

EL CONVENIO RELATIVO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BIOMEDICINA: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A SU EFICACIA Y APLICACIÓN.

Dra. Magdalena M. Martín Martínez
Prof. Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Málaga.
magdalena@uma.es

RESUMEN:

Dos años son muy pocos en la vida de un tratado para valorar su éxito o fracaso. No obstante, es necesario realizar una primera reflexión sobre la eficacia y el grado de aplicación del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina. En principio, estamos ante un tratado con un valor jurídico limitado, ya que hasta el momento presente solo son partes 10 estados y todos ellos europeos. Además sólo algunas de sus disposiciones son directamente aplicables, mientras que otras necesitan de medidas legislativas internas que las desarrollen. Sin embargo, el Convenio no es solo derecho positivo, sino que está actuando como un factor de armonización y como motor del debate público en torno a los problemas legales y éticos que plantean la biomedicina. Su principal deficiencia radica en que no hay un mecanismo internacional de control del cumplimiento, sino que solo se exige a los Estados partes que informen sobre las medidas que estuvieran adoptando para asegurar su aplicación. Por tanto el cumplimiento del tratado depende de la voluntad política estatal y de los respectivos derechos internos. Esta deficiencia puede suplirse promoviendo el control jurisdiccional indirecto del Convenio por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e incluso por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Hasta el momento presente los resultados no son muy satisfactorios, pero el reto estriba en que la sociedad civil y los operadores jurídicos tomen conciencia, invoquen y exijan la aplicación práctica e inmediata del Tratado. Por tanto su aplicación y eficacia depende de todos nosotros.

Palabras claves: Convenio de relativo a los derechos humanos y a la biomedicina, eficacia, aplicación, mecanismos de control, grado de cumplimiento.

1. Han transcurrido ya más de dos años desde que 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, entrara en vigor internacional mente(1). Ciertamente, se trata de un periodo temporal demasiado exiguo para pretender extraer alguna conclusión definitiva sobre la eficacia jurídica o el grado de cumplimiento de este nuevo cuerpo normativo, máxime teniendo en cuenta que los tratados internacionales son instrumentos de largo alcance, con vocación de permanencia, y cuyos efectos suelen prolongarse en el tiempo, lo que dificulta cualquier valoración inmediata sobre su hipotético éxito o fracaso.

No obstante, la vertiginosa cadencia con la que se suceden los acontecimientos en el campo de la biomedicina aconseja, a nuestro juicio, un esfuerzo continuado de reflexión desde la óptica del Derecho, y en particular, del Derecho Internacional Público, al objeto de

afrontar de forma coordinada los dilemas éticos, jurídicos y científicos que cotidianamente suscitan los nuevos desarrollos médicos y tecnológicos. Todo ello sin perjuicio de que cualquier análisis legal como el que aquí esbozamos necesite, además de las pertinentes críticas y revisiones, del apoyo de otras contribuciones elaboradas desde la propia medicina o la biología, la ética, la filosofía, la sociología o incluso la política y la economía(2). Paradójicamente, los avances biotecnológicos son en buena medida fruto de la interdependencia y la globalización de la sociedad contemporánea, que sin embargo no han hecho sino acentuar las diferencias respecto a los valores éticos, filosóficos, sociales, culturales, o económicos que han de presidir su uso(3).

Así pues, una vez sentadas estas premisas, conviene precisar que el objeto del presente trabajo no es explicar la génesis o el contenido del Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina, ya que ambas tareas se han abordado satisfactoriamente desde éste mismo foro(4), sino determinar su eficacia y mecanismos de control, insistiendo en algunos de los aspectos más problemáticos que suscita su aplicación.

II. Dado que el Derecho puede definirse como el resultado de una voluntad de regular normativamente conductas (5), el propósito principal de la Convención de Oviedo consiste en garantizar el respeto de la dignidad e integridad humanas en relación a cualquier práctica inadecuada de la biología y la medicina, tal y como se dispone en el Preámbulo y en el Art. 1 (objeto y finalidad) (6). De ello se desprenden dos notas importantes.

Primera, que el Convenio se inscribe en la llamada “teoría de los derechos humanos” elaborada tras el final de la II Guerra Mundial, es decir, constituye un eslabón más en la larga e inacabada cadena de tratados, recomendaciones y actos de diversa índole emanados de una pluralidad de Organizaciones Internacionales que, arrancando desde la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, proclaman y consagran el respeto de los derechos fundamentales, y en particular de la dignidad humana, como valor universal y como requisito imprescindible para la convivencia pacífica de la sociedad internacional (7).

Segunda, que a diferencia de algunos de los tratados internacionales con los que comparte categoría, la Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina reconoce la posibilidad de que las violaciones y los danos contra la dignidad humana provengan no sólo de los Estados, esto es, de comportamientos activos o pasivos de los poderes públicos, sino fundamentalmente de la acción directa de particulares (8), por lo que puede afirmarse que el Convenio de Oviedo contribuye a reforzar la responsabilidad penal internacional del individuo, esto es, a que la persona, al margen o además de tener que hacer frente a las responsabilidades que se le imputen por contravenir el derecho penal interno, será tenida por responsable a nivel internacional por la comisión de hechos considerados ilícitos de conformidad con las propias normas internacionales.

Ambos datos son de indudable importancia, ya que se ha dicho con razón que el Convenio constituye un hito histórico, en la medida en que por primera vez se fijan límites infranqueables a los progresos, prácticas y aplicaciones en la biología y la medicina (9). Sin embargo, no conviene sobrestimar su relevancia jurídica. Por el contrario, una justa valoración del alcance de este tratado internacional exige recordar el marco y los sujetos que participaron en su celebración, así como los resultados del proceso de codificación (10).

En este sentido, en tanto que el Convenio se elabora en el seno del Consejo de Europa, una

Organización Internacional restringida, el número de Estados que participaron en las negociaciones fue reducido aunque significativo. Así, a los 43 Estados Miembros con los que cuenta el Consejo de Europa se sumaron voluntariamente otros 5 (Australia, Canadá, La Santa Sede, Japón y los Estados Unidos de Norteamérica), amén de una Organización Internacional regional (la Unión Europea). Una vez concluidas las negociaciones, sólo 21 de los 43 Estados miembros del Consejo de Europa firmaron el Convenio de Oviedo, y en la actualidad sólo 10 de ellos han procedido a su ratificación (11). A mayor abundamiento, únicamente 4 de los Estados que han ratificado pertenecen también a la Unión Europea (12). Por lo tanto, la Convención tiene un ámbito de aplicación limitado tanto cuantitativa (49 negociadores/10 Estados partes) como cualitativamente (todos del mismo círculo geopolítico, la denominada "gran Europa"). A ello hay que añadir que, de momento, las ausencias son casi tan relevantes como las presencias, ya que no están vinculados por ésta regulación convencional potencias de la talla de Estados Unidos, Rusia, Japón, Alemania, Francia o el Reino Unido. Este último dato merece ser tenido en cuenta a la hora de ponderar el alcance real de la nueva regulación, ya que se debe prestar una atención primordial a la práctica cualificada de los Estados especialmente interesados, es decir, de aquellos que están a la vanguardia de los avances científicos y que disponen de los medios técnicos, económicos y humanos para aplicarlos, de la misma manera que, por ejemplo, en materia de energía nuclear hay que tener muy presente las opiniones y actuaciones de los países que están en posesión del arma atómica.

Pese a que todo lo anterior atenúa el pretendido valor universal del Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina, conviene resaltar dos elementos que de alguna manera contrarrestarían esta impresión. De una parte, el ritmo creciente de ratificaciones, que probablemente se incrementará tras la adhesión de algunos Estados emblemáticos como Alemania o Reino Unido, provocando una suerte de "electo dominó" De otra parte, que al igual que sucedió con la Declaración Universal de Derechos Humanos, promovida por los Estados occidentales en el contexto de la guerra fría pero posteriormente aceptada por la totalidad de los componentes de la comunidad internacional, bien pudiera ocurrir que el Convenio de Oviedo signifique la generación o la cristalización, es decir, la plasmación en un texto jurídico internacional de carácter obligatorio, de un conjunto de principios y prohibiciones comúnmente aceptados por todos Estados, o al menos por un grupo importante de ellos, relativos a las aplicaciones de la biología y la medicina (13).

Desde esta perspectiva podría compatibilizarse el limitado alcance geográfico del Convenio con su vocación universal, a través del establecimiento de valores comunes pero respetando las características particulares de cada Estado. Por consiguiente, la eficacia del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina se proyecta en una triple dimensión.

1. En primer lugar el Convenio constituye derecho positivo, norma en vigor para los Estados (14). Algunas de sus disposiciones son autoejecutables ("self-executing"), es decir, se trata de normas tan explícitas y perfectas que son directamente aplicables, pudiendo ser invocadas por los particulares y aplicadas de oficio por los jueces y tribunales. Este sería el caso, a nuestro juicio, de los artículos del Convenio donde se reconocen derechos individuales subjetivos (arts. 5-6.1-8-9-13-16-17), o se imponen prohibiciones legales absolutas (arts. 11-14-20.1-21). Así entendemos que, por ejemplo, cabría demandar que se respetarán los deseos expresados por un paciente en su testamento vital si posteriormente no se encontrara en situación de expresar su voluntad (Art. 9).

Por el contrario, el resto de las disposiciones del Convenio necesitan para su aplicación efectiva la adopción de medidas legislativas, es decir, de normas internas que las desarrollen y concreten. Es precisamente este segundo tipo de normas ("non self-executing") las que provocan mayores problemas, debido a la disparidad de opciones y decisiones legislativas adoptadas por las diferentes autoridades nacionales. De hecho, aunque los Estados partes del Convenio de Oviedo comparten idénticos valores y principios, sus legislaciones internas difieren radicalmente, como puede apreciarse respecto de la eutanasia o la donación. Piénsese, por ejemplo, que Alemania aún no ha ratificado porque su derecho interno prohíbe tajantemente cualquier investigación con embriones (15), mientras que el Convenio es mucho más ambiguo y permisivo, aceptando que "cuando la experimentación con embriones "in vitro" esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión" (Art. 18).

Además de ésta eficacia jurídica directa, la particularidad del Derecho Internacional Público permite que el Convenio de Oviedo pueda extender su ámbito de aplicación gracias a la interacción entre tratado y costumbre. La teoría de la interacción entre las fuentes normativas del Derecho Internacional fue formulada por el jurista uruguayo JIMENEZ DE ARECHAGA (1). A grandes rasgos, esta tesis se basa en que, a diferencia de lo que sucede en los derechos internos, en el Derecho Internacional Público existe una única fuente material de producción de normas: la voluntad de los Estados, voluntad que se manifiesta a través de distintas fuentes formales (tratados, costumbres, actos de Organizaciones Internacionales etc.). Por tanto, las diferentes fuentes de producción jurídica internacional no funcionan como compartimentos estancos, sino a la manera de vasos comunicantes. Por esta razón, algunos tratados generales facilitan la formación de costumbres internacionales, bien sea mediante la positivación de una costumbre ya existente (que es lo que se denomina como "efecto declarativo"), bien mediante la consagración de una costumbre que hasta el momento de plasmarse en el tratado se hallaba en proceso de formación ("efecto cristizador") o bien mediante la elaboración de una propuesta normativa original que, de ser aceptada con el tiempo, se transformaría en una costumbre internacional ("efecto generador").

Como hemos avanzado, esto es precisamente lo que puede estar sucediendo en el caso del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina. En la medida en que sus disposiciones reflejen un conjunto de principios y prohibiciones resultado de la "conciencia jurídica colectiva" no estaría sino formulando por escrito el contenido de ciertas costumbres internacionales ya existentes o cuanto menos en proceso de formación. Con todo, se trataría de costumbres regionales, ya que como hemos verificado, hasta el momento presente la falta de aceptación universal del Convenio, junto con la disparidad de la práctica estatal, impediría la formación de costumbres generales o universales. Por idénticas razones habría que desestimar también la aparición de "costumbres instantáneas" en el campo de la biomedicina, puesto que, si bien en atención a la rapidez de los avances científicos podría reducirse sensiblemente el tiempo necesario para la formación de costumbres internacionales, la aparición de tales normas nuevas se vería imposibilitada por la fragmentación y la heterogeneidad de la práctica de los diferentes Estados.

2. En segundo lugar, el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina actúa, en palabras de BYK, como un "factor de armonización jurídica"(17). Esto significa que, al margen de las evidentes disparidades e incluso contradicciones que registra la práctica y las legislaciones nacionales, las disposiciones del Convenio pueden ser invocadas y utilizadas en la jurisprudencia interna. Nada impide que, incluso los jueces y tribunales de los Estados que todavía no sean partes, por no haber ratificado el Convenio, puedan recurrir a sus

disposiciones a la hora de dictar sentencias o elaborar dictámenes u otras resoluciones judiciales. En el caso concreto del derecho interno español, el Convenio, además de ser fuente directa de derechos y obligaciones, debe también utilizarse como parámetro de referencia en la interpretación de las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales, tal y como prevé el artículo 10.2 de nuestra Constitución.

3. En tercer lugar, pero no menos importante, el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina goza de un indiscutible valor meta jurídico, como evidencia su fuerte impacto ético y social, y su utilización constante por comités de estudio, grupos de expertos, comisiones nacionales, programas de evaluación de proyectos de investigación y desarrollo etc. (18). Esta segunda utilidad del Convenio, como motor del debate público en torno a las aplicaciones de la biología y la medicina y sus diversas repercusiones, está expresamente prevista en el artículo 28, y demuestra su eficacia como mecanismo de incorporación de la sociedad civil a los procesos de creación y aplicación de las normas internacionales (19). En suma, tanto la interpretación como la discusión en torno a la aplicación del Convenio de Oviedo contribuye, como también sucede con otros tratados internacionales, a la democratización de la sociedad internacional, trasladando el debate técnico jurídico de los despachos a la calle. Con todo, estamos ante un fenómeno que presenta luces y sombras, en la medida en que potencia la intervención activa y sin máscaras de actores tan dispares como las empresas multinacionales, las organizaciones no gubernamentales, los grupos de presión o las iglesias y confesiones religiosas. Todos estos actores interfieren en la adopción de decisiones guiados por sus propios intereses, que no siempre coinciden con el "interés general" (20).

III. Finalmente, para ofrecer un panorama general del alcance y eficacia del Convenio de Oviedo es preciso abordar, siquiera brevemente, la cuestión de los mecanismos de control y seguimiento previstos en el propio tratado. En este sentido es innegable que existe un claro desequilibrio entre los objetivos que pretende el Convenio y los instrumentos de observancia y control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados. En otras palabras, no hay correlación entre los fines que el Convenio persigue y los medios previstos para la realización de dichos fines, ni tampoco entre éstos y los mecanismos de sanción en caso de violación de las normas contenidas en el tratado. De alguna manera este desequilibrio tiende a generar cierta sensación de insatisfacción o frustración, justificando incluso una "revisión a la baja" de las expectativas a o la importancia real del Convenio. A este propósito, quisiéramos insistir en dos ideas.

Primera, que como ha señalado RODRÍGUEZ CARRION, la gran paradoja del Derecho Internacional "es que se le imputa como ineficacia o incapacidad lo que es ineficacia o incapacidad de la voluntad política de los Estados o de sus propios ordenamientos internos"(21). A nuestro juicio esta afirmación general es perfectamente aplicable en el caso que nos ocupa, ya que la grandeza del Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina estriba en haber cristalizado en un tratado internacional un conjunto de principios y prohibiciones cuya ejecución y cumplimiento queda en manos de los Estados. Como veremos, a los Estados compete tanto velar por el respeto de las normas previstas en dicho tratado como sancionar sus violaciones, fundamentalmente a través del recurso a los derechos internos.

La segunda idea pone el acento en otra gran paradoja. Resulta cuanto menos chocante que en una época como la actual, caracterizada por el pensamiento único, el libre mercado y el fin del llamado "estado del bienestar" (22), y en un momento en el que, por ejemplo en España la sanidad pública se financiará parcialmente mediante un impuesto sobre los carburantes,

exijamos de ese mismo Estado al que tanto denostamos y al que hemos jibarizado, que nos proteja, o en el caso concreto del Convenio de Oviedo, que nos preserve de cualquier práctica inadecuada de la biología o la medicina que pudiera poner en peligro la dignidad humana y que, además, nos garantice un acceso equitativo a los beneficios derivados de los nuevos avances científicos.

Descendiendo de lo general a lo particular, el Convenio de Oviedo dedica a la ejecución y control de las obligaciones convencionales los Capítulos VIII, IX y X (arts. 23 a 30). En principio, ya hemos puesto de manifiesto que la tutela de los derechos y principios que el Convenio consagra está encomendada a los tribunales internos, a los que se atribuye tanto la protección jurisdiccional (Art. 23), como la posibilidad de que el perjudicado injustamente obtenga una reparación por darlos (Art. 24). Los mecanismos de vigilancia se completan con la imposición a los Estados partes del deber de incorporar en sus respectivos ordenamientos internos las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento. El recurso a los derechos internos exige que las autoridades nacionales tipifiquen en los códigos penales internos aquellas conductas consideradas ilícitas internacionalmente, y, especialmente, que determinen las sanciones penales exigibles en caso de violación de las normas internacionales (23). A este respecto el Convenio de Oviedo es un claro ejemplo del "modelo indirecto" que caracteriza la aplicación del Derecho Internacional. Como hemos resaltado, el ordenamiento internacional no es un ordenamiento sancionador, sino que, por el contrario, tiende a trasladar la responsabilidad del cumplimiento de las normas internacionales a los derechos internos, luego el método consiste en que el propio tratado imponga a los Estados partes el deber de castigar su incumplimiento mediante la adopción de medidas legislativas internas. Este "modelo indirecto de aplicación" presenta serias deficiencias, en la medida en que el grado de observancia del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina está supeditado a que cada Estado parte actúe de conformidad con las obligaciones que internacionalmente ha asumido, dictando las normas internas necesarias para exigir a la administración y a los particulares el respeto de los principios y prohibiciones consagradas en el Convenio de Oviedo. Por lo tanto ni existe un mecanismo uniforme de control ni podemos hablar de un único nivel de cumplimiento del Convenio, sino de tantos como Estados partes.

Por otro lado, los derechos enunciados en el Convenio de Oviedo no son derechos absolutos sino que, al igual que sucede con los derechos y libertades fundamentales consagrados en los diferentes textos constitucionales, pueden estar sujetos a ciertas restricciones (Art. 26). Siguiendo a REQUENA CASANOVA las restricciones deben obedecer a criterios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad, y se adoptarán teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada Estado (24). Existe sin embargo un núcleo duro de derechos blindados que no son susceptibles de recorte alguno, y que el propio tratado circunscribe a los arts. 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 y 21 (Art. 26.2). Asimismo, el Convenio se limita a garantizar una protección mínima, es decir fija un límite inferior pero no superior, permitiendo a los Estados partes ampliar el nivel de protección dispensado más allá de lo previsto en el propio tratado (Art. 27).

Además o junto a los mecanismos de cumplimiento basados en los derechos internos, el Convenio de Oviedo articula un procedimiento de control internacional de la observancia de sus normas. Al margen del llamamiento al debate público al que nos hemos referido con anterioridad, la única técnica de control internacional prevista consiste en la presentación de informes por los Estados partes en los que éstos, a petición del Secretario General del Consejo de Europa, explicarán qué tipo de medidas legislativas internas han adoptado para asegurar la aplicación efectiva y el cumplimiento de las disposiciones del tratado (Art. 30).

Por tanto, el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina se ha decantado por una técnica de control que puede calificarse de ortodoxa y primaria.

Ortodoxa porque es la técnica clásica que el Derecho Internacional suele emplear para garantizar la protección de los derechos humanos, hasta el punto de que está prevista tanto a nivel universal, en la mayor parte de los convenios de derechos humanos concluidos en el seno de las Naciones Unidas, como a nivel regional en el Convenio europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH de Roma, 1950) y en el Convenio americano de derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969)(25).

Primaria porque se trata de una técnica de control muy elemental, y hasta cierto punto ineficaz, puesto que convierte a los Estados en jueces y partes de su propia causa. La ineficacia del sistema de control se acentúa porque el Convenio de Oviedo no atribuye el examen y la evaluación de dichos informes a ningún comité independiente. A diferencia del Convenio sobre eliminación de la discriminación racial de 1965, la Convención contra la tortura de 1984 o el Convenio sobre los derechos del niño de 1989, el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina no contempla la creación de ningún órgano político encargado del control de su cumplimiento (26).

Pero lo que es agrava aún más si cabe la debilidad de este sistema de control es que, salvo los informes, tampoco se han previsto ninguna de las restantes técnicas internacionales que suelen estar presentes en los tratados sobre derechos humanos. Nos referimos al control jurisdiccional que se ejerce mediante la presentación de demandas interestatales y/o denuncias individuales.

Respecto al control por la vía de la presentación de demandas interestatales por incumplimiento, el Convenio se revela parco y poco generoso, alejándose del modelo previsto tanto en los Pactos internacionales de 1966 como en el CEDH y en el Pacto de San José. Ello significa que en la práctica un Estado parte no puede demandar a otro por la violación de alguna de las disposiciones del Convenio. Tan solo se reconoce la competencia consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que podrá emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica a petición del gobierno de un Estado parte, siempre que sean informadas las restantes partes, o cuando así lo solicite el Comité Director para la Bioética (Art. 29 en relación con el 32). Pero es que incluso la aceptación de esta competencia consultiva resulta insuficiente, ya que no reconoce a las jurisdicciones nacionales la facultad de recurrir al TEDH para resolver cuantas dudas les suscitara la interpretación del Convenio, lo que sin duda hubiese favorecido su invocación y aplicación por los tribunales internos.

Por lo que concierne a la vía de la presentación de demandas individuales, también ha quedado excluida, lo que resulta especialmente incongruente dado que el Convenio de Oviedo asume que tanto los autores directos de prácticas inadecuadas de la biología y la medicina como las víctimas de tales prácticas son personas físicas. La exclusión del control mediante la reclamación de los particulares afectados demuestra las reticencias de los Estados a reconocer la capacidad procesal activa del individuo, sobre todo porque ello les obligaría a tener que hacer frente a los lícitos cometidos por funcionarios o agentes del Estado. Dicho de otro modo, el Convenio de Oviedo entronca con la tradición más clásica del Derecho Internacional, reafirmado la responsabilidad penal internacional de las personas pero negándoles la posibilidad de presentar reclamaciones ante órganos jurisdiccionales internacionales en caso de presuntas violaciones de los derechos fue el propio ordenamiento

internacionales les reconoce.

A la vista de lo anterior, el control jurisdiccional internacional del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina solo podrá ejercerse de manera indirecta, mediante el recurso a alguno de los tribunales internacionales ya existentes.

En concreto, el TEDH podría ejercer su función contenciosa en caso de concurrencia de violaciones, es decir que el incumplimiento de alguna de las disposiciones del CEDH constituyese también una infracción de los derechos protegidos en el Convenio de Oviedo. Si bien es más que previsible que esto pueda suceder, ya que muchos de los preceptos del Convenio de Oviedo encuentran su razón de ser en los derechos reconocidos en el CEDH, los resultados pueden ser dispares. Baste recordar la decisión del TEDH de in admitir a trámite la demanda concerniente al caso de Ramón Sampredo (27). Prescindiendo del problema concreto de la eutanasia, la importancia del supuesto estriba en la decisión del TEDH de considerar que los derechos invocados pertenecen a la categoría de "no transferibles" en tanto que poseen un carácter eminentemente personal, por lo que no pueden ser ejercidos más que directamente por su titular (28). Al negar a la heredera de Sampredo la legitimación procesal para invocar la violación de los derechos que el CEDH reconocía al fallecido, el TEDH podría estar cerrando la puerta a futuras demandas que, además de en el CEDH, estuvieran amparada en la violación de aquellos derechos recogidos en el Convenio de Oviedo que no puedan ser directamente invocados por sus titulares, como puede suceder con los derechos relativos a la protección de personas sin capacidad para expresar su consentimiento (arts. 6, 9, 17 y 20 del Convenio).

No obstante, el debate continúa abierto. Por una parte, es probable que el propio TEDH tenga en breve la oportunidad de reconsiderar su posición, habida cuenta del anuncio del recurso inminente que tiene intención de presentar Dianne Pretty, una enferma terminal británica a la que la Cámara de los Lores denegó el 29 de noviembre de 2001 el derecho a un suicidio asistido (29). Por otra parte, la in admisión a trámite de la demanda presentada ante el TEDH por Manuela Sanlés, la heredera de Sampredo, ha permitido que, al no existir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas haya admitido en primera instancia su demanda, requiriendo al gobierno español para que presente los correspondientes informes y observaciones (30).

Además del eventual recurso al TEDH, existiría una segunda vía de control jurisdiccional indirecto del cumplimiento del Convenio de Oviedo a través del recurso al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). La intervención del TJCE exigirá, como en el supuesto anterior, la concurrencia de violaciones, si bien en este caso resulta más improbable que una violación del Derecho Comunitario entrañe también una vulneración del Convenio de Oviedo, porque, como es bien sabido, la Comunidades Europeas no tienen competencia en materia de derechos fundamentales (31). No obstante, el TJCE ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse en un tema tan vinculado con el Convenio de Oviedo como es el de las patentes biotecnológicas. El resultado de este control indirecto ha sido poco esperanzador, ya que la sentencia de 9 de octubre de 2001, que desestimó un recurso de anulación presentado contra la Directiva 98/44 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, no contiene referencia alguna al Convenio sobre derechos humanos y biomedicina, pese a que en la sentencia sí se mencionan expresamente otros tres tratados internacionales (32).

En concreto, el TJCE considera que la Directiva impugnada no impone a los Estados miembros obligaciones incompatibles con las que se derivan de sus compromisos de Derecho

Internacional, ni tampoco considera que la patentabilidad de elementos aislados del cuerpo humano sea contraria al derecho fundamental a la dignidad humana y la integridad de la persona, siempre que dichos elementos formen parte de un producto que pueda ampararse en la protección de una patente y siempre que se respeten determinadas normas éticas, "entre las que figura el derecho de las personas a disponer de si mismas con conocimiento de causa"(33). Sin profundizar en otras consideraciones legales, quisiéramos insistir en que resulta cuanto menos decepcionante que el TJCE afronte el debate en torno a la necesidad de verificar el consentimiento de los donantes o receptores de productos obtenidos mediante procedimientos biotecnológicos sin tener para nada en cuenta lo dispuesto en el Convenio de Oviedo.

IV. A modo de conclusión, los ejemplos anteriores parecen confirmar algunas de las reflexiones apuntadas. Cualquier intento de valoración del grado de cumplimiento del Convenio de Oviedo, en términos de éxito o fracaso, puede resultar prematuro y superficial. En este sentido, conviene recordar que el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina tiene las mismas virtudes y defectos que cualquier otro tratado internacional concluido en el seno de del Consejo de Europa.

Esto significa que, por primera vez en la historia, se ha logrado la codificación y el desarrollo de un conjunto de principios y prohibiciones que han de regir las aplicaciones de la biología y la medicina, aunque en un ámbito geográfico limitado, y respecto de un número reducido de Estados, y pese a que no se hayan establecido los mecanismos internacionales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados partes. De ahí que la garantía de la observancia de sus normas descansa en los derechos internos, a quienes compete asegurar una protección jurisdiccional adecuada.

Junto al recurso a los ordenamientos nacionales sólo se contempla un mecanismo primitivo de control internacional, basado en la clásica obligación de los Estados partes de rendir cuentas mediante la presentación de informes sobre la aplicación efectiva del Convenio.

Como hemos tenido ocasión de comprobar este sistema presenta evidentes debilidades. Sin embargo, las dificultades de control y cumplimiento del tratado pueden en buena medida ser subsanadas mediante la acción de los tribunales. Quiere esto decir que, más allá de sus límites intrínsecos en tanto que instrumento del Derecho Internacional, el Convenio de Oviedo marca un punto de no retorno en la biomedicina, lo que hace inconcebible cualquier retroceso en cuanto a los derechos y las prohibiciones en él consagrados. El reto consiste por tanto en concienciar a todos los operadores jurídicos (partes en el proceso, jueces, fiscales, abogados, administración) para que invoquen y exijan la aplicación directa de esos principios y normas que los Estados se han comprometido a salvaguardar. La pelota está pues en nuestro tejado.

NOTAS:

1 .Como es bien sabido, cada tratado internacional determina la manera y fecha de su entrada en vigor. En el caso del Convenio de Oviedo el Art. 33.3 requería su ratificación por un mínimo de cinco Estados, de los cuales al menos cuatro debían ser miembros del Consejo de Europa, lo que sucedió el 1 de diciembre del 999. Recordemos también que la entrada en vigor interna para España tuvo lugar el 1 de enero de 2000, si bien España había procedido a su ratificación con fecha 1 de septiembre de 1999 (BOE No. 251, de 20 de octubre de 1999, corrección de erratas en el BOE No. 270, de 11 de noviembre de 1999). Además de en su sede natural, el BOE, el texto del Convenio y del Protocolo Adicional en relación con la prohibición de donación del ser humano puede encontrarse en <http://diariomedico.recoletos.es/>.

2.Respecto a la necesidad de una aproximación multi e interdisciplinar de los fenómenos relacionados con la biomedicina, los comentarios de ECHEZARRETA FERRER, M., "La protección de los adultos-mayores. Logros del siglo XX y retos del XXI.

Un planteamiento multidisciplinar", en Persona y Estado en el umbral del Siglo XXI, ed. Facultad de Derecho de Málaga, PP. 259-272, espec. PP. 261-262.

3. McLEAN, S.A.M., "Controlling the Future?-Human Rights and Biotechnology", 6 Maastrich Journal of European and Comparative Law, 3 (1999), PP. 299-307.

4.TORRES CAZORLA, M.L, "Las implicaciones de los avances científicos en el campo jurídico y la necesidad de proteger los derechos humanos: La entrada en vigor del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 4 de abril de 1997, Vol. LI, núm. 2, [geriatrienet.com](http://www.geriatrienet.com), <http://www.geriatrienet.com/numero3/privado3/internacional/cronicas.html>.

5. Así al menos lo define RODRÍGUEZ CARRION, A.J., Lecciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, 1998, p. 240.

6.Sobre el objeto y finalidad de la Convención, RUIZ VADILLO, E., "La Convención para la protección de los derechos del hombre 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, febrero 1999, PP. 37-40.

7.Sobre la "teoría de los derechos humanos" destacan las aportaciones de CASSESE, A., 11 *Diritto Internazionale nel mondo contemporaneo*, il Mulino, 1984, p. 321 y SS.; *International Law*, Oxford University Press, 2001 y CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos*, Tecnos, 2001. El estudio del "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" ha encontrado gran eco en la doctrina española, como demuestran, entre otros, GONZALEZ CAMPOS J.D. et altri, *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, 1999, PP. 719 y SS; PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 2001, PP. 199 y SS; DWZ DE VELASCO. M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 2001, PP 535 y SS.; RODRIGUEZ CARRION, AJ., op. cit., PP. 165 y 55.

8.Así se desprende claramente del Preámbulo, donde se afirma el deseo de "recordar a

cada miembro del cuerpo social sus derechos y obligaciones". Dentro del concepto genérico de "poderes públicos" habría que incluir a los funcionarios y a los agentes que actúen en nombre o por cuenta del Estado, y que directa o indirectamente, generan la responsabilidad internacional estatal.

9. Sobre la trascendencia del Convenio en un ámbito hasta ahora virgen y el establecimiento de ciertos límites insalvables, las observaciones de TORRES CAZORLA, M.I., op. cit., y BYK, C., "La Convention européenne sur la biomédecine et les droits de l'homme et le ordrejuridique international", *Journal du Droit International*, 1(2001), t. 128, PP. 47-70.

10. Obviamente, junto al ámbito territorial restringido el Convenio se caracteriza también por sus objetivos particulares, en la medida en que el Art. 31 recoge la posibilidad de elaborar Protocolos Adicionales que desarrollen y complementen en áreas específicas los principios generales enunciados, tal y como ya ha sucedido respecto a la prohibición de la donación de seres humanos (Protocolo Adicional firmado en París el 12 de Enero de 1998, que ha entrado en vigor internacionalmente el 1 de marzo de 2001). Actualmente están en fase avanzada de preparación otros dos Protocolos más, relativos a los trasplantes y la investigación médica en seres humanos.

11. Las fechas y el estado de las firmas y ratificaciones del Convenio y su Protocolo Adicional, así como el texto de las reservas y declaraciones puede consultarse en el servidor oficial del Consejo de Europa, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/>.

12. Los cuatro Estados miembros de la Unión Europea hasta el momento partes del Convenio son Dinamarca, Grecia, Portugal y España.

13. En realidad no estamos sino extrapolando algunas de las afirmaciones que el profesor Carrillo Salcedo formula respecto al alcance jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos. CARRILLO SALCEDO, J.A., Soberanía de los

Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo, op. cit., p.37 y SS.

14. Así sucede en el caso de España, ya que tanto el artículo 1.5 del Código Civil como el 96 de la Constitución disponen que, una vez publicadas oficialmente, las normas contenidas en los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento interno.

15. En este sentido Alemania, junto con Francia, ha encabezado una iniciativa dirigida a lograr que las Naciones Unidas auspicien la celebración de una convención universal que prohíba la donación humana con fines reproductivos, en consonancia con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos del Hombre adoptada por la UNESCO en 1997.

16. JIMENEZ DE ARECHAGA, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, 1980, PP. 19-28.

17. BYK, C., op. cit., p. 55.

18. Por circunscribirnos al ámbito europeo, el Convenio de Oviedo está siendo utilizado por la Unión Europea para baremar la evaluación ética que han de incorporar todos los

Proyectos de Investigación y Desarrollo que soliciten financiación comunitaria. Igualmente, el Grupo Asesor de Aspectos Éticos de la Biotecnología instituido por la Comisión Europea viene utilizando de manera habitual el Convenio al elaborar sus dictámenes.

19.La importancia de la participación de la sociedad civil ha sido puesta de manifiesto por personalidades como Marcelo Palacios, presidente del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética, quien a propósito de los últimos intentos de donar embriones declaraba que: "La Bioética es disciplina de valores y conductas más que un dispositivo de regulación, ha de entenderse como un hábito cotidiano basado en la adecuada información pública especializada, el contraste de criterios, la autocrítica, la eficiencia y la toma de decisiones desde la responsabilidad individual y compartida; por supuesto, sin dejarse influenciar inadecuadamente por intereses económicos, ideológicos o confesionales, excluyentes de los que no sean sus propósitos particulares o grupales(...) En definitiva, a más bioética como hábito civil, más encuadre objetivo de los usos científicos y tecnológicos en la sociedad y menos necesidad de norma". *El Cultural*, 5-12-2001, p. 56.

20.Valgan como ejemplos de intereses grupales la posición que mantiene la Iglesia Católica respecto de la eutanasia o, en un ámbito bien distinto, la defensa ilícita de sus intereses económicos llevada a cabo por las empresas farmacéuticas europeas en el mercado de las vitaminas. En particular, los establecimientos de cárteles económicos y la adopción de medidas de competencia desleal en este sector han provocado la intervención de la Comisión Europea y la posterior imposición a ocho empresas de dos multas millonarias en dos semanas por prácticas comerciales desleales. Vid. *El País*, 22-11-2001, y 6-12-2001.

21.RODRIGUEZ CARRION, AJ., *El Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI*, ed. Servicio de Publicaciones de la Univ. de Málaga, 2000, p. 65.

22.Sobre los motivos y la forma en la que se ha puesto fin al "estado del bienestar" los comentarios de TORRES LÓPEZ, J., *Desigualdad y crisis económica. El reparto de la tarta*, ed. sistema, 2000, p. 30 y 55.

23.En el caso del derecho interno español los arts. 159 a 162 del vigente Código Penal castigan con pena de prisión "los delitos relativos a la manipulación genética".

24.REQUENA CASANOVA, M., "España ratifica el Convenio para la protección de los derechos humano y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999, 2, Vol. LI, p. 796.

25.CARRILLO SALCEDO ha contabilizado hasta 8 tratados internacionales concluidos por las Naciones Unidas en materia de derechos humanos que prevén la obligación de informar. CARRILLO SALCEDO, J.A., *op. cit.*, p. 82.

26.Entre estos destacan el Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Comité contra la tortura creado por la Convención de 1984 el Comité de Derechos del Niño. Como apunta VILLAN DURAN, la acción de estos comités no puede ser impedida por los Estados, ya que los artículos en los que se prevé su constitución no pueden ser objeto de reservas. VILLAN DURAN, C., *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Institut International des Droits de l'homme, 1994, PP. 155 y 55.

27. Décision sur la recevabilité de la réquete no. 48335/99 présentée par Manuela Sanles Sanles contre l'Espegne, [http://hudoc.echr.coe.int/hudoc\(ViewHtmi](http://hudoc.echr.coe.int/hudoc(ViewHtmi).

28."La Cour estime que les droits réclamés par la requérante au titre des articles 2,3,5,8,9 et 14 de la Convention appartiennent á la catégorie des droits non transférables; par conséquent, cette dernière ne saurait les réclamer aun nom de M. Sampedro dans le contexte de ses demandes devant les juridictions internes (...)Elle constate par ailleurs que M. Sampedro amis fin A ses jours quad il l'a voulu, et que la requérante ne saurait le remplacer dans ses demandes A se voir reconnaitre un droit A mourir dignement, un tel droit, A supposer qu'il puisse etre reconnu en droit interne, ayant, en tout état de cause, un caractère éminemment personnel et non transférable", ibidem, p. 7.

29.La decisión de la Cámara de los Lores británica pone fin a la vía jurisdiccional interna. Pese a que su neuropatía degenerativa incurable le impide hablar o moverse, al conocer el fallo de los Lores, Dianne Preuy manifestó por medio de su abogado su intención de recurrir al TEDH. Vid. El País, 30-11-2001.

30.El citado Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ha registrado con el no. 1.024/2001 la reclamación presentada por Manuela Sanlés, y ha solicitado al Estado español el pasado 6 de noviembre que, en el plazo de seis meses, formule cuantas observaciones crea pertinentes tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo de la pretendida violación del Art. 17 del mencionado Pacto (derecho a la intimidad en relación con el derecho a una vida digna). El País, 24-12-2001.

31.A propósito de la relación entre el Derecho Comunitario y los Derechos Humanos, SALINAS DE FRIAS, A., La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, Comares, 2000; RODRIGUEZ A., Integración Europea y Derechos Fundamentales, Civitas, 2001, esp. p. 178 y SS.

32.Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2001. En concreto el cuarto motivo alegado por los demandantes (Pág. 50) es que la Directiva vulnera el Convenio de Río de 1992 sobre la diversidad biológica, así como dos Anexos al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), en concreto el Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual y el Acuerdo sobre obstáculos Técnicos al Comercio. El texto completo de la sentencia puede consultarse en el servidor oficial del TJCE <http://europa.eu.int/jurisp>., así como en diariomedico.com.

33.Vid quinto motivo del recurso, Pág. 69-80. "La concesión de una patente no afecta a las limitaciones o prohibiciones legales aplicables a la investigación de productos patentables o a la explotación de productos patentados, tal como se afirma en el décimo cuarto considerando de la Directiva. El objeto de esta última no es sustituir las disposiciones restrictiva que garantizan, fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, el respeto de determinadas normas éticas entre las que figura el derecho de las personas a disponer de sí mismas con conocimiento de causa.