

**INFORME SOBRE EL ABORTO EN MÉXICO Y SU TRATAMIENTO JUDICIAL
MÁS RECIENTE; LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO EN
MATERIA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE INVENCIONES
BIOTECNOLÓGICAS Y LA ADOPCIÓN POR HOMOSEXUALES: EL CASO
FRETTÉ.**

Directora de Área: Graciela Medina

Colaboradora: Carolina Winograd

I. Aborto. México. a. General. b. El fallo. c. El Código Penal. d. La Decisión de la Suprema Corte. II. Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas. Sentencia del Tribunal de Justicia con motivo de la Directiva sobre Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas. a. La Causa. b. La Directiva. c. Los demandantes. d. Los demandados. e. Los antecedentes de la demanda. f. La Decisión del Tribunal. III. Adopción por Homosexuales. FRETTE v. FRANCE. a. Hechos del Caso. b. La decisión del Corte Europea de Derechos Humanos

I. Aborto

México

a. General

Tras una docena de sesiones privadas a lo largo de un año y medio y dos sesiones plenarias, los 11 ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana validaron el aborto en los casos de violación y por razones eugenésicas, al argumentar que no contraviene el orden constitucional.

b. El fallo

El 3 de Octubre de 2000, la Corte Suprema Mexicana admitió para su estudio la acción de inconstitucionalidad presentada por diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, pertenecientes a los partidos Acción Nacional y Verde Ecologista de México contra las reformas al Código Penal del Distrito Federal en materia de aborto.

El 29 de Enero de 2002, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró constitucional la reforma al artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, reforma que fue introducida en el año 1999 a través de la llamada Ley Robles. La controvertida reforma disponía que “no se aplicará sanción por el delito de aborto, cuando

éste obedezca a alteraciones genéticas o congénitas, que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite de poner en riesgo la sobrevivencia del producto.”

La acción de inconstitucionalidad 10/2000, cuyo proyecto de resolución estuvo a cargo de la ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila de García Villegas, también buscaba la derogación de la adición del artículo 131 BIS del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

c. El Código Penal

Luego de la reforma introducida por la Ley Robles, el Capítulo VI del Código Penal quedó redactado de la siguiente forma:

“**Artículo 329:** Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Artículo 330: Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión.

Artículo 331: Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

Artículo 332: Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama;
- II.- Que haya logrado ocultar su embarazo, y
- III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión.

Artículo 333: No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Artículo 334: No se aplicará sanción (al delito de aborto): [...] III.- Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales,

al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada. En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencia y efectos, así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable”.

d. La Decisión de la Suprema Corte

Por lo que respecta a la impugnación de la reforma al artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, el Pleno de ministros, por mayoría de votos, resolvió declarar la ***constitucionalidad*** de dicho precepto, por considerar que en éste se contempla una ***excusa absolutoria***.

"[...] la vida humana se encuentra protegida constitucionalmente, sin que la Constitución distinga en qué momento se inicia ésta, por lo que estimó que esa ha sido la primera y la más importante conclusión a la que hemos llegado. Sin embargo, la misma Constitución establece limitantes al derecho a la vida".

En virtud de ello, si la madre decidiera interrumpir su embarazo al encontrarse en las hipótesis previstas en el mencionado artículo, las autoridades correspondientes no podrán imponer sanción alguna. En la discusión, los ministros establecieron que la Constitución Federal protege la vida humana y, de igual forma, protege al producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de la vida humana, independientemente del momento del proceso biológico en que se encuentre.

En México, la práctica del aborto es un delito, sin embargo, los sentenciantes entendieron que, en la norma impugnada:

"[...] el Estado se limita a establecer que en esa peculiar, excepcional y dramática situación, si la mujer embarazada da su consentimiento no procederá sancionar a quienes hayan incurrido en dicha conducta".

El fallo confirmó que el bien jurídico de la mujer embarazada predomina en determinadas circunstancias sobre el producto de la concepción, y el Ministerio Público está facultado para autorizar dicha práctica en casos de violación e inseminación artificial no consentida.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación manifestó que resolvía única y estrictamente sobre criterios jurídicos, respecto de la constitucionalidad o no de la mencionada reforma, sin atender a ningún otro criterio que no fuera el sustentado en el Derecho.

“El tema que se analiza el día de hoy, nada tiene que ver con principios éticos, morales, religiosos o políticos, este es un tema eminentemente jurídico”.

De igual modo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana desestimó la impugnación de la adición del Artículo 131 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, referente a la facultad que tiene el Ministerio Público para autorizar la interrupción de un embarazo producto de una violación.

El PAN en su carácter de impugnante, también, había cuestionaba la facultad que se le otorgó al Ministerio Público en el Código de Procedimientos Penales, de expedir el certificado para que una mujer embarazada, producto de una violación, pueda ejercer su derecho a interrumpir su embarazo en los hospitales del sector salud del Gobierno del Distrito Federal.

El ministro Juventino Castro y Castro indicó que *“la vida está ampliamente protegida en la Constitución, sin embargo la prioridad de protección del que está por nacer corresponde a la madre”*.

La decisión no fue unánime, sino que fue el resultado de no haber alcanzado la votación calificada y necesaria de 8 votos, para declarar la inconstitucionalidad del artículo.

En efecto, tanto en el Artículo 105 de la Constitución Federal, como en el 72 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto, se establece que las resoluciones de la Suprema Corte sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas cuando fueren aprobadas por una mayoría de ocho votos. De aquí que al no alcanzarse esa mayoría de votación, el Tribunal Pleno resolvió desestimar la impugnación al Artículo 131 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La norma procesal impugnada:

“Artículo 131 Bis.-

“El Ministerio Público autorizará, en un término de veinticuatro horas, la interrupción del embarazo, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 334, fracción I, del Código Penal cuando concurran los siguientes requisitos:

I.- Que exista denuncia por el delito de violación o inseminación artificial no consentida;

II.- Que la víctima declare la existencia del embarazo;

III.- Que se compruebe la existencia del embarazo en cualquier institución del sistema público o privado de salud;

IV.- Que existan elementos que permitan al Ministerio Público suponer que el embarazo es producto de la violación y,

V.- Que exista solicitud de la mujer embarazada. Las instituciones de salud pública del Distrito Federal deberán, a petición de la interesada, practicar el examen que compruebe la existencia del embarazo, así como su interrupción.

En todos los casos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer información imparcial, objetiva, veraz y suficiente sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Esta información deberá ser proporcionada de manera inmediata y no deberá tener como objetivo, inducir o retrasar la decisión de la mujer. De igual manera, en el periodo posterior, ofrecerán la orientación y apoyos necesarios para propiciar su rehabilitación personal y familiar para evitar abortos subsecuentes”.

II. Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas

Sentencia del Tribunal de Justicia con motivo de la Directiva sobre Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas¹

a. La Causa

Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 19 de octubre de 1998, el Reino de los Países Bajos interpuso, con arreglo al artículo 173 del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, tras su modificación), un recurso dirigido a obtener la anulación de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (la “Directiva”).

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia del 9/10/2001.

b. La Directiva

A través de su articulado la Directiva, señala confiar a los Estados miembros la tarea de proteger las invenciones biotecnológicas, mediante su propio derecho nacional de patentes y en un todo de acuerdo con sus compromisos internacionales. Asimismo, la Directiva distingue dentro de las invenciones relativas a los vegetales, los animales y el cuerpo humano, a las que entiende son invenciones patentables y las que no lo son (no patentables).

Disposiciones de la Directiva

Patentabilidad

Artículo 1:

1. Los Estados miembros protegerán las invenciones biotecnológicas mediante el Derecho nacional de patentes. Los Estados miembros adaptarán su Derecho nacional de patentes, si fuere necesario, para tener en cuenta lo dispuesto en la presente Directiva.
2. La presente Directiva no afectará a las obligaciones de los Estados miembros que se deriven de los acuerdos internacionales y, en particular, del Acuerdo ADPIC y del Convenio sobre la diversidad biológica.

Artículo 2

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:
 - a) “*Materia biológica*”: la materia que contenga información genética autorreproducible o reproducible en un sistema biológico;
 - b) “*Procedimiento microbiológico*”: cualquier procedimiento que utilice una materia microbiológica, que incluya una intervención sobre la misma o que produzca una materia microbiológica.
2. Un procedimiento de obtención de vegetales o animales es esencialmente biológico si consiste íntegramente en fenómenos naturales como los del cruce o la selección. [...]

Artículo 3

1. A efectos de la presente Directiva, serán patentables las invenciones nuevas que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial, aun cuando tengan por objeto

un producto que esté compuesto o que contenga *materia biológica* o un procedimiento mediante el cual se produzca, transforme o utilice la materia biológica.

2. La materia biológica *aislada de su entorno natural* o *producida por medio de un procedimiento técnico podrá ser objeto de una invención*, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural.

Artículo 4

1. No serán patentables:

a) Las variedades vegetales y las razas de animales;

b) Los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales.

2. Serán patentables las invenciones que tengan por objeto vegetales o animales si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o a una raza animal determinada.

3. Lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 no afectará a la patentabilidad de invenciones cuyo objeto sea un procedimiento microbiológico o cualquier otro procedimiento técnico o un producto obtenido a través de dichos procedimientos.

Artículo 5

1. El *cuerpo humano* en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, *no podrán constituir invenciones patentables*.

2. Un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural.

3. La aplicación industrial de una secuencia o de una secuencia parcial de un gen deberá figurar explícitamente en la solicitud de patente.

Artículo 6

1. Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria.
2. En virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular:
 - a) Los procedimientos de *clonación de seres humanos*;
 - b) Los procedimientos de *modificación de la identidad genética* germinal del ser humano;
 - c) Las *utilizaciones de embriones humanos* con fines industriales o comerciales;
 - d) Los procedimientos de *modificación de la identidad genética de los animales* que supongan para éstos sufrimientos sin utilidad médica sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos.

c. Los demandantes

El Reino de los Países Bajos presentó un recurso ante el Tribunal de Justicia cuestionando la Directiva, a la luz de la reacción generada contra las manipulaciones genéticas de animales y vegetales y contra la concesión de patentes sobre los productos de procedimientos biotecnológicos que podrían favorecer tales manipulaciones.

Dado que, mientras que el Reino de los Países Bajos solicitó la anulación de la Directiva, el Reino de Noruega se limitó a advertir al Tribunal de Justicia de determinados problemas que podría plantear la aplicación de la Directiva en el marco del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (el “Acuerdo EEE”), sin hacer suyos los reclamos del recurso ni solicitar la anulación de la Directiva, tanto el Parlamento como el Consejo, desaconsejaron su admisión como demandante o coadyuvante.

En efecto, atento a que al objeto de la presentación del Reino de Noruega no parecía apoyar a las pretensiones de los Países Bajos, el Parlamento y el Consejo solicitaron que se declarase la inadmisibilidad de la presentación del Reino de Noruega como parte coadyuvante.

“Las pretensiones de la demanda de intervención no podrán tener otro fin que apoyar las pretensiones de una de las partes del litigio.” (Artículo 37 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia).

Sin embargo, pese a las observaciones del Consejo y del Parlamento, el Tribunal entendió que *”[a]un cuando literalmente el objeto así descrito parece diferir del que un escrito de formalización de la intervención puede perseguir de manera legítima, es manifiesto que el Gobierno noruego no pretendía añadir nuevas pretensiones a las formuladas por el demandante ni solicitar al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre cuestiones distintas, sino contribuir, proporcionando otro enfoque del litigio, a que prosperase la acción del Gobierno neerlandés.”*

d. Los demandados

Debido a que el recurso interpuesto el 19 de octubre de 1998, buscaba obtener la anulación de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, las partes demandadas fueron el Parlamento Europeo; el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas.

e. Los antecedentes de la demanda

El Reino de los Países Bajos presentó seis motivos como base de su recurso:

- (1) Elección errónea del artículo 100 A del Tratado como base jurídica de la Directiva,
- (2) Violación del principio de subsidiariedad,
- (3) Vulneración del principio de seguridad jurídica,
- (4) Incumplimiento de obligaciones de Derecho internacional,
- (5) Violación del derecho fundamental al respeto de la dignidad humana y
- (6) Existencia de vicios sustanciales de forma en la adopción de la propuesta de la Comisión.

f. La Decisión del Tribunal

El Tribunal comenzó analizando la primera razón expuesta por el Reino de los Países Bajos, con relación a que las diferentes interpretaciones que cabe dar a las disposiciones de la Directiva en cuanto a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas pueden producir, en la práctica y en la jurisprudencia, divergencias nefastas para el buen funcionamiento del mercado interior. Asimismo, el demandante había argumentado que al riesgo de evolución divergente se añadía el hecho de que, en determinados aspectos concretos -como por ejemplo la patentabilidad de las variedades vegetales y del cuerpo humano-, al momento de adoptarse la Directiva, ya existían diferencias significativas en lo que hace a las consecuencias considerables entre los derechos nacionales.

El Tribunal defendió la Directiva señalando que al obligar a los Estados miembros a proteger las invenciones biotecnológicas mediante su derecho nacional de patentes, la Directiva pretendía efectivamente evitar que se quebrase la unidad del mercado interior, “*por el hecho de que los Estados miembros decidan de modo unilateral conceder o denegar dicha protección*”.

Por consiguiente, el Tribunal concluyó que el legislador comunitario podía efectuar la armonización a través de una directiva en lugar de observar el procedimiento, más indirecto y aleatorio, de intentar obtener una modificación del texto del CPE.

En segundo lugar, el Tribunal respondió a las manifestaciones del Reino de los Países Bajos tendientes a probar que la Directiva iba más allá de lo que corresponde normalmente a una medida de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, puesto que en realidad crearía un nuevo derecho de propiedad que se apartaría en muchos aspectos de los reconocidos por el Derecho de patentes. En este sentido, el Tribunal señaló que la Comunidad dispone, en materia de propiedad intelectual, de una competencia de armonización de las legislaciones nacionales con arreglo a los artículos 100 del Tratado CE (actualmente artículo 94 CE) y 100 A del Tratado y puede basarse en el artículo 235 del Tratado CE (actualmente artículo 308 CE) para crear nuevos derechos que se superpongan a los derechos nacionales, “*como hizo con el Reglamento (CE) n. 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1994, L 11, p. 1)*”. A estas razones adicionó que, las

patentes cuya concesión prevé la Directiva son patentes nacionales, expedidas conforme a los procedimientos aplicables en los Estados miembros y que encontraban en el Derecho nacional la base de la protección que dispensaban.

De allí que, al no tener por objeto, ni por efecto, la creación de una patente comunitaria, la Directiva no creaba un derecho nuevo que exigiera la elección del artículo 235 del Tratado como base jurídica.

El tribunal entendió a acreditado que la Directiva tenía por objetivo fomentar la investigación y el desarrollo en el ámbito de la ingeniería genética en la Comunidad Europea, *“consistiendo su contribución al respecto en eliminar los obstáculos de carácter jurídico que, en el mercado interior, causan las diferencias legales y jurisprudenciales entre los Estados miembros que pueden obstaculizar y desequilibrar las actividades de investigación y de desarrollo en este ámbito”*.

Luego, el Tribunal explicó que la Directiva tiene como esencia la aproximación de las legislaciones de los Estados.

Por todo ello, el Tribunal concluyó que:

“[...] la Directiva se adoptó correctamente sobre la base del artículo 100 A del Tratado y que, por consiguiente, el primer motivo debe desestimarse.”

Con el propósito de rebatir la segunda razón traída por el Reino de los Países Bajos, el Tribunal indicó que la Comunidad ha de intervenir sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. De ello que la Directiva fuese absolutamente necesaria, a los ojos del Tribunal, para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior evitando, e incluso eliminando, las divergencias entre las legislaciones y prácticas de los diferentes Estados miembros en el ámbito de la protección de las invenciones biotecnológicas, estado de armonía que supuestamente no hubiera podido alcanzarse mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros.

“La justificación de la observancia del principio de subsidiariedad se encuentra implícita pero necesariamente recogida en los considerandos quinto, sexto y séptimo de la Directiva, que ponen de manifiesto que, si no se produce una intervención comunitaria, la evolución de las legislaciones y prácticas nacionales obstaculizará el buen funcionamiento del mercado interior. La Directiva está, por lo tanto, suficientemente motivada a este respecto.”

Llegado el momento de analizar el argumento de los demandantes en torno al agravamiento de la inseguridad jurídica que aparejaría la Directiva, el Tribunal sostuvo que la Directiva –específicamente su artículo 6- no puede agravar la situación de inseguridad jurídica contra la que la misma pretende actuar, por los siguientes motivos:

- (i) El artículo 6 de la Directiva excluye de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad. Reconociendo a las autoridades administrativas y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la aplicación de este criterio de exclusión.
- (ii) Dicho margen de maniobra es necesario para tener en cuenta las dificultades concretas que puede ocasionar la explotación de determinadas patentes en el contexto social y cultural de cada Estado miembro, contexto para cuya comprensión las autoridades nacionales, legislativas, administrativas y judiciales, se encuentran mejor situadas que las autoridades comunitarias.
- (iii) Dicho margen de maniobra no es discrecional, puesto que la Directiva limita tales conceptos, por un lado, precisando que la explotación comercial de una invención no puede considerarse contraria al orden público o a la moralidad por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria y, por otro lado, citando cuatro ejemplos de procedimientos y utilizaciones no patentables.
- (iv) La Directiva proporciona una guía, desconocida en el Derecho general de patentes, para la aplicación de los conceptos de que se trata.
- (v) A efectos de sus requisitos de aplicación, la Directiva remite a conceptos conocidos del Derecho de los Estados miembros, precisando su alcance y sus límites.

Asimismo, el Tribunal consideró también rebatible el argumento de que la inseguridad jurídica se veía favorecida por las disposiciones de la Directiva en torno a la patentabilidad de las variedades vegetales, ya que de su exhaustivo examen no se podría concluir que fuesen incoherentes.

elementos aislados del cuerpo humano, que se deriva del artículo 5, apartado 2, de la Directiva, equivale a una instrumentalización de la materia viva humana, contraria a la dignidad del ser humano. Además, agregaba que el hecho de que no haya ninguna cláusula que exija verificar que el donante o el receptor de productos obtenidos mediante procedimientos biotecnológicos ha prestado su consentimiento menoscaba el derecho de las personas a disponer de sí mismas.

El Tribunal de Justicia, en su carácter de órgano de contralor de la conformidad de los actos de las instituciones con los principios generales del Derecho comunitario, resaltó en su decisión que una de sus tareas prioritarias es velar por que se respete el derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona.

En este orden de cosas, para el Tribunal el respeto de la dignidad humana queda, en principio, garantizado por el artículo 5, apartado 1, de la Directiva, en tanto prohíbe que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, pueda constituir una invención patentable.

En igual sentido, el Tribunal continuó explicando que, los elementos del cuerpo humano tampoco son de por sí patentables y su descubrimiento no puede ser objeto de protección. Sólo es posible solicitar una patente para aquellas invenciones que *asocien un elemento natural a un procedimiento técnico que permita aislarlo o producirlo con miras a su aplicación industrial*.

Así, el Tribunal expuso que, tal como se afirma en los considerandos vigésimo y vigésimo primero de la Directiva, es posible que un elemento del cuerpo humano forme parte de un producto que pueda ampararse en la protección de una patente, pero no que tal elemento, en su entorno natural, sea objeto de apropiación.

La secuencia de ADN como tal no es patentable

Esta distinción se aplica a las investigaciones relativas a la secuencia o a la secuencia parcial de genes humanos.

“El resultado de dichas investigaciones sólo puede dar lugar a la concesión de una patente si la solicitud va acompañada, por un lado, de una descripción del método original de secuenciación que ha hecho posible la invención y, por otro lado, de una memoria sobre la aplicación industrial que se dará a dichas investigaciones, tal como precisa el artículo 5, apartado 3, de la Directiva.”

Para el Tribunal de Justicia, si no existe dicha aplicación, no se trata de una invención, sino del descubrimiento de una secuencia de ADN que, como tal, no es patentable.

“De esta forma, la protección contemplada por la Directiva se refiere al resultado de una actividad inventiva de carácter científico o técnico y se extiende a los datos biológicos que existan en estado natural en el ser humano únicamente en la medida necesaria para obtener y explotar una determinada aplicación industrial.”

La Clonación de Seres Humanos a la luz de la Directiva

El Tribunal entendió que el artículo 6 de la Directiva proporcionaba una **garantía adicional**, al calificar de contrarios al orden público o a la moralidad y, por tanto, de no patentables a:

- (i) **Los procedimientos de clonación de seres humanos,**
- (ii) **Los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales.**
- (iii) **Todo procedimientos cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana**

De estas disposiciones, el Tribunal concluye que, por lo que respecta a la materia viva de origen humano, la Directiva limita el Derecho de patentes de modo suficientemente estricto para que el cuerpo humano permanezca efectivamente indisponible e inalienable, garantizándose así el respeto de la dignidad humana.

La Integridad de la Persona

Otra cara de los fundamentos traídos ante el tribunal por el Reino de los Países Bajos cuestiona el hecho de que la Directiva respete y promueva el derecho a la integridad de la persona, en la medida en que éste comprende, en el ámbito de la medicina y de la biología, el consentimiento prestado libremente y con conocimiento de causa por el donante y el receptor.

A este respecto, el Tribunal de Justicia entendió que era procedente declarar que no había espacio para invocar tal derecho fundamental en contra de una Directiva que se refiere únicamente a la concesión de patentes y cuyo ámbito de aplicación no abarca, en consecuencia, las operaciones anteriores y posteriores a dicha concesión, tanto si se trata de la investigación como del uso que se haga de los productos patentados.

“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 los productos patentados, tal como se afirma en el décimocuarto considerando de la Directiva.”

El Tribunal agregó que el objeto de la Directiva no es sustituir las disposiciones restrictivas 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. Por lo que, en consecuencia, procedía desestimar este motivo también.

III. Adopción por Homosexuales

FRETTE v. FRANCE²

a. Hechos del Caso

En el mes de marzo de 1993, el Departamento Parisino de Servicio Social, Juventud y Bienestar, rechazó la solicitud de adopción de un menor presentada por Philippe Fretté, un nacional francés.

² FRETTE v. FRANCE 105 26.2.2002, www.echr.coe.int

Seguidamente, también se rechazó la apelación efectuada por Fretté sobre la base de su “elección de estilo de vida”, ya que a la luz de los organismos de contralor, Fretté no podía garantizar que el menor gozaría de un hogar adecuado desde una perspectiva educacional, psicológica y familiar.

Recién durante enero de 1995, el Tribunal Administrativo de París mostró una postura favorable a las pretensiones de Fretté. Este tribunal señaló que no existían pruebas para concluir o sugerir que el estilo de vida de Fretté denotaba rigor moral o estabilidad emocional, o la existencia de algún riesgo de abuso sobre el menor.

Ante esta decisión, el Servicio Social Parisino apeló al Consejo de Estado (*Conseil d’Etat*), órgano que revocó el decisorio del Tribunal Administrativo, rechazo, entonces, la solicitud de adopción.

“Habiéndonos referido al estilo de vida del solicitante, y aun a pesar de sus cualidades personales o sus habilidades para criar a un niño, ...el mismo no ofrece suficientes garantías –desde una perspectiva educacional, psicológica y familiar- para adoptar un menor.”

b. La decisión del Corte Europea de Derechos Humanos

El solicitante, ante la resolución del Consejo de Estado, llevó en abril de 1997 su reclamo a la Comisión Europea de Derechos Humanos, quien en noviembre de 1998 dio intervención a la Corte Europea de Derechos Humanos.

Fretté cuestionaba que la negativa a su solicitud de adopción era una interferencia arbitraria con su vida privada y familiar, toda vez que estaba basada exclusivamente sobre un desfavorable prejuicio acerca de su orientación sexual.

La Corte explicó, bajo el encuadro de los artículos 8 y 14 de la Convención, que los mismos no garantizaban el derecho a adoptar.

“El derecho a respetar una familia presupone la existencia de la familia.”

La Corte señaló que, sin perjuicio de lo anterior, la ley francesa autorizaba a personas no casadas –hombres o mujeres- a adoptar, por lo que de los hechos podía desprenderse que las autoridades francesas habían rechazado la solicitud de adopción sobre la base implícita de su orientación sexual.

La Corte concluyó que se había realizado una diferencia de tratamiento originada en la orientación sexual del solicitante, concepto que se encontraba ampliamente cubierto por el artículo 14. Atento a ello, el derecho del solicitante bajo el artículo Article 343-1 del Código Civil habría sido infringido.

Sin embargo, la Corte afirmó que, las decisiones negatorias del derecho a adoptar perseguían un interés legítimo, a saber, proteger la salud y derechos de un menor. La Corte observó que los Estados Contratantes disfrutaban de un cierto margen de apreciación al evaluar si, y bajo qué extensión, las diferencias justifican un tratamiento diferente del derecho.

“En el presente caso, teniendo en cuenta los intereses del adoptante y del menor adoptado, la Corte sólo podría notar que la comunidad científica –especialmente los pediatras, psiquiatras y psicólogos- se encuentra dividida entorno a las posibles consecuencias que puede aparejar para un menor ser adoptado por uno o una pareja de homosexuales.”

Adicionalmente, la Corte remarcó que existían hondas diferencias de opinión entre los distintos países, por lo que las autoridades nacionales podrían legítima y razonablemente considerar que el derecho a adoptar esgrimido por Fretté bajo el artículo 343-1 del Código Civil sólo se circunscribía a los intereses del menor adoptado, sin importar sus legítimas aspiraciones y sin poner en tela de juicio sus elecciones personales.

