

ARCHIVO HISTÓRICO



El presente artículo corresponde a un archivo originalmente publicado en **Ars Medica, revista de estudios médicos humanísticos**, actualmente incluido en el historial de **Ars Medica Revista de ciencias médicas**. El contenido del presente artículo, no necesariamente representa la actual línea editorial. Para mayor información visitar el siguiente vínculo: <http://www.arsmedica.cl/index.php/MED/about/submissions#authorGuidelines>

Bioderecho y menores en el Consejo de Europa ¹

Dr. José Luis Bazán
Institut Catholique de París

Resumen

No existe un concepto común y único de “menor” en el ámbito del Consejo de Europa. Son varias las nociones que se manejan legalmente, dependiendo del campo de aplicación del tratado internacional correspondiente. Así, en la normativa existente relacionada con el bioderecho encontramos directrices en cuanto al trato que debe darse a los menores en materias tales como consentimiento informado, investigación científica, clonación, aborto, anticoncepción y los llamados *wrongful birth*.

A través del presente estudio veremos cómo ha influenciado, en la dictación de estas normas, la inserción del principio de “interés superior del niño”, sin perjuicio de los conflictos en torno a sus aplicaciones, y finalmente cómo una sustitución de los términos “menor” por el de “niño” esconde una reivindicación de la autonomía del menor que en ocasiones puede resultar desproporcionada y, desde luego, difícilmente ajustable a la patria potestad de los padres. Es una materia sensible, que requiere de una regulación precisa y responsable con uno de los grupos más vulnerables de nuestra sociedad: los menores.

palabras clave: menor; niño; interés superior del niño; bioderecho.

BIOLAW AND MINORS IN THE EUROPEAN COUNCIL

There is a lack of agreement regarding the concept of “minor” in the area of the European Council. Different notions are handled legally, depending on the area of application of the international agreement. Therefore, in the regulation related to “biolaw” directives prescribing the treatment must be given to the minors in the matters of informed consent, scientific investigation, cloning, abortion, birth control and the so-called “wrongful” birth.

In the present study it will be shown how the promulgation of these normatives has been influenced by the insertion of the principle of “the child’s best interest”. In addition, the conflicts concerning the applications of this principle as well as how the substitution of the terms “minor” for “child” hides the recovery of the child’s autonomy will be discussed. Occasionally, this can turn out to be disproportionate and certainly difficult to adjust to the native legal authority of the parents. This is a sensitive matter, which requires a precise and responsible regulation of one of the most vulnerable groups of our society: the minors.

Key words: minor; child; child’s top interest; biolaw.

I. El Consejo de Europa

Cuarenta y seis Estados forman actualmente el Consejo de Europa, una organización internacional de cooperación en muy distintas áreas (protección patrimonio cultural, cooperación judicial y policial, prevención de la violencia en el deporte...), en cuyo seno se han

firmado doscientos dos tratados internacionales, de los que destacan muy especialmente los relativos a derechos humanos. De todos ellos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950, constituye un hito histórico y paradigma común europeo en la materia. A lo largo de más de cincuenta años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha sido el órgano jurisdiccional que ha interpretado y aplicado dicho Convenio creando un corpus jurídico que es Derecho en los Estados que han aceptado su jurisdicción y, en todo caso, es referencia paradigmática universal incluso fuera del espacio europeo. No olvidemos que además de los Estados miembros del Consejo de Europa, países como Estados Unidos de América, Canadá, Japón, México o la Santa Sede tienen estatuto de observadores².

II. Noción de “menor” en el Consejo de Europa

No existe un concepto común y único de “menor” en el ámbito del Consejo de Europa. Son varias las nociones que se manejan legalmente, dependiendo del campo de aplicación del tratado internacional correspondiente. Así, el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, de 25 de enero de 1996, considera en su artículo 1.1 como niño al menor de 18 años³.

Por su parte, *niño* es, a efectos del Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de niños y sobre restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980, el menor de 16 años (artículo 1). Por su parte, el Código Europeo de Seguridad Social, de 16 de abril de 1964, entiende que *niño* es el que está en edad inferior a la de dejar la escuela o por debajo de los 15 años.

Es comprensible tal diversidad, por otro lado, presente en los propios ordenamientos internos, que habitualmente diferencian la edad mínima a efectos laborales, civiles, penales e incluso constitucionales (v. gr., respecto del ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo), no siendo necesariamente coincidentes todas ellas.

En todo caso, la minoridad entendida como situación jurídica en la que se predica ausencia de plena capacidad de obrar ante la inexistencia de un consentimiento íntegro plenamente consciente y jurídicamente válido, si bien contemplada en los textos biojurídicos del Consejo de Europa, no queda resuelta en los mismos, existiendo una necesaria remisión a los derechos nacionales competentes en la materia.

Tratamiento aparte merece la cuestión del momento a partir del cual se ha de entender presente la existencia de personalidad jurídica, que examinaremos más adelante al tratar de algunos de los problemas clásicos del Bioderecho, como es el estatuto del *nasciturus*.

III. Corpus biojurídico del Consejo de Europa

Aparte de las resoluciones y recomendaciones tanto de la Asamblea Parlamentaria como del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁴, el corpus jurídico convencional está constituido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), como norma básica paneuropea en materia de derechos humanos (especialmente los derechos a la vida, a la

integridad y a la vida privada), y por los tratados internacionales específicos, comenzando por el llamado Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 (Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina), así como sus tres Protocolos adicionales:

Protocolo adicional sobre prohibición de la clonación de seres humanos. (ETS Nº 168, París, 12 de enero de 1998) –en adelante, PAI–;

Protocolo adicional sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano. (ETS Nº 186, Estrasburgo, 24 de enero de 2002) –en adelante, PAII–;

Protocolo adicional sobre investigación biomédica. (ETS Nº 195, Estrasburgo, 25 de enero de 2005) –en adelante, PAIII–.

Sobre el corpus específico, relativamente joven, es manifiesta la dificultad, no ya de consensuar un texto, sino de recabar el consentimiento obligacional de los Estados, algo que claramente se manifiesta en el número de ratificaciones de dichos tratados: 20 en el Convenio de Oviedo, 15 en el PAI, 5 en el PAII, y solamente 2 en el PAIII (este último ni siquiera ha entrado en vigor). La juventud de los textos no explica dicha situación por completo. Más bien son las diferencias de criterio sobre las materias reguladas las que llevan, por ejemplo, a que los más avanzados Estados en la investigación tecnológica como Alemania, Reino Unido o Francia (por no mencionar a otros como Suiza, Holanda, Austria, Suecia, Rusia, Bélgica o Italia) no hayan ratificado el Convenio de Oviedo, verdadero buque insignia jurídico en Europa en materia biojurídica. Tales abstenciones en algunos casos, como la del Reino Unido, se deben a que las normas son valoradas como excesivamente restrictivas, justo al contrario, por ejemplo, de Alemania, donde su ordenamiento jurídico es más protector.

A pesar de que el Convenio de Oviedo prevé la posibilidad de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emita dictámenes consultivos sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación de dicho Convenio, a instancia del Gobierno de un Estado Parte o del Comité ad hoc ex artículo 32 instituido por el propio Convenio, hasta el momento no se ha hecho uso de tal posibilidad.

Por el contrario, es ya larga la trayectoria jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo (y de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos), que ha tenido ocasión de decidir sobre cuestiones adscritas al Bioderecho, al aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

IV. la cuestión central del consentimiento del menor en el Bioderecho

El artículo 5 párrafo 1 del Convenio de Oviedo exige, para la intervención en el ámbito de la sanidad, el consentimiento libre e informado del afectado, previa información adecuada sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, así como de sus riesgos y consecuencias (párrafo 2 del artículo 5), siendo posible que en cualquier momento el afectado pueda retirar libremente su consentimiento (párrafo 3, artículo 5). No importa la entidad de la intervención: aunque sea de poca consideración, se exige consentimiento⁵.

En el caso de los incapaces para expresar su consentimiento, el artículo 6 afirma que solo cabe realizar una intervención sobre el incapaz en caso de que redunde en su beneficio directo (artículo 6, ap. 1), salvo lo establecido en materia de consentimiento de incapaces en el caso de la investigación científica (artículo 17) y la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos para trasplantes (artículo 20).

Las intervenciones sobre menores exigen autorización de representante o autoridad o de persona o institución designada por la ley (artículo 6, ap. 2), y podrá ser retirada por estos en cualquier momento en interés del afectado (artículo 6, ap. 5). Ellos recibirán la información a la que se refiere el artículo 5.

La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez (párrafo 2, ap. 2 del artículo 6). Esta cuestión ha sido examinada en España a propósito del delicado asunto de la esterilización de incapaces, que fue considerada legítima bajo ciertas condiciones por el Tribunal Constitucional español⁶.

En caso de urgencia en que no pueda recabarse dicho consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el de vista médico a favor de la salud del afectado (artículo 8).

Si el paciente no se encuentra en situación de expresar su voluntad, serán tenidos en cuenta sus deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica (artículo 9).

V. Extracción de órganos

El Convenio de Oviedo, a propósito de la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos para trasplantes, somete aquella al interés terapéutico del receptor cuando no se disponga de órgano o tejido de donante fallecido o método terapéutico alternativo de eficacia comparable (artículo 19, ap. 1). En este caso, el consentimiento deberá ser expreso y específicamente otorgado por escrito o ante autoridad pública (artículo 19, ap. 2).

En el caso de los incapaces para consentir a la extracción, se permite exclusiva y excepcionalmente, en las condiciones previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables, bajo autorización, siempre que se cumplan los siguientes requisitos (artículo 20, ap. 2):

- i) Si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar consentimiento.
- ii) Si el receptor es hermano del donante.
- iii) Si la donación es para preservar la vida del receptor.
- iv) Si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los ap. 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente.
- v) Si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma.

Similares requisitos exige el PAII (artículo 14), aunque en su artículo 15 se introduce una posibilidad no mencionada en el Convenio de Oviedo: que la ley prevea la inaplicación de las condiciones ii) y iii) a la extracción de células siempre que esta suponga para el donante un mínimo riesgo y carga.

VI. Investigaciones biomédicas sobre menores

En el caso de las investigaciones biomédicas, el PAIII exige que el participante en la investigación posea información adecuada, documentada, detallada y comprensible (artículo 13, ap. 1 y 2; artículo 16), incluido su derecho a revocar su consentimiento en cualquier momento sin que sea discriminado por ello en su derecho al cuidado médico. Dicha información previa es presupuesto para la validez del consentimiento.

El consentimiento para participar en la investigación será informado, libre, expreso, específico y documentado, y podrá ser libremente retirado en cualquier momento (artículo 14, ap. 1), sin que por ello pueda ser discriminado, especialmente en su derecho al cuidado médico (artículo 14, ap. 2). En caso de que existan dudas sobre la capacidad para prestar consentimiento, se deberán poner los medios para verificar dicha capacidad (artículo 14, ap. 3).

Solamente cabe experimentación si se cumplen las siguientes condiciones (artículo 16 Convenio de Oviedo):

- i) Que no exista método alternativo al experimento con seres humanos, de eficacia comparable;
- ii) Que los riesgos en que pueda incurrir la persona no sean desproporcionados con respecto a los beneficios potenciales del experimento;
- iii) Que el proyecto de experimento haya sido aprobado por la autoridad competente después de haber efectuado un estudio independiente acerca de su pertinencia científica, comprendida una evaluación de la importancia del objeto del experimento, así como un estudio multidisciplinar de su aceptabilidad en el plano ético;
- iv) Que la persona que se preste a un experimento esté informada de sus derechos y las garantías que la ley prevé para su protección;
- v) Que el consentimiento haya sido otorgado expresa, específicamente y por escrito, pudiendo ser libremente retirado en cualquier momento.

Respecto de los incapaces para prestar consentimiento –incluidos los menores–, el artículo 15 PAIII limita la investigación a los casos en los que (ap. 1):

- i) Los resultados de la investigación puedan producir un beneficio real y directo en la salud del incapaz;
- ii) No pueda realizarse investigación comparable en eficacia en personas con capacidad para prestar su consentimiento;

iii) La persona haya sido informada de sus derechos y garantías previstas jurídicamente para su protección, salvo que sea incapaz de recibir tal información;

iv) Exista autorización preceptiva por escrito por el representante legal o autoridad, persona u órgano previsto legalmente, tras haber recibido la información exigida por el artículo 16 PAIII, teniendo en cuenta el deseo y el rechazo previamente expresados (...). La opinión del menor será tenida en cuenta como factor progresivamente decisivo en relación con la edad y grado de madurez.

v) La persona no se oponga.

En similares términos se expresa el artículo 17 del Convenio de Oviedo, que añade estas condiciones a las generales de su artículo 16, que hemos reflejado anteriormente.

Solamente en condiciones excepcionales podrá autorizarse la investigación que no tenga un resultado potencial directo de beneficio a la salud del interesado⁷.

La investigación deberá obedecer al principio del mínimo riesgo y carga, a la luz de la naturaleza y envergadura de la intervención, pudiendo esperarse que apenas comporten un impacto negativo leve y temporal en la salud del interesado (artículo 17, ap. 1). La valoración de la carga mínima para el interesado podrá ser enjuiciada por una persona de especial confianza del interesado (artículo 17, ap. 2).

Las investigaciones sobre embarazadas que no supongan beneficio potencial directo sobre la salud de la madre, del embrión, feto o nacido, solo podrán realizarse en las siguientes condiciones (artículo 18):

i) La finalidad de la investigación contribuya a generar beneficios a otra madre en relación con la reproducción o a otros embriones, fetos o niños;

ii) No queda realizar investigación de eficacia comparable en mujeres no embarazadas;

iii) Existe un riesgo y una carga mínimos para la interesada.

En el caso de las lactantes, cabe la investigación siempre que se cuide de evitar cualquier impacto negativo en la salud del niño artículo 18, ap. 1).

El PAIII contiene igualmente las condiciones para legitimar las intervenciones en casos de emergencia clínica (artículo 19).

Es de destacar la exigencia, respecto de las personas en edad de procrear, de tener en cuenta, en el estudio de salud previo a la investigación, el impacto que la

intervención tendría en un embarazo actual o futuro, así como sobre la salud del embrión, feto o niño (artículo 22, ap. 2).

Sobre la confidencialidad de los datos obtenidos en la investigación, y el derecho a acceder a los datos recogidos sobre su salud, se ocupa el PAIII en los arts. 25 ss. Igualmente se reconoce el derecho a una compensación en caso de daño por la intervención (artículo 31).

VII. Aborto

Respecto de la siempre polémica cuestión del aborto, y dado que en las legislaciones de los Estados europeos el aborto está ampliamente presente –en sus diversas formas jurídicas, desde su despenalización por causas tasadas, como es el caso de España, hasta su consideración como derecho subjetivo–, el Tribunal Europeo ha tenido una actitud, en general, abstencionista. Amparándose en la diversidad inicial de sensibilidades nacionales, ha negado la posibilidad de aplicar el derecho a la vida del artículo 2 CEDH a la protección del feto, al no considerarlo persona. Así, en la Sentencia Vo. c/. Francia:

“It follows from this recapitulation of the case-law that in the circumstances examined to date by the Convention institutions –that is, in the various laws on abortion– the unborn child is not regarded as a “person” directly protected by Article 2 of the Convention and that if the unborn do have a “right” to “life”, it is implicitly limited by the mother’s rights and interests”⁸.

Ello, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias el *nasciturus* pueda gozar de cierta protección al amparo de dicho artículo 2:

“The Convention institutions have not, however, ruled out the possibility that in certain circumstances safeguards may be extended to the unborn child. That is what appears to have been contemplated by the Commission in considering that “Article 8 § 1 cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother” (see Brüggeman and Scheuten, cited above, at page 116-17, § 61) and by the Court in the above-mentioned Boso decision”⁹.

Como puede observarse, la completa desprotección práctica del *nasciturus* ex artículo 2 CEDH ha sido aumentada por la fuerza otorgada a la autonomía decisional de la embarazada a la luz de su derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH y, más tangencialmente, de la libertad de expresión (artículo 10 CEDH). A este último ámbito pertenece la sentencia del caso *Open Door Counseling and Dublin Well Woman c/. Irlanda* (1992), en el que el Tribunal consideró que limitar la información en Irlanda sobre cómo abortar en Inglaterra fue una vulneración en la libertad de expresión de la parte demandante. Subrayó el Tribunal la falta de proporcionalidad de la medida restrictiva para la legítima protección de la moral¹⁰.

En conclusión, si bien el Tribunal y la Comisión no han afirmado la existencia de un derecho al aborto, su jurisprudencia encuentra compatible con el CEDH que los Estados la permitan en sus derechos nacionales, especialmente en los casos en los que pudiera existir un riesgo para la salud de la madre. Ello sin dejar de reconocer, dada su pertenencia a la raza humana, su potencialidad y capacidad para ser una persona humana, y por tanto, la necesidad de cierta protección.

Sin embargo, dos cuestiones están pendientes aún de clarificar debidamente por parte del Tribunal Europeo: los derechos del varón progenitor –completa e indebidamente desatendidos

hasta el momento— y las posibilidades de extender legítimamente al amparo del CEDH el aborto a las últimas semanas de embarazo, sin que exista riesgo grave para la salud materna.

VIII. Anticoncepción

Respecto de la anticoncepción fallida (denominada en el derecho anglosajón *wrongful conception*, o también *unwanted pregnancy*) ha sido, más que una cuestión Biojurídica, un supuesto indemnizatorio por responsabilidad civil.

No me consta la existencia de caso alguno en los órganos de Estrasburgo, pero, para ilustrar el tema, mencionaré algunas decisiones sobre supuestos planteados, especialmente en España, donde el Tribunal Supremo ha conocido tanto de esterilizaciones negligentemente practicadas o practicadas correctamente pero con omisión de la oportuna información sobre sus consecuencias, como de la colocación negligente de un DIU (STS 24 septiembre 1999), o de la comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz. En todos estos supuestos se entiende que está en juego la libertad procreativa¹¹ y, por tanto, si se demuestra la negligencia médica o el defecto de fabricación del mecanismo anticonceptivo, o no existiendo tales, se incumple el deber de información, procede la indemnización. Para ilustrar este último caso, mencionaré la STS de 25 de abril de 1994 (Sala Primera), en la que tras la práctica de la vasectomía de forma correcta, sin embargo, el médico no informó al paciente de la posibilidad de recanalización espontánea, algo que de hecho sucedió. El daño fue indemnizado con el equivalente a 54.000 euros, no por el nacimiento del hijo sino como ayuda a la alimentación y crianza de hijos no previstos. Esta última cuestión no es menor, porque como afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de junio de 2006:

“La vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores.”

El principio indemnizatorio por los alimentos de hijos concebidos inesperadamente, sin embargo no es algo unánime en otros países: así, en la sentencia de la *House of Lords* (caso MacFarlane y otro c/. Tayside Health Board, de 25 de noviembre de 1999), se rechazó la indemnización por alimentos ya que a su juicio sería injusto reconocer la indemnización sin tener en cuenta los beneficios que el hijo sano tiene para los padres, algo de difícil valoración. En Alemania, por otro lado, el Tribunal Constitucional Federal afirmó las tesis de los tribunales civiles negando que tales indemnizaciones fueran contrarias a la Constitución Federal¹².

IX. *Wrongful birth*

Además de la *wrongful conception*, hay que mencionar el llamado *wrongful birth*. Con esta última expresión se denomina el supuesto de nacimiento de hijos con malformaciones no causadas por negligencia médica directa, sino por omisión de información a la madre que no ejerce la facultad de abortar en los supuestos legales. Cuando en lugar de la madre la reclamación la ejerce el hijo (o los padres en su nombre) se habla de *wrongful life*, refiriéndose a

la situación en que el mismo padece un daño moral por un sufrimiento que no hubiera existido de no haber nacido.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo nos encontramos con dos supuestos sobre error en el diagnóstico prenatal que lleva al alumbramiento de niños con enfermedades graves y las subsiguientes reclamaciones de compensaciones justas al amparo del artículo 1 del Protocolo I al CEDH (derecho de propiedad).

En el primero de ellos (sentencia Maurice c/. Francia, de 6 de octubre 2005), los hechos son los siguientes: los demandantes, el señor y la señora Maurice, tenían un hijo nacido en 1990 con enfermedad genética que causaba atrofia muscular. Concibieron un segundo hijo en 1992 al que detectaron una enfermedad genética grave mediante diagnóstico prenatal, por lo que decidieron abortarlo. Tras quedarse nuevamente embarazada en 1997 la señora Maurice acude a un hospital público, donde por error no detectan padecimiento genético alguno, por lo que la niña nace y es a los dos años cuando comienza a aparecer su problema genético. Acuden al Tribunal Europeo reclamando una indemnización de daños y perjuicios, acabando el mismo mediante acuerdo entre las partes, por un importe cercano a los 2,5 millones de euros. Supuesto análogo es el resuelto de modo similar en la sentencia Draon c/. Francia¹³.

X. Genoma humano

Bajo esta denominación, el capítulo IV del Convenio de Oviedo prohíbe, en primer lugar, toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético (artículo 11). Admite las pruebas genéticas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad con fines médicos y de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado (artículo 12), siempre con el consentimiento exigido en las condiciones verificadas en los arts. 5 a 8 del Convenio de Oviedo.

Por otro lado, solamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y solo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia (artículo 13).

Se prohíbe el uso de técnicas de asistencia médica a la procreación para la elección del sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos de que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo (artículo 14).

En este cap. IV del Convenio de Oviedo no hay, por tanto, especialidad alguna para los menores, salvo la mencionada del consentimiento.

XI. Clonación

El Protocolo Adicional I al Convenio de Oviedo prohíbe en su artículo 1.1 “toda intervención que busque crear un ser humano idéntico genéticamente a otro ser humano, vivo o muerto”, sin distinguir la llamada clonación terapéutica de la reproductiva. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (aún no vigente) prohíbe en su artículo 3.2 la

clonación reproductiva y las prácticas eugenésicas. y es que en Europa no hay unanimidad en la materia: países como Alemania (ley de protección del embrión de 1990) prohíben todo tipo de clonación, mientras que en el extremo contrario, el Reino Unido marcha con paso firme hacia la tolerancia a mi juicio excesiva en la materia. Muy recientemente, en diciembre de 2006, se autorizó la bárbara práctica de la hibridación.

Si bien en el ámbito del Consejo de Europa tal prohibición ha cuajado al menos en la formulación, en la Unión Europea, a pesar de las reiteradas peticiones del Consejo Europeo y el Parlamento¹⁴, no existe consenso. Existe unanimidad práctica en el reproche a la clonación llamada reproductiva, pero no ocurre así respecto de la denominada terapéutica.

XII. Embriones

El artículo 18 del Convenio de Oviedo prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación (ap. 2), pero admite la experimentación de embriones *in vitro* si está admitida por el derecho interno, exigiendo una protección adecuada del embrión. El PAIII –que se aplica a la investigación biomédica, incluyendo fetos y embriones *in vivo* y excluyendo de su ámbito de aplicación a los embriones *in vitro*, artículo 2, ap. 2– consagra el principio de libertad de experimentación en los términos del propio Protocolo y del resto de normas legales que aseguren la protección del ser humano (artículo 4), considerando prevalente el interés y bienestar del ser humano que participa en la investigación sobre el mero interés de la sociedad o de la ciencia (artículo 3). Legítima dicha investigación solo ante la inexistencia de alternativas de similar eficacia (artículo 5), exigiendo que los riesgos y cargas no sean desproporcionados respecto de sus potenciales beneficios (artículo 6, ap. 1), o, al menos, estos sean aceptables cuando no redunden en beneficio directo para la salud del participante (artículo 6, ap. 2). Exige que la investigación esté sometida a una autoridad competente (artículo 7) –regulada en los artículos 9 al 12– y científicamente justificada (artículo 8).

No existe, sin embargo, reparo jurídico alguno en la destrucción de embriones mal llamados sobrantes, tras la fecundación *in vitro*. Así en la sentencia *Evans c/. Reino Unido* (7 de marzo de 2006) del Tribunal de Estrasburgo, el padre retira su consentimiento a la implantación de los embriones almacenados tras la separación de su mujer. Esta destrucción se produce tras descubrirle un tumor precanceroso en ambos ovarios que deberían en el futuro ser extirpados. En aquel momento la señora Evans podría haberse quedado embarazada antes de la extirpación de sus ovarios, pero el consentimiento paterno imposibilitó tal alternativa. La prohibición británica de implantarle los embriones no violó su derecho a la vida privada y familiar, a juicio del Tribunal. y es que la mayoría de los Estados europeos permiten el veto paterno para no continuar con la implantación.

XIII. Cuidados médicos

Respecto de los cuidados médicos, los órganos de Estrasburgo han conocido diversos casos sobre esta materia, en los que, entre otras cosas, se reafirma que es una exigencia del CEDH que

los Estados no solamente no realicen actos intencionales contra la vida, sino que tienen la obligación positiva de tomar las medidas adecuadas para su protección¹⁵.

XIV. Confidencialidad

En materia de Bioderecho, no hay que dejar de resaltar la importancia que posee el principio de confidencialidad como dimensión tutelable de la vida privada (artículo 8 CEDH), que ha sido reiteradamente examinada y defendida en numerosos casos (St. Z. c/. Finlandia, 1997; M. S. c/. Suecia, 1997, Odièvre c/. Francia, 2003). En el primero de ellos, el Tribunal entendió que el hecho de que en una sentencia apareciera la identidad del demandante y su condición de seropositivo, vulneró su vida privada. En el segundo (M.S.), el Tribunal entendió que el hecho de someter la información a un deber de custodia y confidencialidad bajo sanciones civiles y penales, permite en algunos casos su transmisión de una autoridad pública a otra sin consentimiento del paciente.

En el caso Odièvre, el Tribunal entendió que el mantenimiento en secreto del nombre de la madre natural por ley no violaba el derecho a la vida familiar del hijo adoptado, ya que existe un legítimo interés de la madre natural en mantener su anonimato, y un interés público que busca la protección del niño y de la madre y evitar el aborto ilegal y el abandono de menores.

En materia de datos personales no puede dejar de mencionarse la importancia del Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (28 de enero de 1981), que tanta relevancia ha tenido en las legislaciones internas e incluso en las normas de la Unión Europea en la materia.

XV. objeción de conciencia

Por último mencionaremos una cuestión, la de la posible objeción de conciencia, que está cobrando fuerza en el ámbito biosanitario. El Tribunal de Estrasburgo consideró en la sentencia Pichon y Sajous c/. Francia (2 de octubre de 2001) que no se vulneraba la libertad de religión de los farmacéuticos al condenar a los que se negaran a entregar píldoras contraceptivas, dado que en Francia la venta es legal. El Tribunal tuvo en cuenta además que solamente pueden obtenerse tales píldoras en las farmacias, de modo que a su juicio la libertad religiosa no siempre puede invocarse en la esfera pública: solamente es procedente en los actos estrechamente vinculados a las creencias religiosas, como el culto, la enseñanza, práctica y observancia.

A mi juicio, en este caso, el Tribunal demostró un excesivamente restringido concepto de libertad, dado que la negativa de un farmacéutico no impide la compra en otra farmacia que no tenga reparos en venderlas.

En el caso de España, por ejemplo, está reconocida la objeción de conciencia al aborto del personal sanitario, y muy recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso Administrativo) ha dictado una sentencia interesante (de 8 de enero de 2007)

reconociendo el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos que se negaron a la venta de la llamada píldora del día después.

No podemos dejar de mencionar que la objeción de conciencia está reconocida en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de modo genérico, en su artículo 10.2.

Creo que en los años venideros esta cuestión va ser de gran importancia, cuando en los hospitales médicos y centros de investigación recomienzen a realizar prácticas vinculadas a la manipulación genética o intervenciones que supongan un atentado al principio de intangibilidad de la vida humana, no solamente en su existencia sino en su forma de existir.

XVI. Patentes

Una breve consideración sobre lo que a mi juicio puede ser la puerta trasera del sistema jurídico: la patentabilidad del material biológico humano. La enorme liberalidad del derecho de patentes norteamericano no ha ayudado a que el europeo se restrinja por temor a perder la batalla tecnológica e hipotecar la economía derivada de sus aplicaciones comerciales. Ciertamente es que el sistema internacional de patentes –p. ej., en el ámbito de la OMC, el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, arts. 2 y 3; en el contexto europeo, el Convenio sobre concesión de patentes europeas, de 5 de octubre de 1973, arts. 52 y 53; y la Directiva 98/44/CE del Parlamento y del Consejo de 6 de junio de 1998 sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, arts. 4 a 6– es el marco de las legislaciones nacionales. Pero las nociones que limitan la patentabilidad son suficientemente amplias –orden público, buenas costumbres, moralidad– como para que los Estados tengan un amplio margen de decisión. Mencionaré al respecto la decisión de la Oficina de Patentes Europea sobre la pretensión de la Universidad de Edimburgo de patentar células madre embrionarias y tejidos adultos humanos¹⁶. y es que el artículo 5.2 de la Directiva 98/44 considera invención patentable “un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen (...) aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural”. La patentabilidad es una exclusividad de explotación comercial, por lo que en estos casos resulta dudosa la compatibilidad con el principio de que el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberían ser objeto de lucro (artículo 21 Convenio de Oviedo), a pesar de lo cual la sentencia del Tribunal de Luxemburgo (caso Países Bajos c/. Parlamento y Consejo, 9 octubre de 2001) consideró legítima la regulación de la Directiva 98/44.

Conclusión

Para concluir me gustaría hacer algunas consideraciones terminológicas. Resulta del todo impropio, a mi juicio, el uso del término *Bioética* para referirse al conjunto de criterios de naturaleza jurídica que regulan el origen, desarrollo y finalización de la vida humana. La Bioética es Ética, y por tanto, no es Derecho. Ha de preferirse la utilización del término Bioderecho (no biojurídica, porque lo apropiado es el sustantivo, no el adjetivo). No es solamente un asunto de precisión en el lenguaje, sino que con ello creo que cabe reducir el

desproporcionado grado de subjetivismo moral que desafortunadamente empapa buena parte de las teorías y normas éticas en boga.

En segundo lugar, no nos parece neutra la sustitución del término “menor” por el de “niño”. “Niño” no es un concepto jurídico sino psicosocial. Jurídicamente, el niño es simplemente un menor de edad. La diferencia es enorme ya que el uso del término “niño” esconde una reivindicación de la autonomía del menor que en ocasiones puede resultar desproporcionada y, desde luego, difícilmente ajustable a la patria potestad de los padres.

El reajuste cultural del equilibrio natural en la familia no es precisamente algo anecdótico. El bienpensante principio del “interés superior del niño”, tan difícilmente discutible *prima facie*, es una pieza de un sistema que hace deslucir en gran forma la atribución paterna de la dirección de la vida de los hijos menores. Así, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su sesión de 10 de octubre de 1994, a propósito del papel de la familia en la promoción de los derechos del niño, afirmaba:

“(…) Al adherirse al principio esencial del interés superior del menor y al realizar activas campañas de concienciación, información y educación, será posible cambiar los prejuicios predominantes y las tradiciones culturales o religiosas contrarias a la dignidad del menor, que menoscaban el desarrollo armónico del niño o le impiden el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales”¹⁷.

Desafortunadamente, hemos visto cómo en otros ámbitos como el educativo se califican como prejuicios las creencias éticas o religiosas según las cuales, por ejemplo, el aborto o las prácticas homosexuales son inmorales. Por ello, sería ingenuo, según creo, pensar que la citada declaración de intenciones es manifestación de algo distinto a la inculturación relativista. O al menos, entiendo que son legítimas las precauciones iniciales, a la espera de los desarrollos concretos posteriores.

En tercer lugar, y sobre el concepto de “interés superior del niño”, asistimos, nuevamente, a una ya consumada en otros ámbitos, perniciosa e interesada sustitución del bien por el interés. El interés es un *factum* perseguido, mientras que el bien es una realidad deóntica.

A pesar de todo, es unánime en el ámbito del Derecho público, por ejemplo, el uso del término “interés público” para designar el bien común, cuando la praxis nos ha manifestado que en ocasiones pueden ser divergentes el interés del Estado y el bien social.

La articulación del interés público con el interés superior del menor, es decir, del Estado y del hijo, puede conllevar una traslación del centro decisorio sobre los hijos, del ámbito paterno hacia el estatal, ya que es precisamente el Estado el que declara cuál es el interés superior del menor. Un paso más hacia lo que algún autor ha llamado la expropiación de la patria potestad.

Creo, en definitiva, que en este ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos – que tanta influencia tiene en los derechos nacionales– se está produciendo una sociologización del Derecho –que es el principio de su disolución–, un abandono de lo justo natural –suplantado por la voluntad política–, una desactivación de la patria potestad –perniciosa para la consistencia

de la familia como célula social básica– y una progresiva y sutil implantación de una ideología presidida por el relativismo constructivista que adopta las decisiones jurídicas bajo premisas básicamente utilitaristas, usando lo que López Quintás denomina palabras talismán, cargadas de un prestigio tal que escudan tras ellas sus errores e incluso, en ocasiones, su desprecio a la verdad, haciendo de la Retórica una auténtica Sofística.

Referencias

Textos internacionales

Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997): <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=164&CM=8&DF=10/18/2007&CL=ENG> –Texto en español: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/bioethics/texts_and_documents/ETS164Spanish.pdf

Protocolo adicional sobre prohibición de la clonación de seres humanos (ETS N° 168, París, 12 de enero de 1998): <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=168&CM=8&DF=10/18/2007&CL=ENG>

Protocolo adicional sobre transplante de órganos y tejidos de origen humano (ETS N° 186, Estrasburgo, 24 de enero de 2002): <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=186&CM=8&DF=10/18/2007&CL=ENG>

Protocolo adicional sobre investigación biomédica (ETS N° 195, Estrasburgo, 25 de enero de 2005): <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=195&CM=8&DF=10/18/2007&CL=ENG>

Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (28 de enero de 1981): <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=108&CM=8&DF=10/18/2007&CL=ENG>

Convenio sobre concesión de patentes europeas, de 5 de octubre de 1973: http://www.oepm.es/internet/legisla/dcho_eur/22cpe.htm

Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Organización Mundial del Comercio), de 15 de abril de 1994: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

Directiva 98/44/CE del Parlamento y del Consejo de 6 de junio de 1998 sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/1998/l_213/l_21319980730es00130021.pdf

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Sentencias y decisiones del tribunal Europeo de Derechos humanos¹⁸

- Sentencia Evans *c/*. Reino Unido, de 7 de marzo de 2006.
- Sentencia Maurice *c/*. Francia, de 6 de octubre 2005 y Sentencia de compensación justa de 21 de junio de 2006.
- Sentencia Draon *c/*. Francia 6 de octubre de 2005 y Sentencia de compensación justa de 21 de junio de 2006.
- Sentencia y. F. *c/*. Turquía, de 22 julio de 2003.
- Sentencia Odièvre *c/*. Francia, 13 de febrero de 2003.
- Sentencia Vo. *c/*. Francia, de 8 julio de 2004.
- Decisión sobre admisibilidad de la demanda, caso Boso *c/*. Italia, de 5 de septiembre de 2002.
- Decisión sobre la admisibilidad de la demanda, caso Pichon y Sajous *c/*. Francia, de 2 de octubre de 2001.
- Sentencia Bowman *c/*. Reino Unido, de 19 de febrero de 1998.
- Sentencia M. S. *c/*. Suecia, de 27 de agosto de 1997.
- Sentencia Z. *c/*. Finlandia, de 25 de febrero de 1997.
- Sentencia Open Door Counseling y Dublin Well Woman *c/*. Irlanda, de 29 de octubre de 1992.

¹⁸ Pueden consultarse las sentencias del Tribunal y las decisiones de la Comisión en la base de datos pública HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

Comisión Europea de Derechos humanos

- Decisión en el caso Paton *c/*. Reino Unido, de 13 de mayo de 1980.
- Decisión en el caso H. *c/*. Noruega, de 19 de mayo de 1992.
- Decisión en el caso Tavares *c/*. Francia, de 12 septiembre de 1991.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

– Sentencia Países Bajos c/. Parlamento y Consejo, 9 octubre de 2001. En: http://www.oepm.es/internet/noticias/sent_biotec.pdf

oficina de patentes Europea

Patentes EP695351, EP1257168, EP1121015, EP1196153, EP1121015.

Jurisprudencia española

*Tribunal Constitucional*¹⁹:

- Sentencia Nº 215/1994, de 14 de julio. *Tribunal Supremo*²⁰:
- Sentencia de 3 de octubre de 2000 (Sala Tercera).
- Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (Sala Primera).
- Sentencia de 25 de abril de 1994 (Sala Primera).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía:

- Sentencia de 8 de enero de 2007 (Sala de lo Contencioso Administrativo).

house of lords (Reino Unido)

– Sentencia MacFarlane y otro c/. Tayside Health Borrada, de 25 de noviembre de 1999: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>

¹⁹ Pueden consultarse en: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html>

²⁰ Pueden consultarse en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm>

Tribunal Constitucional Federal Alemán

– BVerfG 12.11.1997, NJW 1998, 519.

Referencias bibliográficas

Andorno Roberto. “Hacia un Derecho internacional de la bioética: El ejemplo de la Convención europea de derechos humanos y biomedicina”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº. 3, 2001. En: <http://www.reei.org/reei3/Andorno.PDF>

Consejo de Europa. *Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Biomedical Research*, Estrasburgo, 30 de junio de 2004.

Fernández de Casadevante y Romaní Carlos R. “El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la biología y la medicina: convención sobre derechos humanos y biomedicina”, *Revista de derecho y genoma humano*, Nº 7, 1997, pág. 105-120.

Martín Casals Miquel y Solé Feliu Joseph. “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, *InDret*, Girona, julio de 2001. En: http://www.indret.com/pdf/056_es.pdf

Martínez-Calcerrada Gómez Luis. “La Sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales: aspectos civiles”, en el IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, organizado por la Asociación Española de Derecho Sanitario (AEDS), Madrid, 23 al 25 de octubre de 1997. En: <http://www.aeds.org/congreso4/4congre-24.htm>

Martínez-Pereda Rodríguez José Manuel. “La minoría madura”, ponencia presentada en el IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, organizado por la Asociación Española de Derecho Sanitario (AEDS), Madrid, 23 al 25 de octubre de 1997. En: <http://www.aeds.org/congreso4/4congre-6.htm>

Oliva, Cécile. *Breveter l’humain?*, L’Harmattan, Paris, 2006.

Quintana i Trias Octavi. “El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: un Convenio de consenso”, *Revista de derecho y genoma humano*, Nº 7, 1997, pág. 165-172.

Requena Casanova M. “España ratifica el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina)”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 51, Nº 2, 1999, pág. 794-800.

Romeo Casabona Carlos María. “Protección jurídica del genoma humano en el derecho internacional: el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Estudios de derecho judicial*, Nº 36, 2001 (Ejemplar dedicado a: Genética y derecho), pág. 295-328.

Ruiz Vadillo Enrique. “La Convención para la protección de los derechos del hombre y de la dignidad del ser humano en orden a las aplicaciones de la biología y de la medicina: Convención sobre los derechos del hombre y la biomedicina”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 169, 1999, pág. 37-42.

Citas

¹ Conferencia inaugural pronunciada en el marco de las Terceras Conferencias de Bioética y Derecho, “Los niños y los adolescentes en el ámbito de la Bioética”, 29 de mayo de 2007, organizadas por la Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada (CEDAP-UC) en colaboración con el Centro de Bioética (Facultad de Medicina-UC).

² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, no ha de confundirse con el Tribunal de la Unión Europea, órgano judicial de esta organización de integración

supranacional con jurisdicción obligatoria en los 25 Estados que actualmente componen la Unión Europea, y que aplica otro Derecho, el llamado Derecho Comunitario Europeo, cuyos principios generales han incorporado la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo como orden público comunitario.

³ Dicho Convenio se refiere, a pesar de su denominación, al ejercicio de tales derechos en los procedimientos judiciales.

⁴ **Asamblea parlamentaria:** Recomendación 1512 (2001) sobre protección del genoma humano por el Consejo de Europa (25 de abril de 2001). Recomendación 1468 (2000) sobre biotecnologías (29 de junio de 2000). Recomendación 1425 (1999) sobre biotecnología y propiedad intelectual (23 de septiembre de 1999). Recomendación 1418 (1999) sobre protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y los moribundos (25 de junio de 1999). Recomendación 1399 (1999) sobre xenotrasplantes (29 de enero de 1999). Recomendación 1240 (1994) sobre la protección y patentabilidad de material de origen humano (14 de abril de 1994). Recomendación 1160 (1991) sobre preparación de un Convenio sobre Bioética (28 de junio de 1991). Recomendación 1159 (1991) sobre armonización de las normas sobre autopsias (28 de junio de 1991). Recomendación 1100 (1989) sobre el uso de embriones y fetos humanos en la investigación científica (2 de febrero de 1989). Recomendación 1046 (1986), sobre el uso de embriones y fetos humanos con fines de diagnóstico, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales (24 de septiembre de 1986). Recomendación 934 (1982) sobre ingeniería genética (26 de enero de 1982). Recomendación 779 (1976) y Resolución 613 (1976) sobre derechos de los enfermos y moribundos (28 y 29 de enero de 1976, respectivamente). Petición N° 534 (1997) sobre investigación y clonación de seres humanos (23 de septiembre de 1997). Opinión N° 202 (1997) sobre el Proyecto de Protocolo Adicional al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina que prohíbe la clonación de seres humanos (23 de septiembre de 1997).

Comité de Ministros: Recomendación (2003) 10, a los Estados miembros sobre xenotrasplantes (19 de junio de 2003). Recomendación (99) 3, sobre armonización de normas en el ámbito de las autopsias con fines jurídicos (2 de febrero de 1999). Recomendación (98) 7, sobre aspectos éticos y organizativos de la medicina en las prisiones (8 de abril de 1998). Recomendación (97) 15, sobre xenotrasplantes (30 de septiembre de 1997). Recomendación (97) 5, sobre protección de datos médicos (13 de febrero de 1997). Recomendación (94) 11 sobre la exploración como instrumento de medicina preventiva (10 de octubre de 1994). Recomendación

(94) 1, sobre bancos de tejidos humanos (14 de marzo de 1994). Recomendación (93) 4, sobre ensayos clínicos que requieren el uso de componentes y de productos extraídos de la sangre o plasma humanos (22 de marzo de 1993). Recomendación (92) 3, sobre tests y exploraciones genéticas con fines médicos (10 de febrero de 1992). Recomendación (92) 1, sobre uso de análisis de ADN en el ámbito de la justicia penal (10 de febrero de 1992). Recomendación (90) 13, sobre exploración genética prenatal, diagnóstico genético prenatal y orientación asociada (21 de junio de 1990). Recomendación (90) 3, sobre investigación médica con seres humanos (6 de febrero de 1990). Recomendación (84) 16, sobre notificación de actividades con ADN recombinado (24 de septiembre de 1984). Recomendación (79) 5, sobre transporte e intercambio internacional de sustancias de origen humano (14 de marzo de 1979). Resolución (78) 29, sobre

la armonización de las legislaciones de los Estados Miembros sobre extracción, injerto y trasplante de sustancias de origen humano (11 de mayo de 1978).

⁵ Vid., sobre exigencia de consentimiento, la sentencia del TEDH en el caso *y. F. c/. Turquía*, de 22 julio de 2003.

⁶ Sentencia TC N° 215/1994, de 14 de julio.

⁷ Vid. artículo 17, ap. 2 Convenio de Oviedo. Las condiciones del artículo 15, ap. 1, subapartados ii, iii, iv y v. PAIII, además de las siguientes:

i. que la investigación tenga como finalidad contribuir de modo significativo a la mejora de la comprensión científica de la situación del individuo, la enfermedad o padecimiento, teniendo como meta última la posibilidad de que los resultados puedan beneficiar al interesado o a terceros de edad similar, o afectados por la misma enfermedad o padecimiento, o se encuentren en una situación similar.

ii. La investigación comporte un mínimo riesgo y carga al interesado, sin que cualquier beneficio potencial adicional pueda justificar un aumento del nivel de riesgo o carga.

⁸ Ap. 80.

⁹ Así en el caso *Paton c/. Reino Unido* (1980) decidido por la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, el padre intentaba evitar que su mujer abortara alegando que se violaría en tal caso el derecho a la vida del feto ex artículo 2 CEDH. La Comisión excluye del “everyone” del artículo 2 al feto y otorga prevalencia a los derechos de la madre embarazada, ya que carece de autonomía plena la vida del *nasciturus* al estar íntimamente conectada a la vida de la embarazada.

Otorgar derecho a la vida al *nasciturus* significaría, alega la Comisión, otorgarle una primacía indebida a la vida de aquel en detrimento de la de la madre, al menos en los casos de riesgo grave para la salud de la embarazada. En el caso *H. c/. Noruega* (1992), la Comisión entiende que Noruega actuó dentro de sus debidos márgenes de apreciación al permitir el aborto en las 12 primeras semanas, extensibles a 18 bajo autorización estatal, y que tal legislación no vulnera ningún derecho del feto a la vida, razón alegada por un padre para evitar el aborto de su pareja. En términos similares se pronunció el Tribunal en el caso *Boso c/. Italia* (2002).

¹⁰ Vid. sentencia *Bowman c/. Reino Unido*, de 19 de febrero de 1998.

¹¹ Al respecto, STS 3 octubre 2000 (Sala Tercera), en la que si bien no se condena al demandado por falta de alguno de los presupuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal reconoce que en la esterilización fallida el daño moral puede resultar de la lesión del “poder de la persona de autodeterminarse”, que podría constituir una lesión de la dignidad misma. La STC 215/1994, de 14 julio sobre despenalización de esterilización forzosa de

incapaces, afirma que la libertad de procrear es uno de los aspectos que integran el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución española.

¹² BVerfG 12.11.1997, NJW 1998, 519.

¹³ Sentencia de compensación justa de 21 de junio de 2006. En el segundo supuesto (sentencia Draon c/. Francia, de 6 de octubre de 2005), un análisis genético prenatal errado desmintió una anomalía detectada en el quinto de mes de embarazo mediante escáner de ultrasonido. ya nacido, al poco tiempo, se constató su invalidez permanente total. Como en el caso anterior, se reclama ante el Tribunal Europeo, y en idéntica fecha se llega a un acuerdo entre las partes, judicialmente sancionado (sentencia de 21 de junio de 2006), por un importe también cercano a los 2,5 millones de euros.

¹⁴ Declaración del Consejo Europeo sobre prohibición de clonación de seres humanos (1997); resoluciones del Parlamento Europeo de marzo 1997, enero de 1998 y septiembre de 2000.

¹⁵ Caso Tavares c/. Francia, Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 16593/90, decisión de 12 septiembre de 1991.

¹⁶ Patente ER 695351. La Oficina Europea de Patentes concedió el 2 de febrero de 2005 una patente (EP1257168) que incluye métodos de selección de células germinales humanas y de las propias células germinales, y las patentes EP1121015 y EP1196153, que abarcan también células germinales humanas, y la patente EP1121015, que cubre incluso embriones humanos congelados.

¹⁷ Ap. 195. Disponible en: www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/doc/days/family.pdf