

LA BIOÉTICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS DEL HOMBRE

Christian BYK*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El embrión y el feto como beneficiarios del derecho a la vida: la cuestión del campo o de los límites a la protección*. III. *La eutanasia y la asistencia al suicidio*. IV. *La legitimidad*. V. *El consentimiento*. VI. *Los derechos del donante de gametos con respecto al niño*. VII. *El derecho de conocer los orígenes biológicos*. VIII. *El transexualismo, el IAD y la vida familiar*. IX. *La detención y la inseminación artificial*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Generalidades*

Hasta la adopción de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y de la Biomedicina, los textos internacionales relativos a los derechos del hombre eran particularmente discretos en las ciencias de la vida. En la medida en que recurrir al mecanismo de la Convención Europea de Derechos del Hombre es factible, la Convención de la Biomedicina es sin embargo un texto de referencia para una interpretación de las obligaciones de los Estados en materia de derechos del hombre a la luz de las evoluciones científicas y jurídicas.

* Juez de la Corte de Apelación de París; secretario general de la Asociación Internacional, Derecho, Ética y Ciencia; miembro del consejo ejecutivo del CIOMS (Consejo Internacional de las Organizaciones de Ciencias Médicas); observador del Comité Internacional de la Bioética de la UNESCO, y miembro de la HUGO (Organización Humana del Genoma).

2. Asegurar el respeto de los principios fundamentales

El objetivo de la Corte Europea de Derechos del Hombre (CEDH) es, en primer lugar, asegurar el respeto de los principios fundamentales. Igualmente, no debería sorprendernos el hecho de que el principio de legalidad de delitos y de penas pueda ser invocado al encuentro de sanciones penales infligidas, para hacer respetar, por ejemplo, el monopolio de la distribución de medicamentos instituido en nombre de la salud pública (CEDH, 15 nov. 1996, núm. 17862/91, *Cantoni c/ Francia*).

En otro caso (CEDH, 20 marzo 2007, núm. 5410/03, *Tysiac Polonia*), la Corte recuerda que la “compatibilidad con las exigencias de la preeminencia del derecho implica que el derecho interno ofrece una cierta protección a los derechos garantizados contra los atentados arbitrarios de las potencias publicas”.

Una sentencia del 30 de octubre de 1998 (CEDH, 30 oct. 1998, núm. 38212/97, *F. E. c/ Francia*), rendida en materia de sida, confirma la jurisprudencia de la Corte (CEDH, 4 dic. 1995, núm. 23805/94, *Bellet c/ Francia*), en materia de previsión jurídica. Lo mismo ocurre en la disposición de derecho francés, en la cual se prohíbe indemnizar el perjuicio del niño que nace incapacitado cuando existe falta médica.

Esta disposición es aplicable a los casos en curso de juzgamiento, en donde se ve afectado, de manera discriminatoria, el derecho de crédito del cual disponían legítimamente, antes de la ley, los niños nacidos así (CEDH, 6 oct. 2005, núm. 11810/03 et 1513/03).

3. La noción de plazo razonable

La noción de plazo razonable juega un papel importante para la consideración de una aproximación equitativa en la indemnización de personas contaminadas por el virus del sida a la ocasión de la inyección de productos sanguíneos.

Las sentencias rendidas el 22 de abril de 1998 por la Corte Europea de Derechos del Hombre recalcan que “una diligencia excepcional se imponía... al punto de que se trataba de un debate del cual el gobierno (francés) tenía conocimiento desde hacía varios años y del cual no podría escaparle su gravedad”, (CEDH, 22 abril, 1998, núm. 33441/96, *Richard c/ Francia* CEDH, 22 abril, 1998, núm. 32217/96, *Pailot c/ Francia*).

Igualmente, la Corte ha intervenido para sancionar a Francia por el retardo de un procedimiento ante las jurisdicciones administrativas tratándose de un recurso.

Sección 1

La protección de la integridad física de la persona

§1. Atentado a la vida

4. *Observaciones generales*

Si el derecho a la vida es el primer derecho que la Convención garantiza, éste no es sin embargo absoluto. Este derecho puede ser objeto de excepciones legales a las cuales la Convención da un campo definido, aunque bastante flexible (CESDH 4 Nov. 1950, art., 2 al. 2, puntos de a) a c), pero éste implica de igual forma, limitaciones a la libertad de acción de los Estados, los cuales pueden ir mucho más allá de la obligación estricta de no atentar contra la vida humana.

5. *Naturaleza de las obligaciones del Estado*

En el caso de una primera investigación, la comisión planteó el problema de la obligación de los poderes públicos de intervenir positivamente, por ejemplo, con el aprovisionamiento de cuidados médicos (Comisión EDH, 4 oct. 1976 núm. 6839/74, X c/ Irlanda). La Comisión reconoció que el principio según el cual “el derecho de toda persona a la vida es protegido por la ley” impone al Estado no solamente abstenerse de dar muerte “intencionalmente”, sino también de tomar las medidas necesarias a la protección de la vida (Com. EDH, 12 julio 1978, núm. 7154-75, Asociación X c/ Reino Unido: Decisiones et Reportes 14, p. 31).

6. *Obligación de medio*

Sin embargo, esta obligación sigue siendo una obligación de comportamiento, y no se deducirá como una obligación de resultado. “El artículo 2 de la Convención no será interpretado como imponiendo al Estado la obligación de atribuir una protección (un guardaespaldas), al menos du-

rante un periodo ilimitado” (Com. EDH, 20 julio 1973, núm. 6040/73: recopilación 44, p. 131).

La imposibilidad radical de llegar a un resultado puede, incluso en la ausencia de medidas positivas, no constituir una violación de la Convención. En el caso *A. Huges c/ Reino Unido*, la demandante reclama el hecho de que su esposo no haya sido beneficiado de una asistencia médica rápida, la cual hubiera aumentado sus posibilidades de reanimación. La comisión, declarando sobre este punto la petición mal fundada, estimó que “en la especie, el peritaje médico, estableció que la muerte era inevitable... y que incluso si una ambulancia hubiese sido llamada, esta no hubiera podido llegar a tiempo” (Com. EDH, 18 julio 1986, núm. 11590/85, *A. Hugues c/ Reino Unido*).

No obstante, esta obligación de medio conlleva a la obligación de resultado cuando se trata de hacer que un Estado respete su propio derecho interno. Así, el hecho de que el legislador polonés haya decidido, incluso bajo condiciones restrictivas, autorizar el aborto, implica que él no pueda fijar métodos de ejercicio que limiten *in concreto* la facultad de recurrir en condiciones legales (Com. EDH, 20 marzo 2007, núm. 5410/03, *Tysiac c/ Polonia*).

7. *Obligación positiva por ricochet*

En un caso que concierne la expulsión de un traficante enfermo de sida, una vez ejecutada la pena, la Corte fundó su decisión bajo el ángulo del artículo 3 (ver adjunto), y señala que la expulsión “expondría (el demandante) a un riesgo real de morir” (CEDH, 2 mayo 1997, *D. c/Reino Unido*).

Este caso ha conducido a la Corte a admitir que el atentado al artículo 3 puede resultar para un extranjero, no de los actos intencionales de las autoridades públicas del país, pero sí del deterioro del estado de salud del demandante. A falta de poder exigir de un Estado que no es parte de la Convención, una obligación positiva al respeto del demandante (ofrecer cuidados aptos a su Estado), la Corte exige del Estado perseguido (Reino Unido) una obligación positiva que pueda calificarse de protección por ricochet.

El fundamento de esta solución se encuentra en el carácter absoluto de la protección ofrecida por el artículo 3.

II. EL EMBRIÓN Y EL FETO COMO BENEFICIARIOS DEL DERECHO
A LA VIDA: LA CUESTIÓN DEL CAMPO O DE LOS LÍMITES
A LA PROTECCIÓN

1. *Problema del aborto*

La Comisión y el Comité de Ministros tuvieron la ocasión de pronunciarse acerca de varios casos concernientes al aborto. La Corte conducida en el respeto de la libertad, de comunicar informaciones (artículo 10), en un caso de aborto “señalaba (en efecto) principalmente que ella no había sido llamada, en la especie, a determinar si la Convención garantiza un derecho al aborto, o si el derecho a la vida, el cual es reconocido por el artículo 2, vale igualmente para el feto” (CEDH, 29 octubre 1992, núm. 14234/88, *Open Door et Dublin Well Woman c/Irlanda*). Asimismo, requerida en otro caso (CEDH, 20 marzo 2007, núm. 5410/03, *Tysiac c/Polonia*) sobre el fundamento de los artículos 3, 8 y 14, la Corte estimó que teniendo que pronunciarse sobre las condiciones de acceso al aborto legalmente permitido, la cuestión del aborto como tal no se planteaba en la especie a la luz de la Convención.

2. *Embarazo y vida privada*

Tratándose del artículo 2, dos demandas fueron declaradas inadmisibles por la Comisión, en razón de que en ausencia de todo aborto afectándolos en razón de un vínculo estrecho con los fetos, los demandantes no podían pretenderse “víctimas” de leyes incriminadas en materia de aborto (I com. EDH?, núm. 867/60, *X c/ Noruega: Recopilación 6*, p. 34 I Com. EDH, núm. 7045, *X c/ Austria: Decisiones e informes 7*, p. 87). Al contrario, en el caso *Brüggemann y Sheuten c/ República Federal de Alemania*, la Comisión declaró la petición admisible en la medida en que ella fue establecida por dos mujeres (I Com. EDH, del 12 de julio de 1977 *Brügemann y Sheuten c/ República Federal de Alemania: decisiones e informes 10*, p. 100). En el caso *Tysiac c/ Polonia* (*cf. supra* núm. 9) la Corte recuerda que “la legislación que regula la interrupción voluntaria de embarazo afecta el dominio de la vida privada siendo que cuando una mujer está embarazada, su vida privada se vuelve estrechamente asociada con la del feto que se está desarrollando”.

En el marco del artículo 8 de la Convención, sobre el punto de saber si la prohibición de la interrupción del embarazo después de la doceava semana podía constituir un atentado a la vida privada, la Comisión y ulteriormente el Comité de Ministros estatuyeron que no hubo violación de la Convención en este caso.

La Comisión observa que no se podría decir que el embarazo es de la esfera de la vida privada solamente. Cuando una mujer está embarazada, su vida privada se encuentra estrechamente ligada a la del feto que se está desarrollando. Tratándose del derecho a la vida, la Comisión había estimado que no era necesario examinar si el niño a nacer debe ser considerado como una “vida” en el sentido del artículo 2 de la Convención. Se observa, por otro lado, que la comisión hace referencia a la palabra “vida” más que a la expresión “toda persona”.

3. Interpretaciones de la palabra “vida”

1o. Decisión del 13 de mayo de 1980

En su decisión del 13 de mayo 1980, la Comisión aclara su posición. En este caso, la esposa del demandante había recurrido a una interrupción de embarazo para proteger su salud, al cabo de la décima semana de embarazo y conforme a la ley británica, que siguiendo el juez nacional la cual no acordaba al feto una existencia distinta a aquella de la madre (Com. EDH, 13 mayo 1980, núm. 8416/79, X c/ Reino Unido: decisiones e informes 19, p. 244).

En primer lugar, la comisión señala que el termino “toda persona” es utilizado por la Convención (CESDH, art. 5, 6, 8 à 11 et 13) de tal manera que no se puede aplicar después del nacimiento. Nada indica que el texto pueda aplicarse antes del nacimiento, pero no se puede excluir totalmente tal aplicación en un raro caso, por ejemplo, para la aplicación del artículo 6, § 1. En cuanto al artículo 2, la Comisión nota que las limitaciones mencionadas del derecho a la vida “conciernen, por su naturaleza a todas las personas nacidas y no sabrían ser aplicadas al feto”.

En fin, la comisión observa que el término “vida” contenido en el artículo 2, § 1, no está tampoco definido en la Convención. Ella estima que para interpretar este término y saber si él se refiere igualmente a la “vida por nacer” “es necesario consagrar una atención particular al contexto del artículo en su totalidad”.

En la ausencia de toda limitación expresa concerniendo el feto en el artículo 2, la Comisión propone examinar cuál interpretación deberá ser deducida de dicho artículo: ¿no concierne en absoluto este artículo al feto? ¿Le da al feto un “derecho a la vida” emergido de ciertas limitaciones implícitas? ¿Reconoce al feto un derecho de carácter absoluto?

Tratándose de dos interpretaciones subsistentes, la Comisión utiliza los datos de la demanda para no tener que hacer una elección. El problema en un principio no concierne solamente la fase inicial del embarazo, puesto que el aborto ha sido practicado antes de la décima semana. Además, en lo que concierne a la limitación implícita del “derecho a la vida” durante esta fase inicial, sólo la limitación destinada a proteger la vida o la salud de la mujer embarazada está aquí en causa.

Entonces, al suponer que existe un “derecho a la vida” del feto, tal restricción aplicada a la fase inicial del embarazo sería compatible con el artículo 2 §1, de la Convención, porque “el aborto se encuentra entonces cubierto por una limitación implícita del derecho a la vida del feto, para que en este estadio se proteja la vida y la salud de la mujer”.

2o. Confirmación de la jurisprudencia

Tratándose de una interrupción de embarazo practicada en razón de una falta médica, la Corte ha rechazado la demanda de la madre que estimaba que la ausencia de una incriminación penal al atentado contra la vida del feto en derecho francés constituía una violación del artículo 2 de la Convención (CEDH, 8 julio 2004, núm. 53924/00, Vo c/ Francia).

En el caso *Evans c/ Reino Unido*, relativa al rechazo opuesto a una mujer de implantar los embriones conservados en el marco de una fecundación *in vitro*, teniendo en cuenta el retiro de consentimiento de su compañero, la Corte reiteró que la determinación del punto de partida del derecho a la vida se deduce del margen de apreciación de los Estados. El derecho británico no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo ni lo autoriza a prevalerse —a través de nadie— del derecho a la vida garantizado por el artículo 2; por ende, no hubo violación del artículo 2 (CEDH, 7 marzo 2006, núm. 6339/05).

III. LA EUTANASIA Y LA ASISTENCIA AL SUICIDIO

1. *Caso Pretty*

En la fase terminal de una enfermedad, que había provocado su parálisis dejándola enferma y lúcida, una residente británica presentó una queja ante las autoridades de su país por haber negado la impunidad de su esposo, el cual se proponía ayudarla a poner término a sus días, y en consecuencia haber violado los artículos 2, 3, 8 y 14 de la convención.

Con respecto al artículo 2, la Corte, recordando su jurisprudencia sobre la obligación positiva para los Estados de proteger la vida, debía declarar en un fallo de rechazo del 29 de abril 2002 que “ella no se encontraba persuadida de que el ‘derecho a la vida’... pueda interpretarse como conteniendo un aspecto negativo. El artículo 2 no podría, sin distorsión del lenguaje, ser interpretado como confiriendo un derecho de morir”.

Si la Corte interpreta de manera idéntica la queja por la violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, su análisis del artículo 8 no está desprovisto de interés y de alcance. La Corte considera, en efecto, reconociendo por primera vez explícitamente que la noción de autonomía de la persona constituye el fundamento del artículo 8, que la actitud del gobierno británico al encuentro de la señora Pretty constituye una injerencia en su derecho de escoger la calidad de los últimos momentos de su vida, pero que dicha injerencia es justificada por el riesgo en el cual haría incurrir a las personas vulnerables con una actitud más permisiva de las autoridades británicas, del cual el margen de apreciación es recordado igualmente en este caso (CEDH, 29 abril 2002, núm. 2346/02, *Pretty c/ Reino Unido*).

2. *Caso Glass c/ Reino Unido*

En el caso de un joven incapacitado colocado bajo respiración artificial y del cual el Estado declina al punto tal que los médicos redactan una orden de no reanimación y ordenan la administración de morfina, los padres del demandante estiman que ese comportamiento médico, que fue practicado bajo sus espaldas, había violado el artículo 8 de la Convención. Otorgándoles la razón, la Corte considera que si la conducta del personal médico proseguía un fin legítimo, y que en ningún caso los médicos

habían precipitado el deceso del joven, la decisión de pasar por alto, en ausencia de la autorización de un tribunal, las objeciones de la madre del joven, se constituía no obstante una violación al artículo 8 de la Convención (CEDH, 9 marzo 2004, núm. 61827/00, Glass c/ Reino Unido).

§2. Otros atentados a la integridad física de la persona: la extracción de sangre, trasplantes de órganos y experimentación sobre el hombre

3. *Atentados a la integridad física permitidos en nombre de la solidaridad social*

La práctica científica y médica coloca en avance cada vez más a menudo una forma de solidaridad social, sea para el provecho de algunos enfermos que se benefician, por ejemplo, de sangre o de órganos de terceros donantes, sea al provecho de la sociedad que saca ventaja del desarrollo de la investigación o de la puesta a punto de nuevos medicamentos. ¿Puede este planteamiento conciliarse con aquel de los derechos del hombre en el cual la tradición hace de la protección a la persona, el elemento esencial, y a tal punto que algunos atentados a la integridad física son susceptibles de afectar al hombre en su descendencia?

Dos preguntas mayores se plantean si se examinan estas prácticas a la luz de los derechos del hombre. Se trata, por una parte, de la cuestión de su legitimidad, y por otra parte, de las condiciones de su aplicación, en la cual figura en primer lugar el consentimiento.

IV. LA LEGITIMIDAD

1. *Ausencia de disposición específica para la biomedicina*

Contrariamente al Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos, del cual el artículo 7 prohíbe “someter a una persona, sin su libre consentimiento a una experiencia médica o científica”, la Convención Europea no aborda explícitamente ninguno de los dominios de la biomedicina.

Sin embargo, es evidente que muchos artículos de la Convención pueden presentar un interés para el análisis y permitir discernir, a grandes rasgos, el cuadro de la “licitud convencional” de las prácticas concernientes.

2. *Derecho de toda persona a la vida*

El artículo 2, § 1, de la Convención Europea de Derechos del Hombre reconoce el derecho de toda persona a la vida, y prohíbe implícitamente las experiencias que traen la muerte al hombre como consecuencia. No obstante, este texto no contempla los atentados intencionales a la vida. Siendo colocado aparte el caso de la investigación sobre el embrión, no es posible, salvo al referirse a los crímenes nazis, que la trasplatación de órganos y la experimentación biomédica incluyan tal hipótesis en su definición.

Se deduce sin embargo de la jurisprudencia de la Comisión, una demanda en la cual la violación del artículo 2, § 1, es invocada a título principal. El caso es tan paradójico, que se trataba en la especie de una simple toma de sangre a la ocasión de una acción en materia de filiación. Es cierto que en esta decisión del 13 de diciembre de 1979, la legislación controvertida era un decreto de 1943, pasando en seguida al tribunal de Viena que había declarado que el decreto no era un reglamento típicamente nazi, y que la obligación de someterse a exámenes de sangre en un procedimiento en materia de filiación era razonable y necesaria, la Comisión ha declarado la demanda inadmisibile (Com. EDH, 13 dic. 1979, nº 8278/78 X, c/ Austria).

En su motivación, la Comisión no excluye por tanto que el artículo 2, §1, pueda aplicarse a la integridad física. La Comisión señala, por una parte, que ese texto “asegura principalmente una protección contra el hecho de infligir la muerte”. Y “suponiendo (un momento) que la integridad física pueda ser considerada como protegida por este artículo”, ella constata, de otra parte, que “una intervención si banal como lo es un examen de sangre no constituye una injerencia prohibida por dicho artículo”.

3. *Tratamientos inhumanos y degradantes*

El artículo tercero de la Convención Europea de Derechos del Hombre establece la prohibición de someter a una persona a la tortura o a penas o tratamientos inhumanos o degradantes: “Nadie puede ser sometido a la tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes”.

Sin duda este artículo hace referencia a la noción de tratamiento, pero más aún es el acercamiento que se puede hacer al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que refuerza ese interés por

su redacción, posterior a aquella del artículo 3 de la Convención, la cual parece ser una explicación de éste, teniendo en cuenta los riesgos que hace correr al hombre, el desarrollo de las ciencias biomédicas, ya que este artículo menciona explícitamente la experimentación sobre el hombre.

En lo que se refiere a la noción de tratamiento, la Corte ha definido las circunstancias en las cuales la responsabilidad del Estado puede encontrarse comprometida. En referencia al artículo 3, la Corte ha aplicado esta jurisprudencia (Illán Turquía (GC) núm. 22277/93 párrafo 87, CEDH 2000-VII, relativo a cuidados médicos no prodigados).

En lo que concierne a la noción de tortura, la Comisión se hizo cargo de dos demandas, las cuales tienen vínculo directo con las prácticas médicas o científicas, y haciendo referencia, entre otras, a dicha queja (Com. EDH, 14 marzo 1980, núm. 8518/79, X c/ República Federal de Alemania: DR 20, p. 193 CEDH, 24 sep. 1992, núm. 48/1991/300/371, Herczegfalvy c/ Austria (CEDH, 24 sep. 1992, núm. 10533/83) la Comisión no responde directamente del todo. Pero la definición suministrada de esta noción, en otros casos, no es sin interés para el examen de cuestiones que nos conciernen.

Si en el primer caso griego (Informe de la comisión, *Anuario* 12, 1969, vol. 1, párrafo 53, la Comisión define la tortura como un tratamiento inhumano que tiene por ejemplo como fin, obtener informaciones o confesiones o infligir una pena, y esta última generalmente se convierte en una forma agravada de tratamiento inhumano, en el caso Irlanda c/ Reino Unido, la Comisión ha extendido esta noción a los métodos modernos de “desorientación sensorial” (informe 25 enero, 1976, B, núm. 23.1, p. 410).

En el caso X c/ Dinamarca, donde la queja de “tortura psicológica” fue invocada para calificar una situación postoperatoria, la Comisión no ha tomado una posición clara sobre este término, contentándose de “constatar igualmente que los otros hechos de la causa no revelan manifiestamente ninguna apariencia de violación del artículo 3 en lo que concierne al tratamiento recibido antes y después de la operación (Com. EDH, 2 marzo 1983, núm. 9974/82, X c/ Dinamarca: DR 32, p. 282).

Para la Corte, la tortura debe analizarse en “tratamientos inhumanos deliberados provocando fuertes y crueles sufrimientos” (Fallo 18 enero, 1978, A, núm. 25).

Es entonces, el carácter particularmente fuerte de los tratamientos infligidos que constituye la especificidad de la tortura.

4. *Trasplantes de órganos y experiencias sobre el hombre*

Es poco probable que los trasplantes de órganos y las experimentaciones sobre el hombre puedan ser interpretados como actos de tortura. ¿Podría al menos tratarse de tratamientos inhumanos y degradantes? Cuatro demandas, de las cuales tres fueron declaradas inadmisibles, tratándose de actos médicos, han invocado la noción de tratamiento inhumano o degradante.

En un primer caso (X c/ Dinamarca, 2 marzo 1983, núm. 9974/82, DR32, p. 282), la demandante, quien se había hecho esterilizar voluntariamente, se encuentra embarazada algunas semanas después de su operación. Una investigación revela que sobre setenta y dos esterilizaciones practicadas a la ayuda de un nuevo modelo de pinza de cauterización, diez habían sido liquidadas por un fracaso.

La demandante se queja, por una parte, de haber sido sometida a un tratamiento inhumano y degradante, antes y después de una intervención quirúrgica, que constituía en realidad una experiencia llevada a cabo sin su consentimiento, y, por otra parte, de haber soportado durante el periodo postoperatorio y hasta que aparezca claramente que ella estaba embarazada, una situación equivalente a una tortura psicológica.

La Comisión reitera en un principio, que a la luz de la jurisprudencia de la Corte “un tratamiento no será considerado como inhumano que si éste alcanza un mínimo de gravedad, provocando vivos sufrimientos físicos y morales”, y que por eso es relativo a la noción de criterio degradante, “el tratamiento no será degradante en sí que si la interesada ha sufrido una humillación que alcance un mínimo de gravedad”.

La Comisión plantea el principio por el cual un tratamiento médico de carácter experimental llevado a cabo sin el consentimiento del sujeto puede, en ciertas condiciones, ser considerado como prohibido por el artículo 3 de la Convención.

La naturaleza experimental de un acto médico, sin ser una condición suficiente, es así la condición primera para que tal acto pueda ser el objeto de la queja por tratamiento inhumano.

En otro caso, la Comisión concluye igualmente el rechazo de la demanda, pero en términos de un razonamiento jurídico fundado sobre el carácter apropiado del tratamiento suministrado al demandante (administración de sustancias psicofarmacéuticas y neurolépticas).

Subrayando, para responder a la queja de violación del artículo 8 de la Convención, “que se trataba de una medida que, en una sociedad demo-

crática, era necesaria a la prevención de infracciones penales en el sentido del artículo 8, §2, de la convención”, la Comisión reconoce implícitamente que al suponer la existencia de una violación del artículo 3, ésta se encontraba justificada en la especie.

Ahora bien, es claro que la prohibición del artículo 3 tiene un alcance absoluto en la medida en que ese texto no admite ninguna excepción y no es susceptible de ninguna derogatoria (ver a este propósito las consecuencias obtenidas por la Corte tratándose de la noción de protección por *ricochet* CEDH, 2 mayo 1997, núm. 30240/96, D. c/ Reino Unido, ver núm. 116).

5. Ausencia de tratamiento médico

Teniendo en cuenta las obligaciones positivas que pesan sobre el Estado, la ausencia total de tratamiento o de un tratamiento adecuado puede ser igualmente considerada como contraria al artículo 3 de la Convención Europea de Derechos del Hombre (Ilhan Turquía, (GC) núm. 22277/93 párrafo 87, CEDH, 2000-VII); no obstante esto, es cada vez una cuestión de especie. Así han sido inadmitidas la demanda de una persona ceropositiva expulsada hacia Colombia (CEDH, 24 junio 2003, núm. 13699/03, Arcila Henao c/ Países-Bajos, decisión de inadmisión, el estado de la persona no alcanzó un estadio avanzado o terminal, y existe un tratamiento disponible en Colombia). También aquella de un prisionero enfermo de sida (CEDH, 14 dic. 2004, núm. 25875/03, G c/ Francia, ausencia de nivel de gravedad suficiente para juzgar la enfermedad incompatible con la detención) o igualmente el de una persona que sufría de cáncer en el cerebro (CEDH, 16 junio 2005, núm. 22682/02, Reggiani Martinelli c/ Italia, decisión de inadmisión, el estado de salud no es imputable a la detención, y la evolución de la enfermedad puede ser igualmente supervisada en detención). Al contrario, ha sido juzgado que mantener en prisión a un detenido sometido a un tratamiento anticancerígeno es contrario al artículo 3 (CEDH, 14 nov. 2002, núm. 67263/01, Mouisel c/ Francia, los informes del peritaje, habiendo mostrado el carácter inadecuado de la detención con relación a la evolución de la enfermedad; ídem para un detenido víctima de un accidente cardiovascular CEDH, 7 nov. 2002, núm. 58749/00, Matencio c/ Francia, decisión de admisibilidad).

En un primer caso, concerniendo un detenido enfermo de sida, la demanda ha sido declarada inadmisibile, bajo el ángulo del artículo 5 (1) de

la Convención (detención irregular) (CEDH, 10 dic. 2002, núm. 56529/00, Eshorn c/ Suecia).

Durante un segundo caso, la Corte ha ido igualmente más lejos, al estimar que la ausencia de cuidados médicos y de una asistencia apropiada durante los tres años de detención y el aislamiento del demandante constituían un tratamiento inhumano y degradante en violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos del Hombre (CEDH, 5 abril 2005, núm. 54825/00?, Nevmerzhistky c/ Ucrania).

Por el contrario, el hecho por una mujer que no pudo tener acceso a un aborto legal teniendo en cuenta que ella sabía que la continuación de su embarazo aumentaba el riesgo de quedar ciega (caso Tysiac c. Polonia citado anteriormente, del 20 marzo 2007) no constituye un tratamiento contrario al artículo 3 de la Convención.

6. Hospitalización psiquiátrica

De manera general, la Corte mantiene la idea por la cual el internamiento terapéutico no puede tener como objetivo el mejoramiento del estado de salud del interno.

A propósito de un caso de tratamiento administrado en un servicio psiquiátrico, la Comisión ha considerado, en vista de las (malas) relaciones que existían entre la demandante y su médico, que el tratamiento impuesto y controvertido era ante todo, “un caso de apreciación clínica”, y que ella no podría concluir que el método utilizado pudiera constituir una violación al artículo 3 (Com. EDH, X c/ Reino Unido: informe 7 oct. 1987).

En fin, tratándose de la administración de alimentos y de neurolépticos, recurriendo a la fuerza de una persona detenida, alejada y atada a una cama a la ayuda de esposas durante varias semanas (CEDH, 24 sep. 1992, núm. 48/1991/300/371, Herczegfalvy c/ Austria), la Comisión ha estimado que “violentas y prolongadas, al exceso, las diferentes medidas incriminadas revisten un carácter inhumano y degradante contribuyendo a agravar igualmente el estado de salud del paciente”.

Aparte una clarificación más grande en cuanto al alcance del artículo 3, parece no tener una gran diferencia de apreciación con la opinión de la Corte, incluso si ésta ha llegado en el caso Herczegfalvy c/ Austria, a conclusiones opuestas a aquellas de la comisión (CEDH, 24 sep. 1992, núm. 48/1991/300/371, Herczegfalvy c/ Austria).

Si la Corte reconoce “(que) pertenece a las autoridades médicas decidir sobre los medios terapéuticos a emplear, en utilización de la fuerza, para preservar la salud física y mental de los enfermos incapaces completamente de autodeterminarse y sobre los cuales ellas tienen la responsabilidad”, la Corte afirma con la misma certitud, que esto debe realizarse bajo las dos condiciones siguientes:

- Por una parte, estos enfermos “no se encuentran menos protegidos por el artículo 3, del cual las exigencias no sufren ninguna derogatoria” (§ 82 de la sentencia mencionada);
- Por otra parte, no debería tomarse como inhumana o degradante una medida dictada por una necesidad terapéutica (§ 83).

Esta última razón condujo a la Corte a estimar que en la especie “los elementos suministrados... no eran suficientes para rechazar la tesis del gobierno según la cual, siguiendo los principios admitidos en psiquiatría a la época, un imperativo médico justificaba el tratamiento controvertido” (§ 83).

7. Respeto de la vida privada

El artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre precisa que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

En el ámbito médico, la Comisión ha juzgado en el caso de X c/ Austria, citado anteriormente, que una intervención médica bajo presión, incluso si su importancia es mínima, debe ser considerada como un atentado al derecho protegido por el artículo 8: “No obstante, la injerencia puede ser legítima si ha sido prevista por la ley y es necesaria, en una sociedad democrática, para la realización de un cierto número de objetivos enumerados de una forma limitada en el artículo 8 § 2”.

Es así que en este caso la Corte ha estimado que tratándose de una toma de sangre, “es del interés público que los Tribunales tengan el poder de recurrir a métodos inofensivos y científicamente confirmados que permitan obtener pruebas con el fin de determinar pruebas de relaciones de paternidad y, por consiguiente, deducir los derechos que les están vinculados. Este interés debe prevalecer, en la especie, sobre el interés del demandante a ser protegido contra las injerencias en su vida privada”.

Criterio esencial, la noción de proporcionalidad permite asimismo autorizar atentados a la integridad del cuerpo que no son solamente “inofensivos”. Tal parece ser el sentido de la decisión X c/ La Republica Federal Alemana, en donde, tratándose de la administración de sustancias psicofarmacéuticas y neurolépticas, la Comisión ha juzgado que esta medida, prevista por la ley, era necesaria para la prevención de infracciones penales (Com. EDH, 14 marzo 1980, núm. 8518/79: Decisiones e informes 20, p. 193).

Si la legitimidad de las trasplantaciones de órganos y de la experimentación biomédica es hoy reconocida, los textos que nosotros hemos evocado muestran sin embargo que su legalidad está sometida a un cierto número de condiciones, de las cuales la más importante, a la luz de los derechos del hombre, es aquella del respeto del consentimiento de la persona.

V. EL CONSENTIMIENTO

1. *Principio del consentimiento*

La Comisión ha afirmado claramente que “un tratamiento médico de carácter experimental, llevado a cabo sin el consentimiento del interesado, puede, en ciertas circunstancias, ser considerado como contrario al artículo 3” (Com. EDH, 2 marzo 1983, X c/ Dinamarca) y que “una intervención médica bajo sujeción, inclusive, si ésta es de mínima importancia, debe ser considerada como un atentado al derecho del respeto a la vida privada (CESDH, art. 8, § 1)” (Com. EDH, 13 dic. 1979, X c/ Austria).

Pero el consentimiento de la persona no debe justificarlo todo (CEDH, 19 febrero 1997, núm. 21627/93, Laskey y a. c/ Reino Unido: Gaz. Pal., 23-24 julio 1997, p. 20, tratándose de seguimientos comprometidos contra personas que han sido golpeadas y sobre las cuales se han causado heridas en el marco de prácticas consentidas y sadomasoquistas). Sin embargo, apoyándose sobre la jurisprudencia Pretty, la Corte estimó que “resulta que el derecho penal no puede en principio, intervenir en el campo de las prácticas sexuales consentidas las cuales surgen de un libre albedrío de los individuos”. Solamente “razones particularmente graves” pueden justificar una injerencia del Estado en este ámbito (CEDH, 17 febrero núm. 42758/98 et 45558/99, K. A y D c/ Bélgica).

2. *Detenidos*

Tratándose de la aplicación de la Convención Europea de Derechos del Hombre en esta materia, dos decisiones, respecto al tratamiento administrado en un servicio psiquiátrico (Com. EDH, date X c/ Reino Unido: informe, 7 oct. 1987 Com. EDH, 14 marzo 1980, núm. 8518/79?, X c/ República Federal Alemana). Sólo la segunda merece ser desarrollada, en la medida en que ella tiene un vínculo con la noción de consentimiento.

La Comisión ha considerado, en efecto, bajo el fundamento del artículo 8, § 2, “que el tratamiento podía ser administrado bajo sujeción, ya que éste era conveniente para el estado de salud del demandante. Esta posición implica entonces, que las experiencias que tienen un beneficio directo y significativo” para la salud de los detenidos puedan ser realizadas, bajo la cobertura del artículo 8, § 2, dispensándose del consentimiento, requerido por el artículo 3 de la recomendación núm. R (90) 3, e implícitamente exigido por el artículo 3 de la Convención?

La recomendación R 98 (7), sobre los aspectos éticos y constitutivos de los cuidados médicos en el medio penitenciario, recuerda sobre este punto los principios enunciados en las recomendaciones específicas para la investigación (Recomendación R 98 (7) sobre los aspectos éticos y constitutivos de los cuidados médicos en medio penitenciario).

A título de incidente, nos es necesario señalar aquí el uso que puede ser hecho del artículo 5 de la Convención (garantía del procedimiento en caso de privación de la libertad). Tratándose de enfermos mentales internados de oficio, es conocido que existe una violación del artículo 5-2 cuando la persona concerniente no es informada de las razones de su internamiento (CEDH, 21 febrero 1990, núm. 11509/85, Van der Leer c/ Países bajos). Y en materia de internamiento psiquiátrico, esas razones implican una información sobre la privación de la libertad y la información sobre las razones del internamiento. Pero la información concierne aquí el momento inicial de la decisión de internación y no el tratamiento que podrá ser suministrado a la interesada.

3. *Las personas incapaces*

La salud del otro (trasplantaciones), o incluso las necesidades de la investigación (experimentación biomédica) ¿pueden permitir realizar una excepción al principio del consentimiento?

Respecto a la Convención Europea de Derechos del Hombre, no es evidente, en efecto, que el principio del consentimiento pueda ser interpretado liberalmente.

Esta dificultad explica, sin duda, la ambigüedad de la sola decisión de los órganos de la Convención refiriéndose a esta cuestión. En el caso X c/ Republica Federal Alemana, citado anteriormente, la demandante, internada de oficio en una clínica psiquiátrica, se quejaba de habersele administrado, con el consentimiento de su curador, pero contra su propia voluntad, sustancias psicofarmacéuticas y neurolépticas (Com. EDH, 14 marzo 1980, núm. 8518/79, X c/ República Federal de Alemania).

Ahora bien, la Comisión, que en un principio ha examinado la petición bajo el ángulo del artículo 3 de la Convención, concluye al rechazo de dicha queja, estimar por que “nada indica que la administración de los medicamentos en cuestión... , incluso si estos son aplicados bajo coerción, no sea apropiada, teniendo en cuenta la enfermedad de la cual sufre el demandante”, la Comisión justifica sin embargo esta sujeción por el hecho de que el tratamiento habría sido necesario a la prevención de infracciones penales, lo que le permite afirmar que la queja de violación del artículo 8 debe ser igualmente rechazada.

De esta forma, la Comisión reconocía implícitamente que puede haber existido violación del artículo 3, pero ella admite una restricción —que el texto no prevé— por analogía con el artículo 8, el cual es un derecho relativo.

§3 Los atentados a la integridad del cuerpo que afectan al hombre en su descendencia

4. *La esterilización*

Sin que sea necesario invocar aquí un derecho a la procreación o de interrogarse sobre el alcance del derecho de fundar una familia reconocido por artículo 12 de la Convención, parece evidente que al igual que por la experimentación no consentida, la esterilización involuntaria atenta contra la integridad física del individuo, y nos regresa al análisis, ya presentado, del artículo 3 de la Convención.

Curiosamente, fue el caso de una esterilización voluntaria, que, en el caso X c/ Dinamarca, la comisión afirma que “un tratamiento médico de carácter experimental llevado a cabo sin el consentimiento del interesado,

puede, en ciertas circunstancias, ser considerado como contrario al artículo 3” (Com. EDH, 2 marzo 1983, X c/ Dinamarca).

¿Esto significa que una esterilización involuntaria, respondiendo a estas condiciones, sería contraria al artículo 3? ¿Cuáles serían entonces dichas condiciones? ¿Existen situaciones que vuelven apropiada tal condición, como en el caso del internamiento psiquiátrico? ¿Podemos buscar en el § 2 del artículo 8, una justificación (prevención de infracciones penales, protección de la salud, o de los derechos del otro), apta a tal injerencia, en una sociedad democrática?

En cualquier caso, el riesgo de sufrir una mutilación genital, consecutivo a la expulsión prevista de una persona hacia su país de origen, torna admisible el examen de su demanda, por violación del artículo 3 de la Convención (Abraham Lunguli c/ Suecia, núm. 33692/02, demanda comunicada en sep. 2002 sección IV).

5. *Transexualismo*

El transexualismo, que consiste en la contradicción resentida por una persona entre el componente psicosocial de su identidad sexual y sus componentes físicos, genéticos y hormonales, fue durante mucho tiempo considerado por el derecho como una mutilación o castración, como quiera que ésta conducía al transexual a obtener por vía quirúrgica la modificación de su sexo de origen. Al deseo del transexual de disponer de su cuerpo para ponerlo en conformidad con su psiquismo, el derecho oponía el principio de indisponibilidad.

La aprehensión de esta cuestión, en el marco de las disposiciones de la Convención Europea de Derechos del Hombre, condujo a una jurisprudencia que se ha mostrado, con el curso de los años, más favorable a reconocer la legitimidad de las demandas, sobre el fundamento de los derechos del hombre, y sobre la responsabilidad de una protección de la vida privada y no del cuerpo.

En efecto, si en un inicio la comisión favoreció la extensión del concepto de tratamiento degradante (CESDH, artículo 3) a las situaciones que conllevan a la disminución o a la humillación de aquella persona que es víctima, como lo puede ser el caso del transexual (Com. EDH, 15 dic. 1977, núm. 6699/74, X c/ RFA: DR 11, p. 16; este caso se terminó con un reglamento amigable), la comisión abandona sin embargo esta jurisprudencia, en la decisión Rees (Com. EDH, 15 marzo 1984, núm. 9532/81:

DR 36, p. 78) en beneficio del respeto a la vida privada (CESDH, art. 8). Aunque la Corte no hubiera seguido la Comisión cuando estima que no hubo en este caso (CEDH, 17 oct. 1986, núm. 9532/81, Rees c/ Reino Unido) como en el caso Cossey c/ Reino Unido (CEDH, 27 sep. 1990, núm. 10843/84, Cossey c/ Reino Unido), violación al artículo 8, es éste el fundamento que para establecer la protección del transexual sobre el plan de los derechos del hombre. Así lo prueban las dos decisiones de verificación de violación rendidas al encuentro de Francia (CEDH, 25 marzo 1992, núm. 13343/87, B c/ Francia et D. N. c/ Francia, resolución DH (97) 6 del Comité de ministros, 28 enero 1997).

La exigencia es encontrar un equilibrio entre el interés general y el interés de los individuos. A los ojos de la Corte, este equilibrio existía en los casos británicos, en donde los demandantes, a pesar de no obtener nuevas actas de estado civil, pudieron cambiar sin embargo de identidad. Teniendo en cuenta que en Francia el cambio de identidad y del estado civil se encuentran vinculados, el equilibrio deseado no habría sido entonces adquirido.

Sin embargo, a pesar de que la Corte y la Comisión conciertan en rechazar obtener consecuencias del reconocimiento de una protección fundada sobre el artículo 8 en cuanto al derecho al matrimonio garantizado por el artículo 12 (caso Rees y Cossey), la Comisión parece suministrar un sentido más amplio a la protección del artículo 8: aquél igualmente de la vida familiar (*affaire B. c/ Francia*, informe. 6 sep. 1990, X, Y et Z c/ Reino Unido, demanda núm. 21830/93, informe 27 junio 1995 tratándose de un transexual hombre al cual el estado civil había rechazado registrar como el padre legal del niño concebido por su compañera bajo la técnica de la inseminación artificial con donante). Es esta misma investigación sobre un equilibrio que ha conducido a la Corte a una revocación de su jurisprudencia con respecto a los casos británicos. Teniendo en cuenta la evolución del derecho en los Estados miembros y la evolución del enfoque médico y científico, la Corte ha estimado de manera unánime que el gobierno británico ha violado no solamente el artículo 8 de la Convención (protección de la vida privada), sino además el artículo 12 (derecho al matrimonio) (CEDH, 11 julio 2002, núm. 25680/94, I c/ Reino Unido CEDH, 11 julio. 2002, núm. 28957/95, Goodwin c/ Reino Unido). Si el Estado puede precisar las condiciones del reconocimiento jurídico del cambio de sexo y las formalidades aplicables al futuro matrimonio, este no puede privar, en ninguna circunstancia, a los transexuales del derecho de casarse (véase aquí abajo y el estudio del Transexualismo).

En la misma lógica, el rechazo de reembolsar los gastos médicos de un cambio de sexo debe analizarse como una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, en la medida en que “parece desproporcionado el exigir de una persona que ésta pruebe la necesidad médica de un tratamiento en un dominio que concierne uno de los aspectos más íntimos de la vida privada” (CEDH, 12 junio 2003, núm. 35968/97, Van Kück c/ Alemania).

6. *Ingeniería genética*

Referente a la protección que el individuo puede esperar de su integridad física, las cuestiones propuestas a la Convención Europea de Derechos del Hombre, de la parte de la ingeniería genética convocan a un análisis de los artículos pertinentes, aproximativo a aquel sobre los casos de atentados a la integridad física.

No obstante, como desea prevenirse el atentado contra la especie humana, más que el atentado al individuo, hay que reconocer que este tipo de situación no puede ser objeto de una aproximación específica con relación a un sistema esencialmente fundado sobre la protección de derechos subjetivos de la persona.

Para estar completo, las perspectivas de un refuerzo de los derechos del hombre en el campo de las ciencias de la vida deben ser examinadas en correspondencia con los atentados que afecten al individuo, sea en su libertad de pensamiento o en su vida privada.

Sección 2

La protección de la libertad de pensamiento y de la vida privada y familiar

Parágrafo 1

Los atentados a la libertad de pensamiento

7. *Libertad de pensamiento*

Un primer caso ha sido sometido a la Comisión, y hace referencia al artículo 9 de la Convención, en un contexto que concierne a una práctica médica controvertida: el aborto.

En la demanda B. A. Knudsen c/ Noruega, el demandante, padre en una Iglesia del Estado noruego, había sido suspendido después de haber rechazado, en razón de su opinión sobre la ley noruega relativa al aborto, celebrar el matrimonio o de asumir el registro de nacimientos (Com. CEDH, 8 marzo 1985, núm. 11045/84).

Él reivindicaba que la ley noruega desconocía los derechos que le son reconocidos por el artículo 9 de la Convención, ya que éste había sido suspendido de su trabajo a pesar de que sus ideas sobre la cuestión del aborto eran las mismas que aquellas de la Iglesia.

Para declarar inadmisibles su demanda, la comisión estimó que “la libertad de religión de un ministro del culto, que ejerce sus funciones en el seno de una Iglesia del Estado y del cual las convicciones se encuentran en conflicto con las obligaciones administrativas a su cargo, es protegido por la garantía de poder renunciar a sus funciones”.

Pero además, la autenticidad de la motivación no habría sido suficiente a los ojos de la comisión, la cual indica que “la negativa de cumplir con las obligaciones administrativas ligadas a su calidad de funcionario no revelaba directamente la creencia o las opiniones religiosas del demandante”.

En un segundo caso, la Corte declaró inadmisibles, bajo el ángulo del artículo 9, la demanda de unos farmacéuticos condenados por no haber vendido productos anticonceptivos. La Corte estimó que desde que “la venta de píldoras contraceptivas sea legal e intervenga bajo prescripción única y obligatoriamente médica en las farmacias”, los demandantes no pueden hacer valer e imponer a otra persona sus convicciones religiosas para justificar una negativa de venta, “la manifestación de sus convicciones, pudiendo ejercerse de múltiples maneras fuera de la esfera profesional” (CEDH, 2 oct. 2001, núm. 49853/99, P et S c/ Francia).

8. *Manifestaciones de la libertad de pensamiento: la libertad de expresión*

La cuestión del aborto ocupará de nuevo nuestra atención en un caso relativo a la libre circulación de informaciones:

En la especie, se trataba de dos demandas relativas a las restricciones a las cuales fueron sometidas las demandantes en Irlanda por haber informado a las mujeres de clínica, que en Gran Bretaña se practicaba el aborto (CEDH, 29 oct. 1992, núm. 14234/88, Open door counselling LTD

c/ Irlanda CEDH, 29 oct. 1992, núm. 14235/88, Dublin well woman centre LTD et a. c/ Irlanda).

El 29 de octubre, la Corte rindió una sentencia declarando que había existido violación del artículo 10. Para la Corte, la disposición del tribunal irlandés “atenta contra la libertad de las sociedades demandantes de poder comunicar informaciones...”, ella constituye una injerencia a su derecho garantizado por el artículo 10 de la Convención. ¿Dicha injerencia es justificada entonces con relación al párrafo segundo de este artículo? A los ojos de la Corte, “Teniendo en cuenta el nivel elevado de protección confirmada al niño por nacer en el derecho irlandés en general”, tal restricción se encontraba “prevista por la ley”.

Además, “sin buscar si el pronombre “otro” tal como lo emplea el artículo 10, § 2, engloba al niño por nacer... la Corte estima que “la protección garantizada por el derecho irlandés reposa efectivamente, sobre profundos valores morales que conciernen la vida”, y que, por consecuencia, ella “proseguía el objetivo legítimo de proteger la moral, que constituye un aspecto de la defensa del derecho a la vida del niño por nacer en Irlanda”.

Por el contrario, la Corte considera que, por su carácter absoluto, la decisión de la Corte Suprema irlandesa “se manifiesta demasiado extensa y desproporcionada” y constituye así una violación del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

9. Libertad de expresión y libertad de la investigación

En otro caso, la Corte se ha pronunciado sobre la libertad de expresión en términos que podrían interesar a todo investigador.

La materia sometida a debate se planteaba de la siguiente manera: ¿La prohibición de publicar trabajos de “investigación” afirmando que los alimentos preparados en hornos microondas son nocivos y provocan en la sangre de aquellos que los consumen, alteraciones que se traducen en una perturbación patológica, y pueden ser el comienzo de un proceso cancerígeno, y utilizar la imagen de la muerte en las publicaciones y en los discursos públicos concernientes a los hornos microondas puede constituir un atentado a la libertad de expresión protegida por el artículo 10 de la Corte Europea de Derechos del Hombre?

En un fallo del 24 de agosto 1998, la Corte Europea de Derechos del Hombre respondió positivamente a esta cuestión, y condenó a Suiza, en

donde el tribunal federal había sancionado al demandante (CEDH, 25 agosto 1998, núm. 25181/94, Hertel c/ Suiza).

La Corte ha considerado que “la medida en causa” había tenido “por efecto el censurar parcialmente los trabajos... (del demandante) y de limitar fuertemente su aptitud a exponer públicamente una tesis que tiene su lugar en un debate público (y) de la cual la existencia no puede ser negada”. Y de agregar: “poco importa que la opinión de la cual se trata sea minoritaria y que ella pueda parecer desprovista de fundamento: en un dominio en donde la certitud es improbable, sería particularmente excesivo limitar la libertad de expresión solamente a la exposición de aquellas ideas generalmente admitidas”.

10. *Libertad de expresión y secreto médico*

En un fallo del 18 de mayo 2004, la Corte condenó a Francia por violación del artículo 10, tratándose de la prohibición del libro “El gran secreto” publicado por el médico del presidente F. Mitterand, el cual relativiza en el tiempo, el alcance del principio del secreto médico. La Corte estima, en efecto, que, teniendo en cuenta el tiempo que ha pasado y la difusión en Internet, las informaciones que contiene el libro habían perdido ampliamente su carácter confidencial, y por ende no se justificaba el pronunciamiento de una prohibición definitiva de tal publicación (CEDH, 18 mayo 2004, núm. 58148/00, Gubler c/ Francia).

11. *Libertad de asociación: el ejemplo de la maternidad de sustitución*

En muchos países, los acuerdos de maternidad de sustitución han sido juzgados contrarios a la moral y al orden público. En consecuencia, se ha impuesto rápidamente la cuestión de la actitud que deberá tenerse frente a los intermediarios que organizan dichos acuerdos.

Así en Francia, la asociación “Les cigognes” (Las Cigüeñas), creada en 1985, se procura como objeto la promoción y la valorización de este proceso, y la defensa de los intereses morales y materiales de las mujeres que se proponían ayudar a una mujer estéril, portando por ésta, su embarazo.

Siguiendo el procedimiento de los artículos 55 y siguientes del Código Civil local, la asociación ha depositado el 12 de enero de 1985, una demanda de inscripción en el tribunal de Estrasburgo, con el fin de que sea conferida la personalidad moral a la asociación, pero el prefecto de Bajo

Rhin ha invocado el artículo 61 del Código Civil local para oponerse a la inscripción de la asociación “Las Cigüeñas”, y es por decisión del primero de marzo 1985 confirmada por el juez administrativo.

Para declarar manifiestamente inadmisibles este recurso, “sin emitir una opinión sobre el fondo de la cuestión (presentada por la maternidad de sustitución) la comisión ha estimado que la oposición del prefecto a la inscripción de la asociación puede ser considerada como una medida necesaria, en una sociedad democrática, teniendo en cuenta el margen de apreciación del cual los Estados benefician en la materia”. “En cuanto a la legitimidad del fin perseguido, la Comisión ha considerado que este último consistía en la prevención de una infracción penal, como lo es la incitación al abandono del niño, reprimida por el artículo 353-1-2o. del Código Penal (Com. EDH asociación “Las Cigüeñas” Francia C, 5 junio 1991, núm. 14223 /38)).

No obstante, las preguntas que en razón del desarrollo de la vida se plantean en cuanto a la protección de derechos de la persona ya que ellas afectan la relación del individuo con su cuerpo, su descendencia o su comportamiento, quedan orientadas hacia la esfera de la vida privada y familiar.

Parágrafo 2

Los atentados a la vida familiar

I. El estatus del niño y la desaprobación o el rechazo del reconocimiento de la paternidad

12. *Sentencia Marckx*

El artículo 8 de la Convención, que garantiza a toda persona el derecho al respeto de la vida familiar, ¿es susceptible de garantizar al niño la seguridad de su estatus jurídico?

En ocasión del fallo Marckx, del 13 de junio 1979, la Corte ha planteado un cierto número de principios que podrían clarificarnos (CEDH, 13 junio 1979, núm. 6833/74, Marckx c/ Bélgica). En la especie, P. Marckx, soltera de nacionalidad belga, trae al mundo a Alexandra en 1973, a la cual reconoce con el fin de establecer su filiación, y a la cual dará en adopción un año más tarde, con objeto de mejorar el estatus del niño.

No obstante, el niño natural reconocido o adoptado permanecía en derecho belga como extranjero a la familia de su madre. Estatuyendo sobre

las quejas dirigidas a la legislación belga, la Corte señaló que si el artículo 8 tiene por objeto, en primer lugar, asegurar al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, “a este compromiso más bien negativo, pueden agregarse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida familiar”.

Resulta notable que el Estado, haciendo de su orden jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos de la familia como a aquellos de la madre con su hijo, debe permitir a los interesados el llevar una vida familiar normal y especialmente de “facilitar” desde el nacimiento la integración del hijo en su familia.

13. Obligación de actuar en el interés de la integración del niño a su familia

¿Un Estado falta a la obligación de actuar en el interés de la integración del niño en su familia cuando no adopta una legislación que impida al hombre que conciente de volver sobre su compromiso?

Es muy difícil de responder a estas preguntas dado el poco número de líneas directoras de las cuales disponemos. Sin embargo, si la idea de integración es común a las dos instituciones, ella no cubre sin embargo la misma realidad. En el primer caso, el objetivo es que un hijo natural beneficie de derechos similares a esos de un hijo legítimo particularmente en los vínculos con la familia de sus padres naturales.

En un segundo caso, los intereses del hijo y del marido o de del compañero de la madre son diferentes, y esto supone la existencia un juzgamiento preliminar sobre el rol de la voluntad, en el establecimiento de las “responsabilidades familiares” y en particular en el marco de las procreaciones asistidas. En este sentido, para beneficiar de la protección de la vida familiar a un niño que nace de una procreación artificial, podríamos remarcar que la Comisión, tal como la Corte, anticipan las relaciones de hecho, para apreciar la noción de familia.

Por otro lado, condenando la legislación belga en el caso Marckx, la Corte ha señalado que la Convención debía interpretarse “a la luz de las condiciones de la actualidad”.

Para esto, conviene entonces referirse a las legislaciones existentes en los Estados afectados. En la medida en que dichas legislaciones sean demasiado convergentes, ellas podrían justificar una interpretación evolutiva

de la convención, pero tal evolución tendría también sus límites, como lo muestra un caso sometido a la Comisión en 1989.

Las demandantes, una pareja de mujeres homosexuales y el hijo de una de ellas que ha nacido por inseminación artificial, pretendían haber sido objeto de una injerencia injustificada en su vida privada y de una discriminación, en la medida en que las jurisdicciones de su país habían rechazado acordar los derechos familiares a la compañera de la madre del menor (com. EDH, 19 mayo 1992, núm. 15666/89 C. J. K., A. M. H. et S. H. c/ Países Bajos).

Para declarar manifiestamente mal fundada la demanda, la Comisión, en su decisión del 19 de mayo de 1992, recuerda la jurisprudencia en donde “a pesar de la evolución de actitudes en atención a la homosexualidad, una relación homosexual estable entre dos mujeres, no entra en el campo de aplicación del derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 de la Convención” (Com. EDH, 14 mayo 1986, núm. 11716/85: DR 47, p. 274). Aún más explícitamente, la comisión considera que las obligaciones positivas de un Estado no van hasta tener que reconocer a una mujer los derechos familiares sobre el hijo de su compañera”.

Es interesante releer los argumentos dados por la comisión en los casos X, Y y Z c/ Reino Unido (caso del transexual masculino que vive con una mujer que tiene un hijo gracias a una inseminación artificial con donante: v. núm. 128) para admitir la existencia de una vida familiar a proteger con respecto al caso K (CEDH. X, Y et Z c/ Reino Unido, 22 abril 1997, núm. 21830/93). El informe de los casos X, Y y Z (§ 3) señala que “la Comisión considera que la situación de las demandantes en ese caso (X, Y, y Z) no es equivalente a aquella de las dos mujeres en el caso K”. “No obstante el hecho que (en los casos X, Y y Z), el primer demandante continúa, por razones jurídicas, siendo una mujer de nacimiento, la Comisión estima que la situación del transexual revela diferencias significativas” y de precisar (§56) “la comisión constata que el primer demandante es considerado notoriamente como un hombre que busca beneficiar (para su pareja) de una procreación asistida, y que éste lleva un nombre masculino y asume a los ojos de la sociedad el rol de hombre, de marido y de padre desde hace muchos años”. Por estas razones, la relación que une los tres demandantes surge “en apariencia como en sustancia de la noción tradicional de vida familiar” dice la Comisión (§ 57).

Dicho de otra forma, el hecho de que un niño haya nacido por un método de procreación artificial no acarrea consecuencias sobre la naturaleza

del vínculo constituido con la pareja que ha considerado dicho proyecto, ni entre los miembros de dicha pareja. Ese vínculo será protegido en tanto que “vida familiar” desde que sustancia y apariencia presenten una concordancia. En los casos X, Y y Z “el solo elemento que se aparta de esta constatación es el hecho de que el primer demandante haya sido declarado de sexo femenino desde el nacimiento” (Informe préc., § 57). “La comisión considera entonces que este elemento, biológico o histórico, no puede hacer contrapeso a la realidad de la situación de la demandante quien, fuera de esto, no puede ser distinguida de una situación comprendida en la noción tradicional de familia” (§ 58).

Este vínculo no será protegido, como en el caso K, en tanto que la relación concerniente, afirmándose como homosexual, escape por principio a la procreación de una vida familiar. No es entonces una elección de vida, menos común, la que genera dificultad para acordar o no la protección de la vida familiar. Es el hecho de que esa elección permita o no, aproximar la situación por proteger de situaciones que surgen tradicionalmente la noción de “vida familiar”. La imposibilidad de crear derechos familiares con respecto al demandante se debe, más a la naturaleza particular de la familia que acoge el niño, que al hecho de que este último haya nacido gracias a una procreación artificial.

En otro caso, la Corte ha estimado que el hecho de que la ley británica permita al hombre, que había consentido al procedimiento de la fecundación *in vitro*, retirar su consentimiento al momento de la implantación de los embriones, privando de esta manera a la demandante de la posibilidad de tener un hijo, no era desproporcionada con relación al margen de acción del cual dispone el Estado, las legislaciones de otros Estados miembros y el derecho internacional, que afirman igualmente la primacía del consentimiento (CEDH, 29 marzo 2006, núm. 6339/05, Evans c/ Reino Unido).

VI. LOS DERECHOS DEL DONANTE DE GAMETOS CON RESPECTO AL NIÑO

34. Noción de familia. ¿Cuál será el derecho de un donante de reclamar, en nombre de la protección de la vida familiar, el reconocimiento de un vínculo de filiación con el niño? Es posible hacer dos constataciones.

Por una parte, el caso Marckx ha resaltado implícitamente el interés que existe de “hacer posible, desde el nacimiento, la integración del niño en su

familia” (CEDH, 13 junio 1979, núm. 6833/74, § 31, *Marckx c/ Bélgica*). Una vez aclarada la noción de familia en el marco de la procreación asistida, será necesario obtener las consecuencias de esta jurisprudencia.

Por otra parte, para poder apreciar esta noción de familia, la jurisprudencia, sin excluir la vida familiar futura de la protección ofrecida por el artículo 8, insiste sobre la existencia de relaciones de hecho, lo que se deduce a menudo en una cohabitación efectiva. La Comisión de Derechos del Hombre ha sido notificada de una demanda que ilustra esta situación.

En la especie, el demandante reclamaba un derecho de visita de un hijo natural menor nacido el 30 de julio de 1987 en Utrecht (Países Bajos), del cual la madre es la tutora legal y el mismo, en cuanto donante de esperma, el “padre biológico”.

Declarando infundada manifiestamente la demanda, la Comisión se abstuvo, en su decisión del 8 de febrero de 1993, de fraccionar esta cuestión de manera abrupta (Com. CEDH, 8 febrero 1998, núm. 16944/90). La Comisión señala que la expresión “vida familiar”, en el sentido del artículo 8, implica la existencia de vínculos personales, además del vínculo familiar. En esas condiciones, ella “considera que la situación en la cual una persona da su esperma para permitir a una mujer quedar embarazada gracias a una inseminación artificial, no atribuye en sí, el derecho al donante de llevar una vida familiar con el niño”.

En la especie, la Comisión señala que el contacto entre el demandante y el niño ha sido “limitado en el tiempo y en intensidad”. Ella deduce que existe una base insuficiente para hablar de vínculos personales. Sin embargo, tratándose de la discriminación de la cual habría sido objeto el demandante con relación a un hijo legítimo, la Comisión rechaza la queja de manera neta “en vista de las diferencias fundamentales entre el demandante y el padre de un hijo legítimo”; sin embargo, la comisión es silenciosa sobre aquello que ella entiende por “diferencias fundamentales”.

En cuanto a la Corte y a pesar de que ésta no ha tenido que decidir anteriormente sobre un caso similar, ésta considera, al igual que la Comisión, que la noción de “vida familiar” del artículo 8 no se limita solamente a las relaciones fundadas sobre el matrimonio, sino además ésta puede abarcar otros “vínculos familiares” *de facto* cuando las personas cohabitan fuera del matrimonio” (CEDH, 26 mayo 1994, núm. 16969/90, *Keegan c/ Irlanda*, § 44, *Keegan c/ Irlanda*), y agrega: “si la cohabitación puede constituir una condición de una relación de este tipo, excepcionalmente, otros factores pueden también servir a demostrar que una relación tiene la suficiente

constancia para crear vínculos familiares *de facto*” (CEDH, 27 oct. 1994, núm. 18535/91, Kroon y a. c/ Países Bajos: RTDH 1996, p. 183, noa P. Georgin et RTD civ. 1995, p. 340, obs. J. Hauser). La remarca es de una importancia semejante a aquella del caso Kroon, donde la Corte constata la existencia de vínculos familiares, a pesar de la ausencia de cohabitación, en razón del nacimiento de cuatro hijos de la relación de la señora K. y M. Z. “La realidad biológica y social deben prevalecer así mismo, sobre una presunción legal (en el caso K, el marido, a quien la ley neerlandesa atribuye la paternidad sin permitir que ésta pueda ser controvertida a su beneficio, había dejado a su mujer sin darle dirección alguna) pronunciando los hechos establecidos como también los compromisos de las personas interesadas, sin beneficiar a nadie realmente”. Por esta razón, la Corte concluye que “incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación del cual gozan los Países Bajos, éstos omitieron el garantizar a los demandantes el respeto de su vida familiar...”.

Entonces, si un donante de esperma, en acuerdo con la mujer que beneficia de una inseminación artificial gracias a su donación de esperma, manifiesta el deseo de construir con esta mujer o con el niño por nacer una relación continua, ésta podría ser protegida en nombre del respeto de la vida familiar.

Las legislaciones que, como la francesa, restringen el acceso de la procreación médicamente asistida a las parejas casadas o a los concubinatos, mediante el anonimato de los donantes de gametos, y los cuales son excluidos de todo vínculo de filiación con el niño, podrían verse condenados por violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

VII. EL DERECHO DE CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

1. *Acceso a los orígenes*

¿El parto anónimo priva al niño de un derecho protegido, como lo establece el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre? Si la Corte reconoce la realidad de un derecho tal, de la misma manera ella estima que el interés de la mujer que ha dado nacimiento al niño debe ser tenido en cuenta. Tratándose de un conflicto de intereses privados, la Corte reconoce al Estado un margen de apreciación para resolverlo en conformi-

dad con el artículo 8. La Corte estima igualmente que la ley francesa permite, gracias a la mediación del Consejo Nacional, el acceso a los orígenes personales, y a invertir, en ciertas condiciones, el secreto de la identidad de la madre. Esta legislación no genera queja ni al artículo 8 ni 14 de la Convención (CEDH, 13 febrero 2003, núm. 42326/98, Odièvre c/ Francia).

VIII. EL TRANSEXUALISMO, EL IAD Y LA VIDA FAMILIAR

1. *Transsexualismo y ayuda médica a la procreación*

La Corte Europea de Derechos del Hombre decidió el 22 de abril 1997 sobre un caso que concernía al mismo tiempo, el transexualismo y la procreación asistida (CEDH, 22 abril 1997, núm. 21830/93, X, Y et Z c/ Reino Unido). X, un transexual que se había sometido a una intervención quirúrgica de conversión, vive con Y desde 1979 asumiendo el rol de compañero del sexo masculino. La pareja obtuvo un tratamiento por inseminación artificial con donante para permitir a Y el concebir un hijo. Pero al momento del nacimiento de éste, Z, las autoridades británicas, rechazaron el reconocimiento de X como padre legal del niño. Los demandantes, seguidos por la Comisión (Com EDH., Informe. 27 junio 1995), sostienen que se trata de una violación del artículo 8 de la Convención.

La Corte, estimando “que vínculos familiares de facto unen los tres demandantes”, y que por ende el artículo 8 debe aplicarse, recuerda su enfoque general tratándose de obligaciones positivas de los Estados inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar: “tener en cuenta el justo equilibrio a proporcionar entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto”, utilizando un cierto margen de apreciación del cual goza el Estado.

Para la Corte, el presente caso se distingue a la vez de los anteriores casos de transexuales (el demandante no reclama que el derecho interno no reconozca su nueva identidad, pero sí el hecho de que él no pueda hacerse registrar como padre del niño) y sobre aquellos asuntos que conciernen la protección del vínculo familiar (si en principio, ahí donde un vínculo tal existe, el Estado debe actuar permitiendo el desarrollo de este vínculo; sin embargo, esta jurisprudencia concierne exclusivamente a los “niños concebidos naturalmente”).

Para confirmar el carácter innovador de la situación examinada, la Corte confirma la ausencia de una norma europea en materia de atribución de derechos familiares a los transexuales, como también la existencia de controversias sobre las consecuencias sociales de las técnicas de procreación médicamente asistida. Por ende, hay lugar, según la Corte, a acordar en este “periodo de transición” un amplio margen de apreciación al Estado defensor. La evaluación de la existencia de un justo equilibrio se vería entonces afectada?

En todo caso, “la Corte constata que es del interés de la sociedad el preservar la coherencia de un conjunto de reglas de derecho de la familia, situando en un primer plano el bienestar del niño. A dicho propósito, la Corte observa que si no ha sido sugerido que la sanción del derecho buscado por los demandantes fuera contrario al interés de Z o al de los hijos concebidos por IAD en general, no es evidente que aquello fuera necesariamente favorable a sus hijos.

En estas condiciones, la Corte estima que el Estado puede tener buenas razones de mostrarse prudente en sus reformas de derecho.

Frente a este interés de orden general, la Corte estima que las consecuencias jurídicas que resultan para los demandantes de dicho desconocimiento “son poco susceptibles de suscitar pruebas excesivas”, y, tratándose particularmente de documentos del estado civil, que “los demandantes se encuentran en una situación semejante a aquella de toda familia donde, por una razón cualquiera, la persona que asume el rol de ‘padre’ no es registrado como tal”.

Por otro lado, la Corte agrega que nada impide a X presentarse como el padre de Z, o de solicitar con Y una ordenanza de tutela conjunta relativa a Z.

“En conclusión, siendo que el transexualismo engendra cuestiones complejas de naturaleza científica, jurídica, moral y social, que no tienen un seguimiento general de la parte de los Estados contratantes, la Corte estima que el artículo 8 no podría consentir que el Estado defensor esté en la obligación de reconocer oficialmente como el padre del niño, a una persona que no es el padre biológico. En estas condiciones, el hecho de que el derecho británico no permita un reconocimiento jurídico especial de la relación X y Y no constituye una falta de respeto de la vida familiar en el sentido de esta disposición”.

Parece que una interrogación ha sido evacuada fácilmente en la especie: la previsión jurídica. A partir del momento en que el Reino Unido autoriza

y financia el tratamiento de un cambio de sexo, delibera los documentos mencionando la nueva identidad y autoriza a la compañera de X a beneficiar de una inseminación artificial con donante, “dicho Estado no debe asumir las consecuencias... a fin de permitir a esas personas vivir normalmente, sin discriminación, bajo su nueva identidad y en el respeto del derecho a una vida privada y familiar” (v. el estudio *Transexualismo*).

2. *Posición de la CEDH en otro caso*

En otro caso, la Corte Europea de Derechos del Hombre (CEDH, 30 julio 1998, núm. 22985/93, *Sheffield y Horsham c/ Reino Unido*) ha estimado que el Reino Unido no violó los artículos 12 y 14 ni el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, cuando prohibió a los “demandantes transexuales” operados del sexo masculino al sexo femenino, contraer matrimonio válido bajo la nueva identidad.

Para la Corte, tratándose del artículo 8, el Estado defensor puede hacer prevalecer su margen de apreciación para justificar el reconocimiento de su nueva identidad en derecho; sin embargo, la Corte reitera su opinión emitida anteriormente en los casos *Rees et Cossey*, y que el Estado defensor debería adoptar medidas jurídicas apropiadas en la materia.

Sobre el artículo 12, la Corte recuerda que éste se dirige únicamente a la protección del matrimonio entre dos personas de sexo biológico diferente. Existe lugar a pensar que los casos del 11 de julio 2002 aclaran sin embargo esta cuestión en un sentido diferente (v. núm. 144).

IX. LA DETENCIÓN Y LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

1. *Alcance de la noción de vida privada aplicable a los detenidos*

No obstante que la Corte Europea de Derechos del Hombre reconoce que la imposibilidad de un detenido de tener relaciones sexuales con su cónyuge constituye una injerencia en su vida privada, ésta considera que el rechazo de autorizar a un detenido el poder acceder a la inseminación artificial (para una donación de esperma a su cónyuge) no constituye una injerencia tal, ya que la prohibición no es general y que los demandantes son objeto de un examen individual (*CEDH Dickson c. Reino Unido* 18 abril 2006, núm. 44362/04).

Parágrafo 3. Los otros atentados a la vida privada

2. *Respecto del secreto médico véase núm. 31*

3. *Autopsia*

Francia fue condenada por la Corte, a indemnizar el daño moral de una familia italiana de la cual el hijo, fallecido en un contexto médico, había sido el objeto de una autopsia judicial. La Corte ha estimado que, deliberando un permiso de inhumación después de siete meses, a pesar de que ninguna investigación era necesaria, el juez no había respetado un justo equilibrio entre las necesidades de la investigación y el respeto de la vida privada y familiar de los demandantes (CEDH, 30 oct. 2001, núm. 37794/97, Pannullo y Forte c/ Francia).

4. *Principios jurisprudenciales directores aplicables a la protección de datos*

En un caso del 25 de febrero 1997, la Corte precisa los principios aplicables para la protección del secreto médico, en virtud de la Convención Europea de Derechos del Hombre (CEDH, 25 febrero, 1997, núm. 22009/93, Z c/ Finlandia: Rec. CJCE, p. 2758).

Teniendo en cuenta que “el respeto del carácter confidencial de las informaciones, constituye un principio esencial del sistema jurídico de todas las partes contratantes a la convención”, la Corte deduce que “la legislación interna debe establecer las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud, que no estén en conformidad con las garantías previstas por el artículo 8 de la Convención”.

Tratándose de las informaciones relativas a la ceropositividad, la Corte no ha dudado en referirse a los textos específicos del Consejo de Europa en materia de protección de datos y de sida (Conv. STE 108, 28 enero 1981 sobre la protección de datos) Recom. Comité min. Rec (89) 14 24 oct. 1981 sobre las incidencias éticas de la infección de VIH).

Sin embargo, en la especie, la represión de infracciones penales y la protección de procedimientos judiciales permiten justificar y fijar los límites de la injerencia en la vida privada. Las decisiones judiciales pueden imponer a los médicos, revelar informaciones confidenciales o

inclusive, decidir la atribución de expedientes médicos en el marco de un proceso verbal a puerta cerrada. Por el contrario, la difusión de estas informaciones en una decisión judicial rendida pública, constituye una violación del artículo 8. Lo mismo sucede en el caso de la fijación de un plazo de confidencialidad demasiado breve (diez años) para permitir el acceso al expediente completo en el proceso.

Sin embargo, desde que la medida de comunicación sea sometida a limitaciones importantes que surjan de las garantías efectivas contra los abusos (obligación de confidencialidad idéntica que pesa sobre el destinatario, informaciones transmitidas en relación estricta con el objeto de la demanda), la Corte admite el carácter, no absoluto, del secreto de datos médicos (CEDH, 27 agosto 1997, núm. 20837/92, MS c/ Suecia; se trata aquí de la transmisión de datos nominativos por un hospital público en beneficio de una caja de seguridad social).

5. *Utilización combinada de técnicas de ingeniería genética y de informática*

Frente a la multiplicidad de textos categoriales (y destacadamente la Convención 108 sobre la protección de datos), ¿cómo puede la Convención Europea de Derechos del Hombre proteger al individuo contra una divulgación de informaciones concerniendo su salud y su patrimonio genético?

Tomado el artículo 8 en sus dos aspectos, respeto de la vida familiar y respeto de la vida privada, sería sin duda alguna, el fundamento moral de tal protección.

No existe dificultad particular para poner en obra dicha protección, desde que tal injerencia sea el trabajo de autoridades públicas. A este título, el carácter legalmente obligatorio de la prueba de *déspistage* constituirá posiblemente tal injerencia, puesto que una intervención médica forzada, incluso secundaria, ha sido juzgada por la Comisión como un atentado al respeto de la vida privada (Com. EDH, X Austria, 13 dic. 1979, núm. 8278/78, DR 18, p. 154).

Deberá entonces buscarse la justificación de tal injerencia en el terreno del § 2 del artículo 8 (prevención de infracciones penales, protección de la salud o protección de derechos y de libertades del otro), lo que conducirá, por aplicación a la jurisprudencia, a verificar que se trata aquí, de medidas previstas por la ley y necesarias en una sociedad democrática.

Las injerencias autorizadas no podrían ser, en estas condiciones, que estrictamente limitadas. La dificultad resulta sobre todo del hecho de saber cuál será la falta de las autoridades públicas que pueda constituir una violación del artículo 8.

6. *¿La falta de las autoridades públicas puede constituir una violación del artículo 8? ¿Cuál sería entonces la naturaleza del defecto de actuar imputable al Estado?*

El caso Van Oostervijck (Comisión, informe, 1o. marzo 1979), que se refiere al rechazo del Estado belga de permitir a un transexual reformar su acta de estado civil, contribuye a una aclaración interesante. La comisión, en efecto, ha juzgado que esta falta “no constituye una injerencia en el ejercicio de la vida privada sino un verdadero desconocimiento del respeto a la vida privada” en la medida en que dicha falta “exponía al interesado a tener que revelar a cualquiera informaciones que afectaban a su intimidad y por ende a ser descartado, más tarde, de ciertos empleos, actividades o relaciones en razón de las explicaciones sobre su estado, que él estaría obligado a suministrar”.

El legislador que se abstendría de reglamentar el uso de pruebas en el empleo o la naturaleza de las informaciones susceptibles de ser reveladas al momento de suscribir un contrato de seguros, ¿desconocería el respeto debido a la vida privada?

Una indiferencia debe ser sin embargo señalada con respecto a la situación del transexual. En este último existe, en efecto, permanentemente una contradicción entre la apariencia, su aspecto morfológico y su identidad civil, y la causa de esta situación, que lo obliga a revelar elementos de su vida privada puede, como en la especie citada anteriormente, ser imputable a la autoridad pública (para el análisis crítico del enfoque dado al respeto de la vida familiar, v. núm. 37).

Al igual que para el contrato de seguros, en el marco del contrato de trabajo, mientras que el individuo no se haya sometido a un examen, ningún elemento de su vida privada aparece. Puede éste entonces sustraerse al riesgo de no lograr acceder a un empleo o de no poder suscribir una póliza de seguros. Veremos en seguida cómo la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y de la Biomedicina aborda y refuerza esta protección, ofreciendo a la Corte una base indirecta de referencias.

7. Conclusión: observación general sobre la jurisprudencia

Lejos de ignorar los problemas que surgen a partir del desarrollo de ciencias biomédicas, la jurisprudencia de los órganos de la Convención oculta, por el contrario, ciertas “sorpresas”.

Así se confirma que el principio del consentimiento libre y aclarado de la persona ha sido explícitamente reconocido en el marco de la experimentación médica.

Por otro lado, si la jurisprudencia “reconoce que las autoridades nacionales gozan en la materia de un gran margen de apreciación, en particular en una esfera como lo es aquella que concierne a los asuntos de la creencia sobre la vida humana” (CEDH, 29 oct. 1992, núm. 14234/88, *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlanda*, § 68), líneas directivas podrían entonces ser establecidas. Éstas se apoyan, particularmente, sobre la definición de ciertas nociones, el tratamiento inhumano, la vida privada o la injerencia, que son de un recurso evidente para aclarar nuestra reflexión.

En fin, ciertas circunstancias “políticas jurisprudenciales”, como el reconocimiento de obligaciones positivas, en ciertas circunstancias, a la carga del Estado, y la importancia otorgada a un enfoque realista de los vínculos familiares, son susceptibles de crear una dinámica convencional, que no hesita, al referirse al conjunto de textos pertinentes del Consejo como testimonio del estado de derecho positivo armonizado en Europa.

Nadie duda al respecto que la Convención Europea sobre la Biomedicina y los Derechos del Hombre pueda constituir una de las primeras referencias para este trabajo jurisprudencial.