ocasión de comentar en otro lugar³⁴.

Por el contrario, la importancia de esta Convención en España fue fundamental y determinó el cambio radical en los Derechos de las personas con discapacidad que instrumentalizó la muy conocida y explicada, aunque no siempre bien aplicada, Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Sin embargo, lo que quiero señalar es que la influencia de la Convención en el ordenamiento jurídico español fue anterior a la propia reforma legal, aunque con diferente intensidad. En este sentido, aunque pueda parecer un análisis puramente histórico, me gustaría señalar una sentencia que me parece ilustrativa de la influencia de esta Convención en el Derecho español, antes de la reforma.

Quiero referirme a la *STS 15 marzo 2018*³⁵, en un caso que concierne la validez de dos testamentos otorgados por una mujer, ante de que se declarase su incapacidad, asumiendo los demandantes que la demandada no tenía capacidad bastante para otorgar los referidos testamentos al tiempo de su formalización. El TS desestima el recurso con el que se pide la anulación de los testamentos y lo hace a través de una interpretación de las normas a luz de la Convención.

El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322CC, art. 760.I LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (RCL 2011, 1517). La Convención proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los Derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

En consecuencia, se desestima el recurso asumiendo que no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.

La sentencia me parece importante porque demuestra que los convenios internacionales en los que se afirman los Derechos humanos pueden asumir una

34 BARBA, V.: "Adopción de una mujer con discapacidad. Por fin la jurisprudencia italiana reconoce la importancia de la CDPD", en *Mujer, discapacidad y Derecho*, de BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO (dir.), & JOAN ANDREU FERRER GUARDIOLA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 87-106.

35 STS 15 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:936).

importancia determinante incluso antes de su transposición o antes de que se produzca una modificación del sistema de Derecho legislado. La importancia de la interpretación conforme a los principios y valores establecidos en las Convenciones internacionales, establecida explícitamente en la Constitución Española (art.10.2) e implícitamente en la Constitución Italiana, exige siempre una lectura del Derecho vigente conforme a dichas convenciones, aunque ello suponga una interpretación evolutiva, distinta de la anterior, o una interpretación en la que el respeto de la letra se hace menos decisivo, ya que debe darse prevalencia a la función que la norma asume sobre la base de nuevas Convenciones Internacionales sobre Derechos humanos.

Pues bien, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo que acabo de mencionar me parece de gran importancia porque demuestra la relevancia que los Convenios Internacionales de Derechos humanos pueden tener sobre los Derechos civiles nacionales, también a nivel interpretativo, permitiendo nuevas exégesis de acuerdo con los principios y valores afirmados, justo en la posición contraria y como contrapunto me gustaría mencionar dos sentencias del TEDH, en las que me parece que se ha obviado por completo la importancia de la CDPD.

Esto es aún más grave si tenemos en cuenta no sólo que el TEDH no puede, en ningún caso, prescindir de un Convenio internacional tan importante, sino especialmente que tanto los países miembros del Consejo de Europa, como propia Unión Europea ha ratificado la CDPD y que se trata del primer tratado internacional ratificado por la Unión Europea a nivel comunitario.

Las dos sentencias a las que me refiero son muy decepcionantes, porque el TEDH ignora totalmente la CDPD, como si estos instrumentos internacionales no constituyeran un complemento imprescindible y actualizado del CEDH muchas décadas antes, lo que podría haber llevado a decisiones muy diferentes.

En la *STEDH 11 mayo 2021*³⁶ la madre de una mujer con una discapacidad psíquica recurre al Tribunal de Estrasburgo para que declare que la ley y las autoridades españolas habían actuado de forma discriminatoria al impedir que su hija pudiera ejercer su Derecho al voto en las elecciones debido a su discapacidad. No cabe duda de que la legislación española de la época impedía a la mujer votar en las elecciones, pero tampoco cabe duda de que el TEDH pudiera haber admitido una interpretación diferente a la que adoptó, ya que una persona con discapacidad no puede ser discriminada por razón de su discapacidad y debe participar en la vida política, jurídica, económico y social en igualdad de condiciones que las demás. A pesar de ello, el TEDH, sin dar apenas relevancia a la CDPD, desestimó el recurso

36 *STEDH 11 mayo 2021, Asunto Caamaño Valle v. España (ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD004356417)*.

asumiendo que no había ninguna violación del principio de no discriminación por parte del estado español.

“59. The Court reiterates that the presumption in a democratic State must be in favour of the inclusion of all, and that universal suffrage is the basic principle (see Hirst (no. 2), cited above, § 59; Sitaropoulos and Giakoumopoulos, cited above, § 67, and Scoppola (no. 3), cited above, § 82). This does not mean, however, that Article 3 of Protocol No. 1 guarantees to persons with a mental disability an absolute right to exercise their right to vote. Under this provision, these persons are not immune to limitations of their right to vote, provided that the limitations comply with the conditions set out above (see paragraphs 58 and 59 above). It is not for the Court to express an opinion on whether Article 29 of the CRPD imposes stricter obligations on the States that are parties to that convention. For the purpose of the interpretation of Article 3 of Protocol No. 1, the Court notes the fact that there is at present no consensus among the States Parties to Protocol No. 1 in the sense of an unconditional right of persons with a mental disability to exercise their right to vote. On the contrary, a majority of these States seems to allow for restrictions based on the mental capacity of the individual concerned (see paragraph 27 above).

61. By contrast, the Court has accepted as legitimate the aim of “ensuring that only citizens capable of assessing the consequences of their decisions and making conscious and judicious decisions should participate in public affairs” (ibid., § 38)”.

Sin embargo, se destaca el voto peculiar de Lemmens, quien precisamente pone de manifiesto el conflicto con la interpretación que hace el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el contenido de los arts. 12 y 29 de la CDPD.

“I must admit from the outset that the majority's opinion is based on solid reasoning and that it is in line with the Court's existing case-law.[1] I believe, however, that the interpretation of the Convention in this area requires updating, and that an updated interpretation would necessarily lead to a different outcome in the present case”.

La ironía del caso está en que mientras el TEDH mantiene la opinión expresada, incluso antes de su decisión el legislador español realiza esa adaptación legal y, en consecuencia, procede en el sentido contrario a lo que la resolución mantuvo (LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la LO 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General, para garantizar el Derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad). Con el paradójico resultado de que en España la reforma legislativa se antepuso a la interpretación adaptativa, demostrando la insuficiencia de que la decisión del TEDH, que se queda muy corta.

El segundo caso al que quiero referirme lo resuelve la *STEDH 18 mayo 2021*³⁷ y se refiere a un supuesto de incapacitación relativa de una mujer. El caso concreto es muy particular tanto por los hechos como por el tipo de decisión que adoptaron los tribunales internos luxemburgueses, que acabaron acordando una medida de limitación del ejercicio de la capacidad de una mujer más allá de los supuestos expresamente regulados en el Derecho interno.

El recurso fue iniciado por una anciana que años antes había conocido a un joven con el que entabló una relación de confianza que fue definida como similar a la existente entre abuela y nieto. El tribunal de Luxemburgo dispuso una medida de “protección” de la mujer, ya que supuso que la anciana no era incapaz de actuar, pero sí necesita ser asistida y aconsejada en los actos de la vida civil, pues se trata de una persona vulnerable que después de su relación con el joven había tomado decisiones que no sabía justificar y que comprometían su patrimonio. Precisó que los gastos extraordinarios, las obras de renovación de uno de los inmuebles de la mujer, la retirada de dinero de sus cuentas de ahorro, la venta de bienes o la constitución de una sociedad requerían el acuerdo del curador.

La mujer inicia el procedimiento ante el TEDH alegando la violación del referido art. 8 CEDH.

El TEDH opina que la medida de la curatela era adecuada y no constituye una injerencia en la vida privada de la mujer. Entiende que las autoridades luxemburguesas se han esforzado en atender al equilibrio entre el respeto a la dignidad y la autodeterminación de la anciana y la necesidad de protegerla y salvaguardar su interés; en consecuencia, la interferencia es proporcional y adaptada a la situación de vulnerabilidad de la interesada.

El verdadero problema de esta sentencia radica en que el TEDH no tuvo en cuenta la CDPD, y se limitó a una interpretación aislada del CEDH, de nuevo ignorando la necesaria protección en red de los Derechos humanos a través de todos los convenios internacionales señalados.

Según la CDPD, las personas con discapacidad deben tomar siempre las decisiones por sí mismas y la única medida que puede ordenarse es la de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El titular de apoyo no puede en ningún caso tomar decisiones en nombre y por cuenta de la persona, sino únicamente asistirle y ayudarla para que la persona pueda tomar decisiones por sí misma. Además, cabe señalar que, según la CDPD, cualquier medida de apoyo nunca debe atender al interés superior de la persona con discapacidad, sino que debe garantizar la plena realización de los deseos, preferencias y voluntad de la persona con discapacidad.

37 *STEDH 18 mayo 2021, Asunto M.K. c. Luxemburgo (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD005174618)*.

Desde este punto de vista, la decisión del TEDH no puede ser compartida, porque ignora por completo los principios de la CDPD y considera conforme al CEDH, aislado de la CDPD, una medida de "protección" de la persona con la que se limita sustancialmente su ejercicio de la capacidad.

Por último, me gustaría recordar una sentencia del TEDH, en la que se presta especial atención a un niño con discapacidad, que, como la propia CDPD señala en varias ocasiones, necesita el máximo cuidado y protección debido a múltiples factores de vulnerabilidad. En la STEDH 10 septiembre 2020³⁸ se condena a Italia a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por los padres de una niña autista no verbal, que no tuvo, aunque sí tenía Derecho, apoyo escolar especializado durante sus dos primeros años en la escuela primaria. En su primer año de escuela primaria, la niña no gozó de esta asistencia especializada y al final del año, se decidió que repitiera el curso.

El Gobierno italiano no hizo nada a pesar de las numerosas solicitudes presentadas por los padres de la niña.

Los progenitores, ante el inmovilismo del Estado, que no tomaba ninguna medida de apoyo escolar para su hija, y con el fin de evitar que se repitiera la experiencia del año anterior y, por tanto, que su hija no aprobara el curso, decidieron contratar y pagar personalmente a una persona que pudiera ayudar y apoyar a su hija durante las clases. En consecuencia, los progenitores solicitaron al Tribunal Administrativo italiano una indemnización por los daños sufridos. Mediante Sentencia de 27 noviembre 2012, el Tribunal administrativo regional italiano rechazó este recurso y estimó que el ayuntamiento había iniciado las gestiones necesarias a tiempo y tuvo en cuenta que la región había tenido que hacer frente a una reducción de los recursos concedidos por el Estado. Esta sentencia fue confirmada por el Consejo de Estado Italiano.

El TEDH observa, en primer lugar, que el sistema jurídico italiano garantiza, al menos en abstracto, el Derecho al aprendizaje de los niños en situación de discapacidad como una forma de educación inclusiva en las escuelas ordinarias. La tarea del Tribunal es, por tanto, verificar si las autoridades internas cumplieron, efectivamente, con las obligaciones que les correspondían en virtud del artículo 14 de la CDPD, relacionado con el artículo 2 del Protocolo núm. 1, respecto de los demandantes dentro de los límites de su margen de apreciación y si llevaron a cabo ajustes razonables para asegurarle a la niña el disfrute de los Derechos garantizados por el artículo 2 del Protocolo núm. 1 relacionado con el artículo 14.

38 STEDH 10 septiembre 2020, Asunto G.L: contra Italia (ECLI:CE:ECHR:2020:0910JUD005975115).

El Tribunal considera, de este modo, que el artículo 14 del Convenio debe interpretarse a la luz de las exigencias enunciadas en los textos mencionados y concretamente de la CDPD (véase el apartado 26 supra). Conforme a este instrumento, los “ajustes razonables” que las personas discapacitadas tienen derecho a esperar son “las adaptaciones y ajustes necesarios y apropiados que no impongan una carga desproporcionada o indebida”, realizados “en función de las necesidades de una situación dada” para garantizar a esas personas “el disfrute o el ejercicio, en igualdad de condiciones que los demás, de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (artículo 2, apartado 26, supra), y la discriminación basada en la discapacidad “comprende toda forma de discriminación, incluida la denegación de ajustes razonables”.

Sobre la base de estas consideraciones, el TEDH condenó a Italia a pagar una indemnización por daños y perjuicios a los padres de la niña, asumiendo que se había producido una violación del artículo 14 Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1. En particular, condena a Italia a abonar a los padres 2.520,00 euros en concepto de perjuicio material, 10.000,00 euros en concepto de daño moral y 4.175,00 euros en concepto de costas y gastos.

La sentencia merece ser destacada porque, contrariamente a lo que había sucedido en el Derecho interno, en el que se afirmaba esencialmente que el Estado italiano no era responsable por no haber ofrecido un apoyo escolar adecuado a una niña con una discapacidad grave, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó exactamente a la conclusión contraria, afirmando que esta conducta, en la medida en que restringía los Derechos humanos debía ser censurada. Además, la sentencia es muy importante porque, a diferencia de las anteriores (STEDH 18 mayo 2021; STEDH 11 mayo 2021) propone una interpretación del CEDH a la luz de los principios de la CDPD y, por tanto, una interpretación de la discapacidad, ya no según un enfoque médico asistencial, sino según el nuevo enfoque social y de derechos humanos adoptado por la CDPD.

Una afirmación más de cómo la lectura de los mismos hechos a la luz de los Derechos humanos consagrados en los convenios y tratados internacionales influye en el Derecho civil, hasta el punto de permitir que se alcancen soluciones exactamente antitéticas a las que se llega sin tener en cuenta esa influencia.

VII. DERECHOS HUMANOS Y NUEVA HERMENÉUTICA: DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS A LA TEORÍA DE LOS REMEDIOS.

Después del repaso que hemos hecho en los epígrafes precedentes, queda de manifiesto que la extraordinaria importancia e influencia de los Derechos humanos en el Derecho privado es incuestionable y, aunque aún estamos lejos de una plena

afirmación y aplicación de estos, no se pueden ocultar los importantes avances que se han producido. El diálogo entre los tribunales nacionales e internacionales no sólo ha innovado el sistema, sino que también ha supuesto un impulso para nuevas reformas, proyectos de reformas y, sobre todo, una renovación del discurso de los juristas.

Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer, y en este difícil trecho no cabe duda de que todos y todas juristas tienen un importante papel que desempeñar y una responsabilidad que cumplir.

La jurisprudencia a la que me he referido, tanto la que ha aplicado plenamente los Derechos humanos, como la que, a través de una interpretación no siempre compartible, no ha dado a los Derechos humanos el espacio que necesitan, demuestra que, incluso antes de una reforma legislativa, siempre se puede lograr un cambio importante a través de la actividad interpretativa.

La afirmación de los Derechos humanos sancionados a nivel europeo e internacional por convenios y tratados exige un cambio importante de perspectiva y de método por parte de las y los juristas. No se trata tanto y no sólo de afirmar, lo que es reconocido de sobra por la doctrina y la jurisprudencia, el valor normativo de los tratados y, en consecuencia, el valor normativo de los principios y valores que en ellos se manifiestan, sino que se trata de cambiar el método con el que abordamos los retos y problemas contemporáneos.

Los Derechos humanos requieren un cambio metodológico importante respecto a aquél en el que se nos ha educado a los civilistas durante largas generaciones. El sistema normativo propio de los Códigos decimonónicos se fundaba esencialmente en la lógica del supuesto de hecho y, por tanto, en la teoría jurídica de la subsunción, según el cual era importante reconducir siempre el hecho concreto al supuesto de hecho descrito por la norma, para extraer después la consecuencia correspondiente. Este sistema, durante mucho tiempo, se consideró el único capaz y apto para garantizar la seguridad jurídica y sirvió para superar los particularismos que habían caracterizado al Derecho en la fase anterior a las codificaciones modernas.

El advenimiento de los tratados europeos y las constituciones largas cambia no sólo el sistema de fuentes, sino también necesariamente la teoría hermenéutica. El sistema de fuentes, complejo y abierto a las internacionales, requiere una nueva hermenéutica, que es a la vez sistemática y axiológica; lo primero porque hay que sistematizar un complejo de fuentes, y lo segundo porque el sistema expresa valores, que tenemos que realizar. La interpretación axiológica permite el control, de modo que la seguridad jurídica ya no está garantizada por la repetición de la solución, sino por su control sobre la decisión.

En definitiva, el sistema de principios y valores establecido en los Tratados y Convenios internacionales y luego en las Constituciones de la segunda mitad del siglo hace incompatible el método de la subsunción y exige pasar de un sistema basado únicamente en Derechos subjetivos a un sistema, más viene enfocado en los remedios.

Aunque no es posible, salvo de forma puramente teórica, distinguir el modelo basado en los Derechos del modelo basado en los remedios, y aunque ahora es superficial decir que el primero es típico de los sistemas de *civil law*, mientras que el segundo es típico de los sistemas de *common law*³⁹, difícilmente se puede ocultar que en todos los sistemas basados en los Derechos, en los que el Derecho (subjetivo) determina el alcance y el contenido de la protección, la ortodoxia de ellos deja espacio a las razones de los remedios⁴⁰. Esta conexión con la teoría de los remedios conlleva consecuencias teóricas de no poca importancia y, entre ellas, podemos aislar al menos tres: el reconocimiento de que la autoridad judicial puede identificar *rationes* diferentes a las que contribuyeron a la atribución y configuración del interés protegido; una consecuente mayor discrecionalidad de la autoridad judicial y la prevalencia del criterio teológico sobre el literal-sistemático.

A partir de este importante camino, es opinión común que las protecciones ofrecidas por el ordenamiento jurídico ya no tienen que ajustarse rígidamente al Derecho vulnerado, confiando la identificación del interés protegido exclusivamente a la relación entre el Derecho subjetivo y la acción, sino que también pueden preceder a la enunciación del Derecho, según la locución latina *ubi remedium, ibi ius*. Todo ello ha conducido a una “progresiva redefinición de las competencias

39 SAAVEDRA VELAZCO, R.: “¿Dónde existe un remedio, existe un Derecho? Apuntes sobre el aforismo *ubi remedium, ibi ius*”, *Forseti. Revista de Derecho*, núm. 3, 2019, p. 115, “cuando se usa el término tutela se expresa una reacción exógena a la situación comprometida, una reacción que únicamente se activa frente a algunas agresiones. Así las cosas, se distingue con claridad la existencia de la situación comprometida y la vía a través de la cual se la protege, toda vez que la tutela ofrecida tiene sólo por propósito la defensa de un aspecto concreto de la situación comprometida, mientras que el resto de sus facetas se defenderá con tutelas concebidas para reaccionar frente a esas otras agresiones ... cuando en el Common Law se habla de remedio se recalca no sólo la vía a través de la cual se defenderá el interés conculcado, sino el procedimiento por el que se reconoce la propia existencia del Derecho. En síntesis, el remedio no se reduce a brindar el enforcement a un Derecho, en lugar de ello se erige –como sostuvo Holmes en el siglo XIX– en una predicción de cómo los tribunales resolverán, en última instancia, la controversia (o el enfoque del “bad man”); admitiéndose implícitamente que el interés merece una protección jurídica específica y no sólo su mera enunciación abstracta”.

40 Para un ámbito muy concreto, resulta muy interesante el amplio estudio de OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, LXXIV, fasc. IV, octubre-diciembre 2021, pp. 1099 ss., que demuestra la importante influencia que ha tenido el Derecho comparado en la construcción del moderno Derecho supranacional de los contratos, siendo una herramienta básica para la unificación y armonización internacional del Derecho privado. El autor en la p. 1132, afirma: “El common law y el sistema europeo-continental divergen de forma especialmente notable en la concepción del incumplimiento del contrato y del sistema de acciones-remedios derivados del mismo. El primero gira en torno al concepto unitario de breach of contract y de un sistema uniforme de remedies, mientras que en el segundo el propio concepto de incumplimiento es confuso y, además, el régimen de las acciones es difuso y disperso. ¿A qué se debe esta disparidad tan importante en el tratamiento de un fenómeno tan aparentemente similar? Pues, como señalaran Zweigert y Kötz, a la diferente forma en la que se contempla la relación jurídico-obligatoria en cada uno de los sistemas”.

normativas entre el legislador y el juez judicial en beneficio de este último, que tiene la tarea de gobernar nuevas y diferentes razones de las que han contribuido a definir la consistencia de la posición subjetiva conferida en abstracto *ex ante*⁴¹.

La creciente importancia de la teoría de los remedios se basa en el principio constitucional según el cual toda persona tiene Derecho a obtener la tutela efectiva para proteger sus Derechos e intereses legítimos (art. 24 Const. It. y art. 24.1 Const. Esp., pero también art. 13 CEDH y art. 47 Convención de Niza)⁴², que configura la sede jurisdiccional como el lugar donde se satisface la necesidad de protección.

El ordenamiento jurídico ya no se limita a identificar la consecuencia en caso de lesión del Derecho, sino que prevé la identificación de los intereses que merecen protección jurídica, sin establecer cuál debe ser el efecto en caso de vulneración y, más generalmente, su protección.

El remedio presupone un interés jurídico que ya ha sido valorado positivamente por el Derecho, pero que ha quedado insatisfecho, y se ofrece como medio para promover la satisfacción efectiva de ese interés. A diferencia de la teoría de los Derechos, en la que el ordenamiento jurídico no sólo identifica el interés, sino también la sanción contra el autor de la lesión, en la teoría de los remedios el ordenamiento jurídico identifica los intereses merecedores de protección, sin establecer previamente un efecto determinado. Esto significa que la teoría de los remedios, mucho más que la teoría de los Derechos requiere la actividad del intérprete, cuya tarea es establecer, en relación con los intereses protegidos, una consecuencia que sea efectiva, proporcionada y razonable.

Por otra parte, el remedio, al tener por objeto el restablecimiento de un orden jurídico violado o no realizado por la interposición incluso de un elemento externo

41 SMORTO, G.: "Sul significato di rimedi", *Europa e diritto privato*, 2014, I, pp. 159-200. El autor en la p. 200 concluye: "Tuttavia riconoscere le ragioni dei rimedi e il potere del giudice di tenerle in conto non significa ammettere un incontrollabile correttivo extralegale al contenuto del diritto, ma consentire all'ordinamento di fare ciò che ha sempre fatto: una valutazione delle attività umane al fine di ricollegarvi effetti giuridici, senza sacrificare reali bisogni di tutela in nome di illusorie ragioni di coerenza dogmatica".

42 MAZZAMUTO, S.: "La nozione di rimedio nel diritto continentale", *Europa e diritto privato*, núm. 3, 2007, pp. 588 s. "La prima comparsa della versione civilian del rimedio si presenta, dunque, come una conseguenza della discesa del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost. e come un ripudio del concettualismo della tradizione continentale e degli antichi steccati tra diritto sostanziale e diritto processuale ... La percezione che si ha del rimedio è ancora intuitiva, ma offre già alcuni essenziali elementi connotativi in linea con lo sviluppo storico della nozione: 1) il rimedio è espressione di un potere di reazione del singolo (o comunque presuppone l'impulso di parte) alla violazione di un ordine preesistente o alla sua inattuazione per il sopraggiungere di un ostacolo e, dunque, all'insorgere di un bisogno di tutela; 2) il bisogno di tutela si raccorda ad interessi che non sono necessariamente formalizzati in diritti soggettivi; 3) i rimedi costituiscono dispositivi tecnici immediatamente a ridosso del bisogno di tutela, che vengono distillati dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale ed aspirano oramai ad una nuova tassonomia; 4) i rimedi vengono per lo più somministrati dal giudice sulla scorta di valutazioni che toccano persino l'adeguatezza, la proporzionalità, la ragionevolezza del rimedio medesimo".

(no necesariamente por una vulneración realizada por otros), es un instrumento puesto a disposición del particular ya sea por la ley o por la propia autonomía.

Con la teoría de los remedios, basada en el reconocimiento constitucional de la efectividad de la tutela, se hace indispensable discutir la razonabilidad y proporcionalidad de las consecuencias jurídicas. En la medida en que la consecuencia adversa para el autor de la conducta lesiva del interés era estrictamente establecida por el legislador, la función normativa se reducía a garantizar la realización de ese efecto. Cuando el ordenamiento jurídico no identifica de antemano la consecuencia adversa, sino sólo el interés protegido, se hace indispensable ponderar los intereses en juego, para identificar el efecto capaz de realizar el interés, que no necesariamente requiere protección en caso de vulneración (piénsese en las medidas cautelares, cuya disposición no se basa en una violación, sino en el riesgo de que se produzca).

Por lo tanto, todo el sistema de remedios debe replantearse desde una perspectiva funcional a la luz de los principios de proporcionalidad y efectividad, los criterios de adecuación y razonabilidad, los valores reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, la necesidad de lograr un “juicio justo”⁴³ (art. 6 del CEDH). Los remedios son, en consecuencia, instrumentos de protección derivados de la normativa general o específica, que pueden extraerse de todo el armamento conceptual del Derecho sustantivo y procesal, pero que no pueden ser creados libremente por la autoridad judicial.

Los remedios se administran judicialmente sobre la base de valoraciones o ponderaciones que utilizan, sin perjuicio de la ineludible apreciación de los intereses, los criterios de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, sólo cuando lo permiten las normas específicas, las cláusulas generales o los principios directamente aplicables⁴⁴.

Los intereses, especialmente de naturaleza no patrimonial, no se prestan a la teoría de los Derechos, porque es difícil imaginar su protección en función de su lesión, sobre todo si tienen un alcance transversal que recorre todo el ordenamiento jurídico. El principio de no discriminación entre hombre y mujeres y más generalmente el principio de igualdad es un ejemplo evidente de lo que se acaba de decir. El ordenamiento jurídico identifica, mediante la técnica del

43 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, 4 ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 73 ss.

44 MAZZAMUTO, S.: “La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano”, *Contratto e impresa*, núm. 3, 2019, p. 839. “La costruzione di un’idea più completa di rimedio segna un passo in avanti con la riflessione intorno al contratto che definisce i rimedi ad esso connessi come risposte a bisogni di tutela collegati alla procedimentalizzazione dell’affare nel rinnovato quadro del contratto, che non è più soltanto fonte di effetti (diritti di credito, diritti reali, garanzie, assistiti dai loro tipici mezzi di tutela) ma, per l’appunto, programma negoziale costellato di rimedi, che si ripropongono di eliminare i conflitti via via prodottisi nella formazione e nell’esecuzione del rapporto”.

principio, un interés que merece una amplia protección, sin identificar cuál es el efecto en caso de su vulneración, ya que también sería difícil pensar en todos los casos posibles de vulneración.

La transversalidad de un principio tan relevante y del valor que ese principio expresa solo puede protegerse según la lógica remedial, es decir, estableciendo que es un interés primario y que en todos los supuestos en los que es necesario ofrecer protección es posible experimentar todos aquellos efectos, primarios y secundarios, tomados de la constitución, los códigos, leyes especiales o del arsenal conceptual del Derecho sustantivo o procesal, que son potencialmente capaces de propiciar su realización.

A partir de esta construcción conceptual, que constituye una representación sintética de la experiencia por la que atraviesan los ordenamientos jurídicos contemporáneos, también gracias al fuerte impulso de los Tratados y Convenios Europeos e Internacionales, es necesario plantearse los problemas jurídicos abordados, de está formas, respuestas nuevas y capaces de realizar un orden jurídico en él que los Derechos humanos sean no sólo formales sino sustantivos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RULL, A.: *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de C. Bernard Pullido*, 2ª ed., Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007.

ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Autonomía privada y Derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, 1993.

BARBA, V.: "Adopción de una mujer con discapacidad. Por fin la jurisprudencia italiana reconoce la importancia de la CDPD" en *Mujer, discapacidad y Derecho*, de BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO (dir.), & JOAN ANDREU FERRER GUARDIOLA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

BARBA, V.: "Autonomía progresiva e interés de la persona menor de edad", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 2, julio-diciembre 2023.

BARBA, V.: "Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e princípi identificativi del sistema ordinamentale", *Famiglia e diritto*, núm. 2, 2018.

BARBA, V.: *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023.

CARNELUTTI, F.: "Fedeltà coniugale e unità della famiglia", *Rivista di diritto civile*, I, 1962.

CHECCHINI, B.: *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Giappichelli, Torino, 2019.

ESCOBAR GALLARDO, P. y HERNÁNDEZ CÁDIZ, M. V.: *Interés superior del niño principio general del Derecho*, Editorial Hammurabi, Chile, 2018.

FEMIA, P.: *Drittwirkung: princípi costituzionali e rapporti privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho civil*, núm. 3, julio-septiembre 2018.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los Derechos fundamentales", en AA.VV.: *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Una lectura jurídica de Cinco horas con Mario” (1966, “Cinco horas con Mario”. Edición publicada en 2018 en la colección Austral de la editorial Planeta, sello editorial Destino), en *Derecho y literatura en la novela de Miguel Delibes*, de NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

LENTI, L.: “Note critiche in tema di interesse del minore”, *Rivista di diritto civile*, 2016.

MAZZAMUTO, S.: “La nozione di rimedio nel diritto continentale”, *Europa e diritto privato*, núm. 3, 2007.

MAZZAMUTO, S.: “La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano”, *Contratto e impresa*, núm. 3, 2019.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, LXXIV, fasc. IV, octubre-diciembre 2021.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, 4^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

SAAVEDRA VELAZCO, R.: “¿Dónde existe un remedio, existe un Derecho? Apuntes sobre el aforismo *ubi remedium, ibi ius*”, *Forseti. Revista de Derecho*, núm. 3, 2019.

SENIGAGLIA, R.: *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini, Pisa, 2019.

SMORTO, G.: “Sul significato di rimedi”, *Europa e diritto privato*, núm. 1, 2014.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional español.

STC 1/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:1).

STC (Pleno) 27/1981, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1981:27).

Tribunal Constitucional italiano.

Corte costituzionale 14 luglio 2017, núm. 193 - Pres. Grossi - Rel. Carosi (ECLI:IT:COST:2017:193).

Corte costituzionale 24 de febrero de 2022, núm. 79 (ECLI:IT:COST:2022:79).

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

STEDH 8 diciembre 2009, Asunto Muñoz Díaz C. España, demanda núm. 49151/07 (ECLI:CE:ECHR:2009:1208JUD004915107).

STEDH 16 diciembre 2010, Asunto A, B y C, contra Irlanda, demanda núm. 25579/05, (ECLI:CE:ECHR:1985:0326JUD000897880).

STEDH 8 noviembre 2011, Asunto V.C. c. Eslovaquia, demanda núm. 18968/07 (ECLI:CE:ECHR:2011:1108JUD001896807).

STEDH 25 julio 2017, Asunto Carvalho Pinto De Sousa Morais C. Portugal (ECLI:CE:ECHR:2017:0725JUD001748415).

STEDH 5 septiembre 2017, Asunto Bărbulescu c. Romania, demanda núm. 61496/08 (ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608).

STEDH 17 octubre 2019, Asunto López Ribalda y otros contra España, demanda núm. 1874/13 y 8567/13, (ECLI:CE:ECHR:2018:0222JUD000058813).

STEDH 10 septiembre 2020, Asunto G.L. contra Italia (ECLI:CE:ECHR:2020:0910JUD005975115).

STEDH 18 mayo 2021, Asunto M.K. c. Luxemburgo (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD005174618).

STEDH 11 mayo 2021, Asunto Caamaño Valle v. España. (ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD004356417).

Dictamen Consultivo del TEDH ("Grande Chambre") de 10 de abril de 2019, demanda núm. P16-2018-001. Consultable en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22003-6380431-8364345%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-6380431-8364345%22]}))

Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STJUE 15 enero 2014, Asunto C-176/12. Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT) (ECLI:EU:C:2014:2).

STJUE 19 abril 2016, Asunto C-441/14. Dansk Industri (DI) v.Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen. ECLI:EU:C:2016:278

Tribunal Supremo español.

STS 28 abril 1989 (ECLI:ES:TS:1989:15626).

STS 22 marzo 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1763).

STS 24 enero 1995 (ECLI:ES:TS:1995:255).

STS 3 abril 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2016).

STS 4 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5094).

STS 20 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5754).

STS 16 enero 2012 (ECLI:ES:TS:2012:248).

STS 15 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:936).