

LA INVESTIGACIÓN Y EXPERIMENTACIÓN CON EMBRIONES HUMANOS: ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS

RESEARCH AND EXPERIMENTAL WITH HUMAN EMBRYO: ETHICS AND LEGAL ASPECTS

Pablo Lanzarote Martínez

*Fiscalía. Palacio de Justicia
Calle Angel Bruna número 21
30204 Cartagena (MURCIA)
Telefono 968 326261
p.lanzarote@fiscalia.mju.es*

Resumen

A remolque del Proyecto de Ley reguladora de las técnicas de reproducción asistida de 2005 el autor en el presente estudio retoma el debate ético y jurídico sobre la admisibilidad de la manipulación genética no terapéutica en embriones humanos, que, a diferencia de la legislación hoy vigente, el referido Proyecto de Ley autoriza respecto de los embriones viables, es decir, «capaces para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona en el fundamental sentido del artículo 10.1 de la Constitución» (STC 212/1996, a sensu contrario). Junto a unos breves apuntes de las soluciones adoptadas por algunas de las legislaciones de los países de nuestro entorno cultural y político, así como de algunos textos supranacionales, se analiza en el trabajo la legislación actualmente en vigor sobre esta materia y la que en un futuro inmediato la sustituirá para, a continuación, examinar la licitud de esas prácticas desde un punto de vista ético y la conformidad de las normas jurídicas que las autorizan con el sistema constitucional de protección de la vida humana.

Palabras claves: Experimentación, Embrión, Ética, Ley.

Abstract

Following the 2005 law project that regulates the assisted reproduction techniques, the present study retakes the ethical and legal debate concerning the admissibility of non-therapeutic genetic manipulation with human embryo. Contrary to the current legislation, the above mentioned project allows the manipulation of human viable embryo, understanding viable as those that would be able to develop as a human being, accordingly to the article 10.1 of the Constitution (STC 212/1996 *a sensu contrario*). Besides brief reports of the adopted legislated solution taken by some of our neighbouring Countries, we here report the present legislation concerning the matter as well as the one that should soon be replaced. Also, after that the lawfulness of these practices, from the ethical point of view together with the legal rules that approve the protection of human life under the Constitutional system, would be analysed.

Key words: Experimental, Embryo, Ethics, Law.

1. Introducción

Los extraordinarios avances y descubrimientos científicos y tecnológicos conseguidos fundamentalmente durante la década de los años ochenta en el campo de las modernas tecnologías biomédicas, de la ingeniería genética o de la biología molecular, generó en la sociedad, al afectar aquellos avances y descubrimientos a lo más íntimo del ser humano, un cúmulo de incógnitas de carácter principalmente ético, biomédico y jurídico. Los nuevos conocimientos genómicos lograron abrir numerosas interrogantes en el ámbito de las más diversas disciplinas, llegando incluso a tener virtualidad creadora de otras nuevas con pretensiones de autonomía científica, que —como la Bioética o la Biojurídica— aspiran a resolver las tensiones entre lo «técnicamente posible», lo «moralmente aceptable» y lo «jurídicamente admisible» y a conseguir

la adecuación de la norma positiva con los principios éticos, desde el respeto a la dignidad del hombre y a los derechos y libertades fundamentales que le son inherentes. Infinidad de seminarios y reuniones de especialistas, congresos y simposios fueron celebrados tanto a nivel nacional como supranacional para tratar de la dialéctica entre el derecho y la ética en su proyección con las Ciencias Biomédicas, generándose una producción científica desbordante que resulta absolutamente inabarcable.

Con los adelantos conseguidos en el campo de la biomedicina el hombre se ha procurado el poder de actuar sobre las mismas fuentes de la vida. Junto a la tradicional finalidad curativa, el progreso biotecnológico ha concedido a la Medicina la oportunidad de intervenir en los procesos vitales de carácter fundamental. En la historia de la humanidad nunca los descubrimientos científicos han afectado

más a la esencia del ser humano, a su dignidad, que los derivados del empleo de las nuevas técnicas biomédicas¹. Este progreso presenta, sin embargo, en éste como en otros campos, una carácter marcadamente ambivalente: de esperanza y de angustia o incertidumbre. De esperanza porque por vez primera en la historia, el hombre, merced a esos avances, tiene en su manos el control de su propio destino: la transformación de la medicina curativa en una medicina predictiva, la terapia génica para la curación de enfermedades como el cáncer, el diagnóstico prenatal, o la obtención mediante ingeniería genética de alimentos transgénicos son un ejemplo de las potencialidades de las nuevas biotecnologías. Y como la otra cara inevitable de la moneda, de angustia o incertidumbre, porque ese legado de la ciencia y de la tecnología puede provocar o conllevar efectos o consecuencias no deseados. Y es que, como es sabido, junto a los innegables logros para el bienestar del individuo y de la humanidad, los avances biomédicos despiertan, al mismo tiempo, recelos en la sociedad por constituir potenciales peligros para el ser humano individual y para la colectividad en la que se integra, especialmente en lo que se refiere a trasplantes de órganos, reproducción asistida e ingeniería genética². ¿Quién querrá oponerse a que los procedimientos biológicos moleculares

sean utilizados en la terapia de las patologías hereditarias graves, para las que no exista otro tratamiento, una vez que esta terapia resulte viable?; ¿quien, en cambio, podrá entonces impedir que se haga mal uso de estos mismos métodos en el sentido de una manipulación genética de las células germinales humanas para crear el hombre a medida?³.

Especialmente las técnicas de reproducción asistida surgidas con el propósito de remediar la esterilidad humana y evitar la transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias permitieron asimismo la manipulación del material embriológico con carácter diagnóstico, terapéutico o industrial y con finalidades de investigación y experimentación. Aquellas modernas técnicas biomédicas demostraron de esta forma su plena capacidad de afectar a componentes substanciales de la vida o a su origen. La obtención de embriones en el laboratorio mediante la fecundación in vitro significó la verdadera revolución de la Genética y supuso para el Derecho un auténtico reto a fin de encauzar jurídicamente de manera adecuada esa nueva realidad biológica. El espectacular logro de la biotecnología de conseguir la fecundación extracorpórea o in vitro del óvulo de la mujer privó al mismo tiempo al nuevo ser resultante de su protección

1 Barbero Santos, Marino. «Proemio» a la obra *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Edición de Marino Barbero Santos, página XV. 1989

2 Romeo Casabona, Carlos. «Límites penales de las manipulaciones genéticas» en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Volumen III, página

173. Fundación BBV. 1994. En el mismo sentido Jean Louis Baudouin en «Límites penales de la experimentación genética» en la misma obra, página 163.

3 Sperling, Karl. «Ingeniería genética y medicina genética» en *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Edición de Marino Barbero Santos. 1989, página 110.

originaria en el vientre materno y le dejó expuesto a toda suerte de manipulaciones con fines de experimentación e investigación. En torno a esta nueva realidad biológica que vino a denominarse, sin un acuerdo científico unánime, «embrión preimplantatorio o preembrión», surgieron los más importantes interrogantes y dilemas de dimensión ética, biológica y jurídica en cuanto a las posibilidades de su manipulación hasta el momento de su transferencia en fase de mórula a la cavidad uterina.

Ese debate multidisciplinar, que generó en nuestro país posiciones antagónicas e irreconciliables, sin llegar lógicamente a concluir, disminuyó en intensidad tras la promulgación de la Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida y su complementaria Ley de 28 de diciembre del mismo año sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, declaradas ambas conforme a la Constitución en las sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 19 de diciembre de 1996 y 17 de junio de 1999. Sin embargo, las nuevas modificaciones operadas en nuestra legislación en esta materia de la mano de la reforma introducida por la Ley de 21 de noviembre de 2003 y del Proyecto Ley regulador de las Técnicas de reproducción Asistida de 2005, así como la comprobación científica en el ámbito de la medicina regenerativa de la aptitud de las células embrionarias para desarrollar líneas celulares específicas destinadas a su trasplante terapéutico en humanos han reabierto el debate sobre la aceptabilidad ética de la

experimentación e investigación biológica sobre embriones viables resultantes de los programas de fecundación in vitro, que las nuevas normas autorizan según veremos, y sobre la adecuación de éstas al sistema constitucional de protección de la vida humana. Incrementándose más aún si cabe la polémica tras la noticia cada vez más esperanzadora, procedente de datos experimentales, que indican la posibilidad de utilizar en la terapia celular tejidos de cultivos originados a partir de células troncales que están presentes en los propios órganos adultos sin necesidad de acudir a las células pluripotentes embrionarias, cuya extracción provocaría la destrucción del embrión⁴.

La ausencia de un debate ético más detenido fue precisamente una de las críticas más importante de las efectuadas a la regulación jurídica de las técnicas de reproducción artificial contenida en las expresadas Leyes. En esta parcela de dimensión ética las mayores polémicas surgieron de la eventualidad técnicamente posible, merced a los nuevos avances médicos, de la manipulación de los embriones sobrantes en la aplicación de las técnicas fecundación in vitro y de las correlativas posibilidades de investiga-

4 Discusión ética que bien podría sin embargo disminuir en su intensidad si se llegara a confirmar la aplicabilidad a la especie humana de las técnicas descritas recientemente en la revista *Nature* (octubre de 2005), que permiten obtener células troncales de ratones y establecer las líneas celulares correspondientes sin destruir embriones viables, llevadas a cabo por el Dr. Robert Lanza y sus colaboradores de la empresa privada de investigaciones genéticas *Advanced Cell Technology*.

ción y experimentación sobre ese en ocasiones denominado «material biológico». Sabido es que la necesidad de asegurar la eficacia de las técnicas de fecundación in vitro y la propia imperfección de esas técnicas determinan que se produzcan embriones supernumerarios que son criopreservados en una fase de desarrollo no más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo. Los posibles destinos hipotéticos de estos embriones pueden concretarse en los siguientes: su utilización posterior por la propia pareja de que procedan; su donación a otras parejas con fines reproductivos; su cesión con fines de investigación o, sencillamente, una vez superado el plazo máximo de congelación, el cese de su conservación sin otra utilización. Tales destinos se concretarían en realidad y en esencia en dos básicamente: o destinarlos a la procreación, dándoles la posibilidad de desarrollarse, o utilizar sus estructuras biológicas para fines de investigación y experimentación, que determinarían forzosamente su destrucción. En suma, una alternativa de vida o muerte. Es el doble riesgo que llevan consigo estas prácticas y del que habla Bustos: «el riesgo de morir, y no por accidente sino deliberadamente también, y el riesgo de convertirse en objeto de experimentación e investigación más allá de los límites impuestos por la dignidad humana»⁵.

Pero la admisibilidad por nuestra legislación, como seguidamente veremos, de la investigación y experimentación

con embriones procedentes de las técnicas de reproducción asistida exige abordar el problema de su licitud no sólo desde un punto de vista ético, en relación con la admisibilidad moral de esas prácticas, sino también y fundamentalmente desde un prisma de carácter jurídico, en lo relativo a la acomodación de sus normas reguladoras a las exigencias constitucionales.

Consecuentemente, examinaremos a continuación, junto con un breve análisis de las soluciones normativas adoptadas en esta materia por los países más representativos de nuestro entorno y de algunos textos supranacionales, el estado actual de nuestra legislación en lo relativo a la investigación y experimentación con embriones, contenida fundamentalmente en la Ley de 22 de noviembre de 1988 antes citada, reguladora de las técnicas de reproducción asistida, que fue objeto de una importante modificación en virtud de la Ley 45/2003, así como la normativa de futuro que representa el Proyecto actualmente en tramitación regulador de esas mismas técnicas de fecundación inducida, para concluir con el imprescindible doble análisis ético y jurídico antes referido.

2. Legislación española vigente: la ley 35/1988 de 22 de noviembre reguladora de las técnicas de reproducción asistida y su reforma por la ley 45/2003 de 21 de noviembre

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, fue dictada para regular las técnicas de reproducción humana artificial orientadas, con la finalidad fundamental, según declara el artículo 1.2º de la propia Ley,

5 *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*. Editorial Dykinson. 1996, página 49.

de combatir la esterilidad humana para facilitar la procreación como remedio terapéutico cuando otras técnicas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces, permitiendo asimismo el párrafo 3º del citado artículo que esas técnicas puedan utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas. En esta Ley se contienen también, por lo que a nosotros nos ocupa, otras normas, básicamente en los artículos 12 a 17, dirigidas a regular la experimentación e investigación genética sobre embriones preimplantatorios in vitro, cuya obtención facilitan aquéllas técnicas (artículo 1.4º).

La legislación española actualmente vigente, contenida de forma esencial en la expresada Ley 35/1988 reguladora de las técnicas de reproducción asistida, prohíbe la creación mediante técnicas de fecundación extracorpórea de embriones humanos con cualquier finalidad diferente de la reproductora. Así, el artículo 3 de la Ley rechaza expresa y literalmente «la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto de la procreación humana», que tipificaba en su artículo 20.2 B a) como infracción administrativa muy grave⁶. De la misma manera, el artículo 160.2º del Código Penal eleva esa conducta a la categoría de delito utilizando en la descripción típica idéntica

terminología y sancionándola con penas de 1 a 5 años de prisión y de inhabilitación especial de 6 a 10 años. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico no está autorizada la obtención de embriones mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida que regula la citada Ley, esto es, la Inseminación Artificial, la Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones y la Transferencia Intratubárica de Gametos, con una finalidad que no sea la de su implantación en el útero de una mujer para su posterior desarrollo embrionario. Está, pues, excluida la creación de embriones humanos, a través de esas técnicas, con la específica finalidad de experimentar con ellos, prohibición que, lógicamente, alcanzará también a la obtención con ese propósito de material embrionario mediante la técnica de la llamada clonación terapéutica.

Las posibilidades de investigación, experimentación y utilización en esta materia están referidas en la Ley a los embriones muertos, abortados o no viables, es decir, incapaces de vivir en los términos precisados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre, dictada con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 42/1988, esto es, «aplicado a un embrión humano, su caracterización como no viable hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona en el fundamental sentido del artículo 10.1 de la Constitución». El artículo 17 de la Ley permite la utilización de preembriones muertos y de los no viables con fines

6 Suprimida por la Disposición Final Tercera de la L.O. 10/1995 que aprobó el Código Penal vigente.

farmacéuticos, científicos, diagnósticos o terapéuticos, tipificando su artículo 20.2° B) e), f) y g) como infracción muy grave la utilización de los preembriones con fines industriales, comerciales, cosméticos o semejantes.

Conforme a la Ley, la intervención sobre el preembrión vivo, *in vitro*, no puede tener otros fines que los de *diagnóstico*, es decir, con la finalidad de valorar su viabilidad o no, la detección de enfermedades hereditarias a fin de tratarlas si ello es posible o de desaconsejar su transferencia, o *terapéuticos*, esto es, con la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión con garantías razonables y contrastadas, con el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que la pareja o, en su caso, la mujer sola, hayan sido rigurosamente informados sobre los procedimientos, investigaciones diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta y las hayan aceptado previamente; b) que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso, de pronóstico grave o muy grave, y cuando ofrezcan garantías, al menos, razonables, de la mejoría o solución del problema; c) si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos; d) si no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busca la selección de los individuos o la raza, y e) si se realiza en Centros sanitarios autorizados, y por Equipos cualificados y dotados de los medios necesarios (artículos 12 y 13 de la Ley).

En ningún caso permite, pues, la Ley hoy en vigor la experimentación con

preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos, según vimos, que la de carácter diagnóstico o de finalidad terapéutica o de prevención. Así se desprende de la regulación contenida en los artículos 15 y 16 de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, al exigir que cualquier investigación o experimentación en preembriones vivos sólo se autorizará con finalidades de diagnóstico o general, destinadas a la comprobación de su viabilidad, cumpliendo con determinados requisitos: a) que cuente con el consentimiento escrito de las personas de las que procedan, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones; b) que no se desarrollen *in vitro* más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo en que pudieran haber estado crioconservados; c) que la investigación se realice en centros sanitarios y por equipos científicos multidisciplinarios legalizados, cualificados y autorizados bajo control de las autoridades públicas competentes, autorizándose asimismo la investigación en preembriones *in vitro* viables cuando a) se trate de una investigación aplicada de carácter diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos y b) siempre que no se modifique su patrimonio genético no patológico. La investigación en preembriones con otros fines que no sean de comprobación de su viabilidad o de diagnósticos sólo se autoriza por la Ley a) si se trata de embriones no viables; b) si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal; c) si se realiza en base a un proyecto debi-

damente presentado y autorizados por las autoridades sanitarias y científicas competentes y d) dentro de los plazos igualmente autorizados⁷.

Como complemento de la Ley 35/1988 reguladora de las técnicas de procreación artificial, se dictó la Ley 42/1988 de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos y que, como su mismo nombre indica, ha venido a regular dicha donación y utilización considerando a tales embriones «desde el momento en que se implantan en el útero» (como expresa su Exposición de Motivos), quedando, conforme a su Disposición Final 1^a, la regulación de «la donación y utilización de gametos humanos y la de óvulos fecundados y en desarrollo, in vitro o in vivo, hasta el día

catorce que sigue al de su fecundación», confiada a la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida.

El artículo 2 de la Ley permite la donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas para las finalidades previstas en esa Ley con el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que los donantes sean los progenitores; b) que los donantes otorguen su consentimiento previo de forma libre, expresa y consciente, y por escrito; c) que los donantes y, en su caso, sus representantes legales, sean previamente informados de las consecuencias y de los objetivos y fines a que puede servir la donación; d) que la donación y utilización posterior nunca tenga carácter lucrativo o comercial; e) que los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos y, conforme a su artículo 3, que la utilización sea realizada por equipos biomédicos cualificados y en centros o servicios autorizados o controlados por las autoridades públicas.

Ambas Leyes fueron objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Grupo Parlamentario Popular, que dieron lugar a las sentencias del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre y 116/1999 de 17 de junio. En esencia, la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional en las dos citadas sentencias, de conformidad con la Constitución de las normas contenidas en las dos Leyes recurridas en las que se autoriza la experimentación e investigación con preembriones, embriones y fetos, se apoya en que esas actividades científicas tienen como presupuesto fundamental

7 En los términos que se acaban de exponer la Ley en su artículo 16 autoriza el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida; la investigación básica sobre el origen de la vida humana, los procesos de diferenciación, organización celular y desarrollo del preembrión; las investigaciones sobre la fertilidad e infertilidad masculina y femenina, los mecanismos de la ovulación, los fracasos del desarrollo de los ovocitos o de la implantación de los óvulos fecundados en el útero, así como sobre las anomalías de los gametos y de los óvulos fecundados; las investigaciones sobre la estructura de los genes y los cromosomas, su localización, identificación y funcionalismo, así como los procesos de diferenciación sexual en el ser humano; las investigaciones sobre el origen del cáncer; las investigaciones sobre el origen de las enfermedades genéticas o hereditarias, las enfermedades infecciosas o las inducidas por agentes externos, en especial las de mayor gravedad así como cualquier otra investigación que se estime oportuno autorizar por normativa, o a falta de ésta, por la Comisión Nacional multidisciplinar.

el carácter no viable de dichos preembriones, embriones y fetos humanos, con independencia de que estén vivos o no.

En efecto, debe repararse en que, a la vista de las disposiciones contenidas en las dos Leyes, se encuentra autorizada la manipulación genética no terapéutica en embriones y fetos que no sean viables pero que estén vivos. Del articulado de ambas regulaciones puede deducirse con facilidad, a sensu contrario, que se permite para fines distintos al favorecimiento de su desarrollo y autonomía vital la intervención en embriones y fetos vivos siempre que no sean viables⁸, estimándose en los recursos de inconstitucionalidad contra los preceptos que así lo autorizan que ello desconoce la relevancia del hecho de que mientras estén vivos, sean o no viables, son merecedores de la protección a que se refería la STC 53/1985, es decir, deben estar amparados por el sistema constitucional de protección de la vida humana, suponiendo en suma la previsión legislativa una deshumanización de los embriones y fetos humanos, al poder ser utilizados para fines ajenos a su desarrollo.

Como se expresó anteriormente, ambas sentencias acuden al concepto de viabilidad como eje central de la argumentación encaminada a justificar la constitucionalidad de las normas que autorizan la manipulación genética no terapéutica o de diagnóstico de embriones humanos, olvidando con ello que, como

con razón se ha afirmado, «la tutela de la vida no es tutela de la viabilidad», pues «matar o causar la muerte significa quitar la vida y esto se efectúa también en el individuo no viable porque éste viene privado de ella aunque sea por un periodo brevísimo durante el cual habría continuado viviendo»⁹.

Así, en la primera de las sentencias referidas, que resuelve el recurso promovido contra la Ley 42/1988, se dice que:

«La cuestión relativa a la viabilidad o no de los embriones y fetos humanos cuyo régimen aborda la Ley ocupa lógicamente una posición central (...). La regulación que en la Ley se contiene de la donación y utilización de embriones y fetos humanos parte de un presupuesto fundamental, implícito pero no por ello menos constante, cual es el carácter, cuando menos, no viable de dichos embriones y fetos humanos. «Viable» es adjetivo cuyo significado el diccionario describe como «capaz de vivir. Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como «no viable» hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» «en el fundamental sentido del art. 10.1 CE. Son así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya

8 Vila-Coro Barrachina en «Falacia Legislativa». *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Volumen I, página 301. Fundación BBV. 1994

9 Pannain, en «Infanticidio»; Cita recogida por Stampa Braun en «El objeto material de los delitos contra la vida», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo III, 1950, página 544.

en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos «un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto» (el art. 15 C.E.) «fundamento constitucional» (STC 53/1985, fundamento jurídico 5.º) La Ley parte, por tanto, de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de nascituri toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión «no viables», que nunca van a «nacer», en el sentido de llevar una propia «vida independiente de la madre» (STC 53/1985, fundamento jurídico 5.º)» (FJ, 4º y 5º)¹⁰.

10 En su voto particular, el Magistrado José Gabaldón López define la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados sosteniendo que «lo cierto es que la Ley no se refiere siempre a embriones o fetos muertos. De hacerlo así, habría seguido las recomendaciones del texto núm. 1046 (1986) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, concretados y reproducidos por el posterior 1100 de 1989, y habría aplicado estrictamente el criterio de la Sentencia antes citada. Y en lugar de referirse reiteradamente a la antítesis embriones o fetos vivos frente a viables o no viables habría establecido una clara distinción entre fetos ó embriones vivos y muertos o no vivos porque, si ha de protegerse la vida, el único término de exclusión será el de que se trate de organismos en que ya no hay vida. Mientras la haya, es decir, mientras no pueda decirse que falta y por consiguiente que están muertos, los embriones y fetos no viables tienen vida incluso aunque no tengan esperanza razonable de seguir viviendo (...).Esta consecuencia no puede quedar justificada por una argumentación que distingue lo viable como capaz de vivir de lo no viable como incapaz de desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, porque ser humano es ya mientras no haya muerto. Aquella argumentación se opone, pues, a la lógica porque el embrión que pueda calificarse como no viable es porque todavía está vivo, cualesquiera

Por su parte, la Sentencia de 116/1999, que resolvió el recurso interpuesto contra la Ley 35/1988, utiliza igualmente los mismos argumentos, que reitera, para justificar la acomodación al sistema constitucional de protección de la vida de las normas que permiten la investigación y experimentación con preembriones no viables, vivos o no, al decir:

«Es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE, por cuanto, descartado —incluso por los recurrentes— que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna del art. 15 CE, el resto de las hipótesis a que se refiere la Ley sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir en los términos precisados por la STC 212/1996, es decir: aplicado «a un embrión humano, su caracterización

sean los pronósticos que acerca de sus posibilidades de desarrollo puedan hacerse: Si está vivo debe ser protegido y los preceptos legales que permitan una interpretación y aplicación contraria, apartándose de la citada doctrina de este Tribunal sobre la materia, vulneran el art. 15 C.E.».

como «no viable»» hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del art. 10.1 CE. Son así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos un «bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto constitucional (art. 15 CE) fundamento constitucional» (STC 53/1985, fundamento jurídico 5º), por más que la dignidad de la persona pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos...» (STC 212/1996, fundamento jurídico 5º). No siendo los preembriones no viables («abortados en el sentido más profundo de la expresión») susceptibles de ser considerados, siquiera, «nascituri», ni las reglas que examinamos ni las ulteriores del art. 17 (relativo a los preembriones ya abortados, a los muertos y a la utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente autorizados de preembriones no viables) pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana. (FJ 9º)».

La realidad de la existencia de miles de embriones sobrantes de los programas de fecundación in vitro, que la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asis-

tida en su I Informe anual de diciembre 1998 habría cifrado en unos 25.000 de los que un 15% habría sobrepasado el plazo máximo de crioconservación de cinco años, llevó a la propia Comisión en su II Informe de mayo 2000 a considerar mayoritariamente que la protección del embrión no resultaba vulnerada si se admitiera la posibilidad de investigación con los que resulten sobrantes de las técnicas de reproducción humana asistida como solución última a su destino, alternativa al cese de su conservación y referida a embriones in vitro de menos de 14 días de desarrollo desde la fecundación. Igualmente, el Comité Asesor de Ética para la Investigación Científica y Tecnológica, creado en abril de 2002 en el seno de la Fundación para la Ciencia y la Tecnología a instancias del Ministerio de Ciencia y Tecnología, emitió en febrero de 2003 un informe acerca de la investigación sobre células troncales o «células madre», en el que considerando el presunto efecto negativo sobre los embriones humanos sobrantes de procesos de fecundación in vitro de la congelación prolongada, así como su posible destrucción una vez superado el plazo establecido por la ley, recomendó que, frente a la alternativa de la destrucción de tales embriones sobrantes, éstos pudieran ser empleados para obtener células troncales embrionarias, ya que las investigaciones con estas células pueden generar resultados potencialmente aplicables a la prevención y/o tratamiento de enfermedades graves. El artículo 11 de la Ley 35/1988 preveía que los preembriones sobrantes de la fecundación inducida no transferidos al

útero de la mujer fueran crioconservados en los bancos autorizados por un máximo de cinco años a expensas de que fueran solicitados por las parejas progenitoras o donados a otras parejas que lo solicitaran, pero una vez superado ese plazo la norma no especificaba cuál debería ser el destino de esos preembriones congelados no implantados.

Ante la situación descrita y haciéndose eco de todas aquellas opiniones, la reforma operada en la Ley 35/1988 por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre autoriza en su Disposición Final Primera el destino a fines de investigación de los preembriones humanos supernumerarios que hayan sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, declarando en su exposición de motivos que en los últimos años «se han producido algunos descubrimientos científicos que han elevado el interés por el aprovechamiento de los preembriones supernumerarios o sobrantes con fines de investigación», entre los que «cabe destacar especialmente los descubrimientos que se están produciendo en el ámbito de las células troncales procedentes de diferentes tipos de tejidos», de forma que «los primeros descubrimientos realizados en este campo están abriendo enormes expectativas en las investigación biomédica y farmacológica, así como en relación a su potencial terapéutico para tratar graves enfermedades que ahora son incurables». En efecto, respecto de esos preembriones sobrantes que se encuentren congelados antes del día 22 de noviembre de 2003 se permite, en la citada Disposición Final, a las parejas progenitoras o a la mujer en su caso,

que puedan elegir entre varias opciones: el mantenimiento de la crioconservación hasta que le sean transferidos; la donación, sin ánimo de lucro, a otras parejas con fines reproductivos, la utilización de sus estructuras biológicas con fines de investigación para objetivos de particular importancia, tales como el progreso de la investigación fundamental o la mejora de los conocimientos médicos para la puesta al día de nuevos métodos de diagnóstico, preventivos o terapéuticos aplicables al hombre, o finalmente proceder a su descongelación sin otros fines.

A fecha de hoy, por tanto, sólo cabe la experimentación e investigación sobre embriones preimplantatorios viables que fueran sobrantes de los programas de fecundación in vitro y se encontraran congelados antes de la entrada en vigor de la Ley 45/2003¹¹, pero exclusivamente, según reza su exposición de motivos »como alternativa a la descongelación

11 El Real Decreto 2283/2004 de 29 de octubre regula los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes o supernumerarios que hayan sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de Ley 45/2003 y tiene por objeto, según reza su artículo 1, determinar las condiciones específicas para que las estructuras biológicas obtenidas en el momento de su descongelación puedan ser utilizadas con fines de investigación dentro de los límites y en las condiciones previstas en la disposición final primera de dicha Ley y establecer el procedimiento mediante el cual los centros de reproducción humana asistida que tengan preembriones que hayan sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley deberán solicitar el consentimiento informado de las parejas progenitoras, o de la mujer en su caso, para tal destino.

de preembriones que no vayan a ser transferidos a su madre biológica o donados a otras parejas», previendo que «el material biológico que se obtenga tras la descongelación de los preembriones que cuenten con el consentimiento podrán ser aprovechados con fines de investigación de acuerdo con una serie de medidas estrictas de control científico y ético que se especifican en la disposición final primera y que serán desarrollados reglamentariamente».

Y para evitar en lo sucesivo la producción de embriones supernumerarios y resolver el problema grave y urgente de su acumulación la citada reforma, siguiendo las recomendaciones de la Comisión y del Comité, da una nueva redacción al artículo 4, cuyo apartado tercero establece que sólo se fecundará una máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo en los casos en que lo impida la patología de base de los progenitores, regulándose en el Real Decreto 1720/2004 de 23 de julio las tipologías fisiopatológicas en las que se permite la fecundación de más de tres ovocitos en el mismo ciclo¹². Cuando en

estos casos excepcionales se hubieran generado preembriones supernumerarios dispone el artículo 11 en su nueva redacción que serán crioconservados por un plazo equivalente a la vida fértil de la mujer con el objeto de que se le puedan transferir en intentos posteriores, y en el caso de que esos preembriones congelados no fueran transferidos en el plazo previsto, se prevé la donación con fines reproductivos como única alternativa.

3. El proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida de 2005

El Proyecto de Ley regulador de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida presentado por el Gobierno socialista el día 6 de mayo de 2005, en que comenzó su andadura parlamentaria, surge, como expresa su propia exposición de motivos, con la finalidad declarada de adaptar la legislación a los nuevos avances científicos y al desarrollo de nuevas técnicas de reproducción asistida y especialmente para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente en relación con los preembriones supernumerarios o sobrantes, eliminando la diferencia, en cuanto a sus posibles destinos, entre los que se encontrasen crioconservados con

12 Con tal amplitud que prácticamente ha venido a vaciar de contenido el espíritu claro de la Ley 45/2003. Las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida se especifican en el anexo del citado Real Decreto de esta manera: Esterilidad de causa masculina. a) Azoospermias: 1º Secretoras; 2º Obstructivas. b) Oligoastenoteratozoospermias: 1º Severas; 2º Moderadas. c) Otras patologías seminales. d) Casos con indicación de diagnóstico genético preimplantacional. e) Semen difícilmente reemplazable. II) Esterilidad de causa femenina. a)

Patología ovárica: 1º Reserva folicular disminuida y edad mayor de 35 años; 2º Altas respuestas; 3º Ovarios poliquísticos. b) Patología tubo-peritoneal: 1º Endometriosis; 2º Hidrosalpinx. c) Esterilidad de origen desconocido. d) Obesidad. e) Pobres resultados en ciclos anteriores. f) Casos con Indicación para diagnóstico genético preimplantacional. g) Ovocitos difícilmente reemplazables. h) Donación de ovocitos.

anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003 de 21 de noviembre y los que pudieran generarse posteriormente, suprimiendo los límites que se establecieron en la citada Ley para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo.

El artículo 11 contempla como posibles destinos de los preembriones crioconservados los siguientes: a) su utilización por la propia mujer o su cónyuge; b) su donación a otras parejas con fines reproductivos; c) la donación con fines de investigación, y d) el cese de su conservación sin otra utilización, siendo necesario para cualquiera de los destinos citados el consentimiento informado de la mujer o, si ésta estuviera casada, también del marido con anterioridad a la generación de los preembriones, consentimiento que podrá ser modificado en cualquier momento y necesariamente, cada dos años, renovado o modificado.

Pero el Proyecto da un paso más allá y, por lo que ahora interesa destacar, ya abiertamente autoriza, sin exigir finalidad diagnóstica o terapéutica, la investigación o experimentación con preembriones vivos y viables sobrantes o procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Para ello exige el cumplimiento de una serie de requisitos: a) que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación; b) que el preembrión no se haya desarrollado *in vitro* más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontado el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado; c)

que en el caso de los proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la investigación se realice en centros autorizados; d) que el proyecto sea autorizado por las autoridades sanitarias competentes, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida si se trata de proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o del órgano competente si se trata de otros proyectos de investigación relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias (artículo 15). La utilización efectiva del preembrión con fines de investigación en un proyecto concreto requiere el consentimiento de la pareja o, en su caso, de la mujer responsable del preembrión, previa información pormenorizada y comprensión por los interesados de los fines de esa investigación, sus fases y plazos, así como de sus consecuencias posibles (artículo 16).

Por otro lado, si bien el artículo 3.2º del Proyecto en el caso de la fecundación *in vitro* y técnicas afines sólo autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en la mujer en cada ciclo reproductivo, no limita, a diferencia de la normativa actualmente vigente, con el claro propósito de que existan embriones sobrantes con destino a la investigación y experimentación, el número máximo de ovocitos que pueden ser fecundados. Finalmente, el Proyecto en su artículo 1.3º, en consonancia con las declaraciones contenidas en numerosos textos supranacio-

nales que rechazan de manera unánime la creación de seres humanos genéticamente idénticos, prohíbe expresamente la clonación con fines reproductivos.

Tres dudas fundamentales suscitan las concretas normas de la futura regulación que acaban de ser expuestas: ¿es constitucionalmente admisible la investigación o experimentación con embriones humanos viables?; ¿autoriza el Proyecto de Ley la creación, mediante la técnica de la clonación terapéutica, de embriones somáticos para fines de investigación?; ¿colmaría este supuesto el juicio de tipicidad contenido en el artículo 160.2º del Código Penal y, en términos generales, dicho tipo penal resulta eficaz en la protección del bien jurídico que debe tutelar? Dejando el análisis de la primera interrogante para más adelante, junto con el juicio de constitucionalidad que merezcan las normas hoy en vigor, abordaremos a continuación de manera breve la respuesta de las dos últimas cuestiones planteadas.

Es conocido que los embriones objeto de técnicas experimentales pueden proceder de distintas fuentes: embriones sobrantes de programas de fecundación *in vitro*; embriones creados expresamente para la investigación de procesos patológicos de que están afectadas las parejas donantes; embriones creados a partir de gametos donados para la investigación, fuera del contexto de un proyecto parental, y embriones somáticos obtenidos por clonación mediante la transferencia de núcleos. La técnica de la clonación no reproductiva o terapéutica consiste en transferir el núcleo de una célula somática diferenciada al citoplasma de un ovocito

previamente enucleado que origina un cigoto capaz de iniciar un desarrollo embrionario, pero cuyo destino no es el de ser transferido al útero de una mujer para dar lugar a un individuo clónico de la persona de la que procede, sino el de hacerle objeto de un proceso de manipulación dirigido a utilizar sus células troncales pluripotentes para generar cultivos de tejidos u órganos para su trasplante con evitación de cualquier problema de rechazo inmunológico. Se trata, en suma, de la creación de un embrión humano que va a ser destruido por su manipulación experimental. Como expresaba la Comisión Nacional de Reproducción Asistida en su primer informe anual de diciembre de 1998, es preciso tener en cuenta que la transferencia de un núcleo diploide al citoplasma de un ovocito enucleado significa realmente la creación de un cigoto artificial capaz de evolucionar hacia un desarrollo embrionario, transformándose, por tanto, en un verdadero embrión cuyo destino, si se pretende utilizar las técnicas de clonación con estos fines no reproductivos, no es el de originar un individuo a término, sino el de utilizar sus células troncales para intentar producir cultivos de tejido y, si fuera posible, de órganos.

De la literalidad del artículo 15 del Proyecto de Ley podría concluirse que excluye de las posibilidades de investigación y experimentación a los embriones somáticos creados por técnicas de clonación terapéutica, al referirse dicho precepto de manera expresa a los preembriones sobrantes o supernumerarios procedentes de la aplicación de técnicas de reproducción asistida. Sin embargo,

la declaración contenida en el artículo 1.3º del Proyecto prohíbe la clonación en seres humanos, pero sólo la que se realice con fines reproductivos, esto es, con miras a la obtención de seres humanos genéticamente idénticos, lo que plantea importantes dudas de si, una vez en vigor la nueva norma, tendría cobertura legal el trasplante nuclear o clonación terapéutica, al no prohibirse expresamente, técnica que en la actualidad desde el punto de vista científico está dejando de ser una posibilidad teórica y se está acercando cada vez más a una técnica viable en la práctica, lo que ha venido a ser refrendado por los logros conseguidos este mismo año y que tanta expectación han despertado por Woo Suk Hwang y su equipo de científicos coreanos de la Universidad de Seúl¹³.

En diversos medios de comunicación la Ministra de Sanidad Elena Salgado ha manifestado la voluntad del Gobierno español de reformar la legislación vigente para permitir la clonación con fines terapéuticos, a la que ha calificado de «interesante y prometedora», pero remitiendo a la futura Ley de Investiga-

ción en Biomedicina el establecimiento desde el máximo consenso posible de sus límites, garantías y condiciones. La reciente declaración de principios de este año de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la clonación humana, aprobada con 84 votos a favor, 34 en contra y 37 abstenciones, que prohíbe «todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana», fue votada en contra por nuestro país tras haberla apoyado en pasadas ocasiones durante el Gobierno anterior. Es clara, pues, la opción del Gobierno actual a favor de la clonación terapéutica, junto a otros países como Corea del Sur, Bélgica, Reino Unido, Suecia, India, China, Japón, Singapur e Israel, donde el trasplante nuclear está ya autorizado. La duda que se suscita es si la futura Ley reguladora de las técnicas de reproducción asistida amparará ya la creación de embriones humanos por clonación para su destino a fines de investigación.

Así las cosas, la admisión de esta técnica de transferencia nuclear, capaz de generar una vida humana con su propio programa genético que va a ser destinada a la experimentación y con ello a su destrucción, genera igualmente cuando menos dudas sobre la trascendencia penal de ese actuar a la vista del delito previsto en el artículo 160.2 del Código Penal. Ciertamente, la literalidad de la descripción típica, que emplea el término fecundación, que supone la fusión de un óvulo con un espermatozoide, podría descartar que esa técnica estuviera incurso en

13 Sin embargo, a principios de este año saltó la noticia del presunto carácter fraudulento de esos resultados, habiendo concluido un comité de expertos de la propia Universidad de Seúl que los datos que fueron publicados en el año 2005 en la revista *Science* por el doctor coreano no eran un error debido a un fallo, sino que contenían datos falsificados que deben ser vistos como una invención deliberada. En cualquier caso, independientemente del alcance de la noticia, lo que parece cierto, ante el imparable avance de la ciencia, es que la clonación terapéutica será una realidad en un futuro más o menos inmediato.

el tipo penal. Podría sostenerse la tipicidad de la conducta si se admitiera que cualquier técnica que permita la división celular de un óvulo con capacidad para un desarrollo embrionario constituye una acción de fecundar en sentido amplio o extensivo, admitiendo algunos especialistas muy destacados en esta materia que, si el bien jurídico del tipo es evitar la producción de embriones que no van a ser destinados a la reproducción, el tipo objetivo abarcaría también la transferencia del núcleo de una célula somática a un óvulo humano previamente enucleado, considerando que «toda agregación de carga genética a un óvulo a partir del cual pueda multiplicarse y desarrollarse en un embrión constituye la acción de fecundar en sentido extensivo»¹⁴. Algunos, en cambio, entienden que en este supuesto se trataría de una aplicación analógica *in malam partem* del término «fecundación» utilizado por el tipo que se encuentra prohibido por el derecho penal y también por el derecho administrativo sancionador, al entender que esta técnica ni material ni jurídicamente puede considerarse como fecundación, pues ello supondría estimar iguales dos realidades que sólo son simplemente semejantes: el nuclévulo (resultado de la clonación por transferencia nuclear) y el embrión (resultado de la

fecundación)¹⁵. Y otros, en fin, mantienen la atipicidad de la conducta salvo que «en una interpretación que jurídicamente puede ser aceptable, pero que no es la más adecuada, consideráramos que también se fecunda un óvulo cuando se le fusiona con un núcleo celular y se inicia el proceso de división celular»¹⁶. Desde luego, y como demuestra la diversidad de opiniones existentes, puede concluirse que la cuestión no está en absoluta clara¹⁷ y que sería deseable una mayor precisión en la técnica legislativa por razones evidentes de seguridad jurídica.

Dudas de licitud penal que por lo demás con carácter general se plantearán también, a la vista de la descripción típica contenida en el citado artículo 160.2 del Código Penal, ante la posibilidad admitida en el Proyecto de Ley en tramitación, de producir *in vitro* un número ilimitado

15 Así, Benítez Ortúzar, «El ordenamiento jurídico ante la clonación de células humanas» en *Cuadernos de Política Criminal*, número 79. Edersa. 2003, página 66.

16 De la Cuesta Aguado, «Clonación por transferencia nuclear en el artículo 161 del Código Penal» en *Actualidad Penal* número 5, 29 de enero a 4 de febrero de 2001, página 94; quien afirma que «la clonación por transferencia nuclear con fines terapéuticos entraría de lleno en el tipo del artículo 161.1º del Código Penal si admitiéramos que también la transferencia nuclear puede fecundar a efectos de este artículo (...) Al ser la finalidad perseguida distinta a la autorizada por el tipo, esto es, la procreación humana, la fecundación del óvulo en este supuesto estaría penalmente prohibido. Si por el contrario, el término fecundar no abarcara la transferencia nuclear celular sobre el óvulo la conducta sería atípica» (página 92).

17 En este sentido, Del Moral García en «Clonación y Derecho Penal». *Cuadernos y Estudios de derecho Judicial. Genética y Derecho*. 2004, página 88.

14 Romeo Casabona, Carlos María en «Los llamados delitos relativos a la manipulación genética». *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial. Genética y Derecho*. 2001; por ello propone el citado autor, de lege ferenda, sustituir la expresión «fecundar óvulos humanos» por la de «originar embriones o híbridos humanos» o añadir esta frase a continuación de la anterior.

de embriones, muchos de los cuales no van a ser destinados a su implantación en el útero de la mujer para su posterior desarrollo embrionario sino que serán utilizados en programas de investigación en los términos antes expuestos; embriones humanos que en su origen no fueron creados con esa finalidad de experimentación o investigación, pero sí condenados a ser sometidos a esos fines en su destino último y, por tanto, a la destrucción de la vida humana en formación en ellos existente¹⁸. Dudas, en definitiva, desde este punto de vista, de la eficacia del tipo punitivo en la protección penal de la vida del embrión no implantado, que es lo que en realidad aquél protege como bien jurídico¹⁹, máxime cuando en la regulación de futuro, y a diferencia de

la anterior, como vimos, se permite la investigación con embriones viables y por tanto vivos, es decir, con seres humanos en toda su potencialidad cuya vida en formación va a ser destruida²⁰. En suma, nos encontramos ante un precepto penal que con la prohibición de la conducta que en él se describe no trataría tanto de tutelar de manera eficaz el bien jurídico cuya protección le es encomendada como de serenar el ánimo de la ciudadanía que con la tipificación de ese hipotético quehacer científico ve potencialmente sancionados comportamientos especialmente peligrosos para valores de naturaleza esencial, enmarcándose de esta forma el tipo descrito en el llamado Derecho Penal simbólico que se caracteriza por dar lugar, en palabras de Silva Sánchez, «más

18 Se mantiene, no obstante, la atipicidad de la conducta cuando no se llegan a utilizar para la procreación todos los óvulos fecundados, bien porque se ha logrado el embarazo de la mujer, bien porque no es posible la transferencia, por cuanto fueron originados «ab initio» con esa finalidad reproductora. Así, Romeo Casabona, Carlos María en «Los llamados delitos relativos a la manipulación genética» op. cit. Otros, como Benítez Ortúzar, mantienen que «cuando la voluntad del agente dirigida a la utilización del preembrión de modo distinto a la procreación surge tras la fecundación del óvulo y antes de la implantación la actuación será constitutiva de una infracción administrativa», en «Delitos relativos a las actuaciones conexas a las técnicas de reproducción asistida humana en el Código Penal español». *Cuadernos de Política Criminal*, número 65. Edersa. 1998, página 227.

19 En contra Valle Muñiz, quien considera que «partir en la interpretación del tipo de la premisa de la vida prenatal como objeto de protección carece de fundamento. La conducta típica no lesiona ni pone en peligro vida alguna, más bien lo que hace es lo contrario, crear vida humana, y, además, la experimentación o investigación no autorizada

sobre ella no tiene por qué atentar a su viabilidad». *Comentarios al nuevo Código Penal*. Editorial Aranzadi. 1996, página 775. En igual sentido Benítez Ortúzar afirma que «con la fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta a la reproducción tampoco puede alegarse la tutela de la vida prenatal de la futura persona, la cual no existe ni como una simple esperanza de vida, ya que no va a nacer» en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Editorial Comares. 1998, página 219. No obstante, a mi juicio, lo que se trata de evitar con la prohibición de la conducta descrita en el tipo es la creación de embriones que no van a ser destinados a su implantación para su posterior desarrollo, es decir, de embriones a los que no se les va a permitir vivir al no haber sido producidos con finalidad reproductora.

20 Y, por lo demás, la evidente dificultad de acreditar dentro de un programa de fertilización que la fecundación in vitro realizada para la generación del embrión no lo fue con el fin inicial de su implantación en el útero de la mujer, sino con miras a la investigación o experimentación, hace en la práctica inaplicable el tipo penal y con ello la persecución de la conducta prohibida en aquél descrita.

que a la resolución directa del problema jurídico penal (protección de los bienes jurídicos) a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un Legislador atento y decidido»²¹.

4. Notas de derecho comparado

A continuación se expondrán brevemente las soluciones normativas adoptadas por los países europeos más representativos de nuestro entorno geográfico y cultural, como Alemania, Francia, Italia o Reino Unido, así como las más significativas declaraciones internacionales de ámbito supranacional en el marco de la Unión Europea y del Consejo de Europa, ilustrativas aquéllas y éstas, como consecuencia de la diversidad de planteamiento éticos y sociales existentes en los Estados europeos, de la falta de un consenso sobre la utilización y creación de embriones humanos con fines de investigación, con la sola excepción de la clonación humana con fines reproductivos y el empleo de embriones con fines industriales o comerciales que son objeto de un rechazo unánime.

En el Reino Unido, la Ley sobre Fertilización y Embriología Humana (human Fertilisation and Embriology Act) de 1 de noviembre de 1990, modificada el día 24 de enero de 2001, autoriza la investigación utilizando embriones humanos creados por fertilización in vitro o por

sustitución nuclear a nivel celular con el fin de aumentar el conocimiento sobre el propio desarrollo embrionario o sobre enfermedades graves del ser humano y su tratamiento. Se admite, pues, expresamente la clonación por transferencia nuclear con la finalidad de producir embriones y emplear sus células troncales pluripotentes de la masa celular interna para establecer cultivos de tejidos utilizables en la terapia celular.

En Alemania, la Ley número 745/90 de Protección del Embrión de 13 de diciembre de 1990 sanciona con pena privativa de libertad de hasta tres años la fecundación artificial de un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene ese óvulo (artículo 1 párrafo 1.2º). Igualmente prohíbe la clonación en su artículo 6, al castigar a quien hubiera provocado artificialmente la creación de un embrión humano con la misma información genética que otro embrión, feto, ser humano vivo o muerto, e impide la creación de embriones supernumerarios de las técnicas de reproducción asistida, al prohibir la transferencia a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo y fecundar más óvulos de los que puedan ser transferidos. Finalmente, es de destacar la conceptualización a los efectos de esa ley del embrión cuya existencia se reconoce desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado a partir de la fusión de los núcleos celulares.

En Francia se prohibía toda utilización de embriones humanos con fines distintos a la reproducción, siendo sancionadas

21 En *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. J.Mª. Bosch, Editor, S.A., 1992, página 304 y ss. Cita recogida por Higuera Guimerá en *El Derecho Penal y la Genética*. Trivium. 1995, página 59.

en el Código Penal las conductas que quebrantaran dicha prohibición. La Ley número 94-654 de 29 de julio de 1994, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal, en la redacción que efectuó del artículo L. 152-8 del «Code de la Santé Publique» prohibía la concepción *in vitro* de embriones humanos con fines de estudio, investigación o experimentación, si bien preveía a un mismo tiempo la revisión por el Parlamento de dicha disposición dentro del plazo máximo de cinco años a partir de su entrada en vigor. En noviembre de 1999 la Asamblea General del Consejo de Estado emitió un informe en el que se planteaba la autorización bajo estrictas condiciones de realizar investigaciones con embriones obtenidos *in vitro* sobrantes de programas de fecundación artificial. Otros cinco años después, la Ley número 2004-800 de 6 de agosto de 2004, si bien mantiene la prohibición de la creación de embriones para fines de investigación, ya sea por fecundación *in vitro* o por clonación, permite la experimentación con embriones supernumerarios previo el consentimiento de la pareja de quien procedan y el cumplimiento de otras condiciones, sin que haya previsto un límite al número de óvulos que puedan ser fecundados en cada ciclo reproductivo.

En Italia, la Ley «in materia di procreazione medicalmente assistita» de 19 de febrero de 2004 prohíbe, bajo sanciones penales, la experimentación con embriones humanos, sean o no viables, admitiendo tan sólo las intervenciones

terapéuticas o de diagnóstico. Se castiga con elevadas penas la clonación, ya sea reproductiva o terapéutica, y se limita la creación de embriones, con miras a evitar sobrantes, al no admitirse la producción *in vitro* de un número mayor al que resulte estrictamente necesario para la implantación, prohibiéndose expresamente la congelación de embriones salvo por causas graves relativas al estado de salud de la mujer, en cuyo caso se autoriza su crioconservación hasta la implantación que deberá hacerse en todo caso lo antes posible.

La disparidad de regulaciones observadas en los diferentes ordenamientos jurídicos internos europeos, sintéticamente expuestos antes de entre los más cercanos a nosotros, tiene también su reflejo en los textos supranacionales demostrativos de la falta de un claro consenso en esta materia.

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la UNESCO en la Conferencia General del 11 de noviembre de 1997 y refrendada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1998, no toma partido sobre la posibilidad de la experimentación con embriones humanos, pero considera en su artículo 11 como contraria a la dignidad la clonación con fines de reproducción e invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que correspondan, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en esa Declaración.

En el ámbito del Consejo de Europa deben destacarse las recomendaciones de la Asamblea número 1046 de 24 de septiembre de 1986, relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales y la número 1100 de 2 de febrero de 1989 sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica, donde se prohíbe toda creación de embriones humanos por fecundación *in vitro* para fines de investigación y la experimentación con embriones vivos, viables o no.

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina o Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina hecho en Oviedo el día 4 de abril de 1997, en su Protocolo Adicional de 12 de enero de 1998 prohíbe en su artículo 1 párrafo 1º toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto, estableciendo en su párrafo 2º que, a esos efectos, se entiende por ser humano genéticamente idéntico a otro el ser humano que comparta la misma serie de genes nucleares. Y en materia de investigación con embriones *in vitro* su artículo 18 relega a la decisión de los Estados su autorización o prohibición, estableciendo que cuando esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada al embrión. El apartado 2 de dicho precepto prohíbe expresamente la creación de embriones con fines de experimentación, pero no la que pueda

ser realizada con los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, al admitir, según vimos, en su párrafo 1 la posibilidad de que los Estados parte en el Convenio puedan autorizar por ley la experimentación con embriones humanos.

En el marco del Parlamento Europeo nos encontramos con diferentes resoluciones encaminadas a que los Estados miembros promulguen normas dirigidas a evitar la clonación como contraria a la dignidad humana, destacando la de fecha 7 de septiembre de 2000, donde de manera contundente se condena también la clonación terapéutica, al considerar que «la clonación terapéutica, que conlleva la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, plantea un profundo dilema moral, supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión Europea», por lo que pide al Gobierno Británico «que revise su posición sobre la clonación de embriones humanos» y reitera su llamamiento a los Estados miembros para que «promulguen normas jurídicas vinculantes que prohíban la investigación sobre cualquier tipo de clonación de seres humanos en su territorio y establezcan sanciones penales para toda violación de las mismas». Posteriormente, en el mes de abril de 2003, el Parlamento Europeo respaldó nuevamente el informe del alemán Peter Liese con 321 votos a favor, 89 en contra y 56 abstenciones, en el que se pide a los Estados Miembros de la Unión Europea que prohíban la investigación sobre clonación humana cuando su objetivo

sea la reproducción, pero también cuando esté destinada a la creación de embriones humanos con fines de investigación o al suministro de células madre, incluida la transferencia de núcleos de células somáticas». De la misma manera, la Directiva 44/98 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas de 6 de julio de 1998 dispone en su artículo 6 excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, por lo que se consideran no patentables expresamente los procedimientos de clonación de seres humanos²².

No obstante estas declaraciones concluyentes de prohibición de cualquier forma de clonación, no han faltado posteriores actuaciones del propio Parlamento dirigidas a la utilización de los fondos destinados a subvenciones para programas de investigación con células de embriones humanos sobrantes de procesos de fertilización. Así, la Eurocámara aprobó, en una apretada votación, en noviembre de 2003 destinar dentro del presupuesto global de 17.500 millones de euros del VI Programa Marco de Investigación (2003-2007) 2.255 millones de euros al área de investigación genómica y

22 Normativa que fue extrapolada a nuestro ordenamiento interno en virtud de la reforma operada por la Ley 10/2002 de 29 de abril sobre Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas, cuyo artículo 5 señala expresamente que no se consideran patentables los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales y comerciales.

la biotecnología, donde estarían incluidos los proyectos de investigación con células madre derivadas de embriones humanos supernumerarios de los procesos de fecundación in vitro sin la limitación propugnada por la Comisión Europea de que los embriones fueran anteriores al día 27 de junio de 2002.

Por último, expresión inequívoca y muy reciente de la diversidad de opiniones existentes en los distintos Estados en esta materia, producto sin duda de sus diferencias culturales y sociales, lo constituye la Declaración de Naciones Unidas sobre la Clonación Humana de marzo de 2005 antes citada, en la que una Asamblea General muy dividida y con fuertes tensiones internas aprobó, con 84 votos a favor, 34 en contra y 37 abstenciones, recordando la resolución de 53/152, en la que hizo suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, una declaración no vinculante sobre la clonación, en la que mantiene que los Estados miembros habrán de «prohibir todas las formas de clonación humana, en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana».

5. Consideraciones ético-jurídicas sobre la manipulación embrionaria

Ni los hechos biológicos, ni las normas jurídicas que están llamadas a regularlos, pueden ser separados de los valores éticos. Ya en una primera aproximación metodológica al análisis de la variada problemática que plantea la biotecnología de la reproducción humana, la argumen-

tación desde los postulados de la ética aparece como una exigencia inevitable²³.

Debe tenerse presente desde un principio que cualquier discurso o razonamiento jurídico que se siga en el análisis de esta materia, no podrá ignorar, haciendo abstracción de ellos, los indudables aspectos éticos que necesariamente van a conllevar las posiciones que se adopten en torno a los concretos problemas que se plantean. Y no sólo es que el tratamiento que quiera darse a aquella materia no podrá estar desprovisto en ningún caso de aquellas connotaciones morales o éticas, sino que éstas deberán ser precisamente las que tengan que presidir e inspirar las conclusiones a las que pueda llegarse²⁴.

23 En este sentido, Lledó Yagüe, «La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas». *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Volumen IV, página 14. Fundación BBV. 1994

24 Conviene, sin embargo, en primer término, antes de tratar de fijar cuál es la concepción de la ética que está en la base de los subsiguientes análisis, efectuar una precisión terminológica en torno a los conceptos utilizados y ya referidos de «ética» y «moral». A nuestro propósito serán ambos términos utilizados indistintamente, como equivalentes, pues aun sin serlo desde un punto de vista científico, no presentan para aquel fin marcadas diferencias, refiriéndonos con ellos al conjunto de los principios y valores que son inherentes y han acompañado, más allá de su expresa positivización, en todo momento a la condición del ser humano y que deben estar presentes en cualquier actividad o comportamiento del hombre, como son el más absoluto respeto a la dignidad y a la vida desde el primer momento de la existencia de la persona y la consideración de ésta como fin en sí misma. Pero en todo caso, sin ignorar la distinción antes apuntada, pues suelen diferenciarse ambos conceptos, reservando el término moral para indicar tanto los comportamientos que consideramos vali-

La aparición de fenómenos o realidades nuevas, —como las que ha propiciado el campo de las Ciencias de la Vida—, que el ordenamiento jurídico esta obligado a normar, exige al interprete la búsqueda de los valores ético-sociales que subyacen en aquellos, llegando incluso a plantearse la aptitud de la ética para ser fuente de producción normativa. La justificación de la necesidad de este planteamiento ético inicial queda así fuera de toda duda²⁵. Se trata, en suma, de la búsqueda de un principio rector o paradigma de dimensión ética que contribuya a un correcto planteamiento de carácter jurídico del complejo fenómeno de la fecundación inducida. De esta forma, asumir una específica orientación ética o moral en el sentido apuntado constituye el primer

dos o aceptables como el imperativo de conducta, exento de coacción externa, que es individualmente asumido, y el de ética para aludir a la reflexión sobre las razones por las que esos comportamientos son aceptados como validos. También se ha dicho que la ética alude a la ciencia del comportamiento humano desde la filosofía, y la moral a esa misma ciencia desde el punto de vista de la teología. A su vez, esa reflexión sobre el comportamiento correcto que ocupa a la ética puede realizarse desde diversas concepciones axiológicas, dando ello lugar a los muy diferentes enfoques que desde antiguo han tratado de dilucidar los dilemas éticos que desde siempre han flotado sobre la humanidad.

25 Pero el exponente más significativo de cuanto se acaba de decir se encuentra en la aparición en la década de los años setenta de una nueva ciencia, bajo la influencia del ambientalismo y de la ecología, con la pretensiones de concretar y clarificar los valores y criterios éticos que deben presidir la conducta humana en el ámbito de los avances médicos y de los descubrimientos biológicos: la Bioética y posteriormente, como derivada de ella, la Biojurídica o Bioderecho.

jalón discursivo ineludible para adoptar un enfoque acertado y poder llegar a unas soluciones válidas y coherentes con ese planteamiento inicial.

Precisamente, la ausencia de una detenida reflexión inicial de carácter valorativo o ético ha constituido uno de los principales defectos de la Ley 35/88, de 22 de noviembre, reguladora de las técnicas de reproducción asistida. La precipitación del legislador a la hora de abordar la regulación de una materia como ésta, tan íntimamente unida con la persona, en su propósito de dar a conocer a toda costa su posición progresista, se refleja de manera inequívoca en el escaso espacio de tiempo transcurrido entre los trabajos preparatorios y la promulgación de la Ley, lo que contrasta abiertamente con el escaso desarrollo legislativo posterior, a pesar de las previsiones de las disposiciones finales de la propia Ley, y con lo ocurrido en las legislaciones de otros países de nuestro entorno político y cultural que abordaron con el sosiego requerido la regulación de unas materias que como éstas afectan de modo tan directo a valores constitucionales. En este sentido, censura Busto, que el legislador pusiera manos en un asunto que no había sido sometido a la necesaria reflexión, encontrándose los autores «con una toma de postura previa»²⁶, estimando en la misma línea Ocaña Rodríguez²⁷ que la Ley se dictó sin la conveniente maduración y reflexión «con toda prisa para tener

el dudoso honor en ser los primeros en regular, con pretensiones de totalidad, una materia novedosa y desconocida en gran parte». El apresuramiento de la Ley 35/1988 ha venido, en suma, determinado, según el sentir más generalizado, por la ausencia del necesario debate social y ético sobre los conflictos de derechos que la regulación de todas estas cuestiones implican necesariamente. Debate en términos filosóficos y éticos que, en todo caso, no debe quedar limitado al momento de la concreta toma de postura al abordar la específica regulación de la materia, sino que deberá continuar de modo permanente a fin de que «a medida que progrese la ciencia progrese también nuestra conciencia»²⁸.

No debe olvidarse que el derecho opera en la esfera deontológica o del deber ser y no en la ontológica o del ser. Sin desconocer sus profundas diferencias, hay que convenir que el Derecho, como la Ética, se desenvuelve en el campo de lo axiológico, de los valores. Ambos representan sistemas normativos que, como creaciones culturales del hombre, ordenan la conducta de las personas en sus relaciones sociales y que, por medios y técnicas diferentes, tienen como función y sentido últimos el buscar y promover la adecuación o conformidad de la realidad social (ser) con el mundo normativo

26 Op.cit, pág 19.

27 *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*. Editorial Comares.1993, pág 377.

28 J.Delors en la Conferencia de «Derechos Humanos y Comunidad Europea: hacia 1992» celebrada en Estrasburgo en noviembre de 1989. Citado por Nöelle Lenoir en «La Bioética en la Comunidad Europea» en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Volumen I, página 90. Fundación BBV. 1994

(deber ser)²⁹. El Derecho tiene como fin armonizar la coexistencia pacífica entre los miembros del tejido social conforme a un concreto sistema de valores y principios, de ideas y creencias que integran la moral social. Como sistema normativo, el Derecho incide en la realidad social (ser) para, conforme al *ethos* social vigente, proponer su transformación y perfeccionamiento (deber ser). Lejos, sin embargo, de posiciones maximalistas, propias de los regímenes teocráticos y totalitarios partidarios de una moral única y oficial, la función del Derecho, en el marco del pluralismo ideológico mantenido por los sistemas democráticos, consiste en garantizar la observancia de un mínimo ético necesario para conservar el orden y la paz social³⁰.

Partiendo, así, de esa fuerte imbricación o interrelación entre Moral y Derecho, como sistemas normativos no meramente yuxtapuestos sino claramente engranados entre sí y alejados, pues, de posiciones estrictamente positivistas, defensoras a ultranza de una radical separación entre ambos, el tratamiento desde el punto de vista ético o moral se presenta, pues, insorteable y con mayor razón o fundamento en una materia como ésta, donde, como en pocas, aparecen tan

profundamente implicados los valores fundamentales de la dignidad y la vida humana, recogidos en los modernos textos constitucionales y de los que derivan todos los demás derechos de la persona calificados de fundamentales. Los recientes logros científicos conseguidos en el ámbito de la medicina regenerativa deben ser estimados dignos de todo elogio, pues presentan evidentes efectos positivos en la lucha contra numerosas enfermedades. Sin embargo, existen límites que, si se rebasan, convierten el progreso biotecnológico en un riesgo para la condición humana.

La valoración de estos aspectos positivos y negativos del desarrollo de las ciencias biomédicas constituye el objetivo central de la Bioética para con ello fijar los límites al comportamiento del hombre en la actividad de la investigación científica y en la actuación de la práctica médica. Sin embargo, la insuficiencia a estos fines del imperativo ético, ante la ausencia de coerción y de toda posibilidad de imponerse desde fuera —quedando por tanto relegada la fijación de aquellos límites a la conciencia del investigador—, hace necesaria la intervención del Derecho para la adopción, mediante mandatos y prohibiciones, de una regulación coactiva de esas conductas. La Moral sólo obliga al sujeto internamente, al apelar a la conciencia de aquél. En el caso de infracción de una norma de esta naturaleza, será la propia conciencia de la persona la que le mostrará su desacuerdo con una sanción interna expresada sólo en forma de remordimiento. Se hace así precisa la

29 *El Derecho como sistema normativo: naturaleza y función del Derecho*. Alberto Montoro Ballesteros. Universidad de Murcia. 1993, pág. 8.

30 Posición apuntada por Santo Tomás, según la cual el Derecho, lejos de prohibir todos los vicios, se limita sólo a prescribir aquellos que redundan en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición no puede conservarse la sociedad humana». *Summa Theologica* I-II, q.96, art.2

actuación del Derecho para garantizar el acomodo de la actividad investigadora y la praxis del científico a los postulados esenciales que necesariamente deben ser observados a la vista de los valores en juego que requieren de una adecuada protección. Sólo con los medios que le son propios, la sanción y la coercibilidad, puede el Derecho asegurar la armonía entre el orden social dado o existente y el orden social propuesto, o en otros términos, entre el ser y el deber ser³¹.

El problema, sin embargo, sigue siendo concretar la concepción o perspectiva ética que deba seguirse, esto es, descubrir cuál es la posición moral o ética desde la que se argumenta. O si se quiere, determinar el principio orientador de carácter metajurídico que debe inspirar el discurso jurídico y que ha de estar en la base de las conclusiones que se decida deben adoptarse sobre cada uno de los problemas que se plantean.

Como ya se apuntó, Derecho y moral deben caminar juntos; la norma positiva no puede prescindir de la valoración moral de la realidad que está llamada a regular para permitirla o prohibirla; ambas disciplinas están íntimamente

relacionadas, al descansar las dos en el ámbito de los valores³². Desde antiguo se ha venido discutiendo por filósofos y juristas la relación entre la moral y el Derecho, habiendo esa dialéctica transcurrido por diferentes etapas en el devenir histórico de signo marcadamente opuesto en cuanto a la supremacía que debiera concederse a uno u otro. Esa relación entre los dos sistemas normativos más relevantes en el ámbito de la regulación de la vida social ha originado un debate de tradición milenaria. Sería un esfuerzo inútil a nuestros fines, y muy alejado de éstos, tratar de realizar, siquiera breve, una exposición de las versiones que a lo largo de la historia se han dado a esta problemática. Sí, al menos, indicar que dos han sido las concepciones, clásicas y antagónicas, que han teorizado sobre las relaciones entre una y otra ciencia del espíritu: el iusnaturalismo y el positivismo, que mantienen respectivamente las tesis de la vinculación y las de la separación entre la moral y el derecho.

Tras la vigencia durante un largo periodo de tiempo del iusnaturalismo de Santo Tomas de Aquino, que supe-

31 Así surge, en conexión con la Bioética y necesariamente, la llamada Biojurídica que es definida por Vila Coro como «la ciencia que tiene por objeto la fundamentación y pertinencia de las normas jurídico positivas, de lege ferenda y de lege data, para lograr y verificar su adecuación a los principios y valores de la Etica en relación con la vida humana, que es tanto como decir su adecuación a los valores de la Bioética». *Introducción a la Biojurídica*. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de Universidad Complutense de Madrid. 1995

32 Como indica Lyons, «nadie pone en duda que las opiniones morales influyen sobre el derecho. Las normas que rigen la conducta sexual, el uso de drogas, la propiedad, los contratos y una gran cantidad de otros temas han sido inspiradas, al menos hasta cierto punto, por ideas de justicia moral y de responsabilidad. Las leyes corresponden al código de valores en uso por aquellos que tienen capacidad para influir en su desarrollo. El derecho, a su vez, repercute en las actitudes morales. Su cumplimiento, por ejemplo, tiende a reforzar los valores que reflejan». *Ética y Derecho*. Editorial Ariel. 1986, página 71.

ditaba la validez de la ley humana a la observancia de los postulados de la ley divina y a la existencia de un orden de principios y valores inmutable y monolítico, el positivismo jurídico, surgido a raíz de la Revolución Francesa y el triunfo de la Ilustración, mantuvo que el derecho debía ser moralmente neutral y que las normas tenían fuerza por sí mismas como emanadas de la voluntad general, llegando alguna de sus manifestaciones a calificarse como nihilismo ético. El iusnaturalismo defiende la existencia de principios y valores que se predicen exclusivamente del hombre en cuanto ser vivo con independencia de si se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico que rige en la comunidad organizada en forma de Estado; esos principios y valores son anteriores a la existencia del individuo en concreto y se predicen del hombre en cuanto miembro del género humano; derivan de su condición de persona y tienen su origen en la Ley Natural, que a su vez participa de la Ley Eterna; valores innatos a la persona y derechos humanos que son anteriores a todo derecho positivo y al propio Estado, que debe limitarse a reconocerlos y protegerlos. Por el contrario, para el positivismo, los derechos humanos sólo existen desde el momento en que fueron incorporados a ordenamientos jurídicos positivos, pues sólo así se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aunque esa realidad sea jurídica; no serán reconocidos al individuo más derechos que los recogidos por las normas positivas y desde el momento que éstas señalen.

Sin llegar a defender a ultranza rigurosos planteamientos iusnaturalistas, consciente de los excesos a que puede dar lugar por los peligros derivados de su invocación o manipulación —algo que no es ajeno a los mecanismos de defensa de los sistemas políticos autoritarios apoyados en retóricas más o menos valorativas para legitimar sus acciones—, sí puede mantenerse que el Derecho debe ser permeable a los valores éticos o morales que han operado como principios fundamentales o bases sólidas en la cimentación del ordenamiento jurídico, valores que, catalogados como principios generales del Derecho, han sido ahora positivizados por las modernas declaraciones de principios que han significado el trasvase del Derecho Natural a las Constituciones.

Pues bien, desde este punto de vista, la respuesta del jurista no debe olvidar los aspectos éticos que deben presidir el enjuiciamiento intrínseco de esta materia, y más concretamente, aquéllos que deben estar presente en el debate en torno al punto neurálgico de una materia que como ésta está compuesta por múltiples dilemas que necesitan de una adecuada respuesta normativa: ¿cabe servirse del embrión humano para facilitar el progreso y desarrollo de la Ciencia a través de su manipulación y experimentación?; ¿debe ser considerado el resultado biológico de la fusión de las células germinales humanas como un ser de fines, que debe ser protegido con la misma intensidad que los demás individuos ya nacidos o puede ser considerado como un mero instrumento u objeto al servicio de otros intereses?

Como señala Bustos³³, ante esta primera y capital cuestión el jurista debe optar y lo hará en función de su personal esquema de ideas y creencias, y si no lo hace apenas dirá algo coherente y con sentido. La contestación a este interrogante trasciende del razonamiento jurídico y entra de lleno en el ámbito de las creencias o de las ideologías. El juicio moral no es una cuestión de razonamiento, sino de sentimiento o de convicción³⁴. Hay así, como afirma Diego Gracia³⁵, una primera toma de postura, básicamente emocional, en la búsqueda del principio programático que nos ocupa, ante las enormes dificultades que tiene la razón para enfrentarse a ese problema inicial de naturaleza trascendental³⁶. El jurista, ya

33 Op. cit, página 66.

34 No han faltado quienes opinan que el sentimiento, y no la razón, está en la base del juicio moral y constituye su fundamento. Así, para David Hume el papel de la razón en el terreno moral concierne únicamente al conocimiento de lo dado y a la posibilidad de juzgar la adecuación de los medios con vistas a conseguir algún fin pero es incapaz para juzgar la bondad o maldad de las acciones. «Pero aunque la razón sea suficiente para instruirnos sobre las tendencias útiles o perniciosas de las cualidades o acciones, ella no es sola suficiente para producir ninguna aprobación o censura moral; para conceder preferencia a las tendencias útiles sobre las perniciosas es indispensable que se manifieste aquí un sentimiento». *Investigación sobre los principios de la moral*. Colección Austral. 1991, página 159.

35 *Procreación Humana Asistida: aspectos éticos y legales. Dilemas Éticos de la Medicina Actual-11*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid 1998, página 79.

36 Pues como afirma Bustos «las creencias no se razonan. No porque sean contrarias a la razón —que no lo son, en modo alguno— sino porque están más allá de la razón. Allá aquél que crea que la razón es la única fuente de conocimiento». Op. cit., página 74.

sea teórico, aplicador del Derecho o creador de normas, no puede ser moralmente neutral. En modo alguno puede pretender una neutralidad o asepsia axiológica en esta materia. Tiene que tomar partido, desde su propio y peculiar sentimiento de justicia, por una u otra opción, para luego buscar apoyo a esa decisión que quiere adoptar en las normas jurídicas positivas y en su posible interpretación. Buscará, a no dudarlo, el precepto y su exégesis que sea más conveniente para sus fines de fundar jurídicamente su posición. Con carácter general, el intérprete en su proceder jurídico comienza siempre por buscar la solución que estima más justa ante el concreto problema que se le plantea para posteriormente indagar en el arsenal normativo que tiene a su disposición a fin de encontrar las oportunas normas y los criterios de interpretación que le permitan fundamentar positivamente esa decisión. Y en esa búsqueda juega un papel decisivo el propio sentimiento de justicia o la convicción de lo que se estime justo en base a las propias ideas y creencias. Para la contestación a los interrogantes antes apuntados deberá así decantarse inicialmente por una de estas dos alternativas: o estimar, desde un punto de vista pragmático, que el embrión hasta una determinada fase de su desarrollo carece de las cualidades y atributos propios del ser humano y consecuentemente puede ser objeto de manipulación al no afectar esa práctica a ningún valor fundamental, o bien entender, desde una óptica metafísica, que existe vida humana desde el mismo momento de la concepción y que por ello el embrión debe ser objeto

de protección jurídica a partir de ese instante y con la misma extensión que la dispensada al adulto.

Ahora bien, una convicción moral no sustentada reflexivamente conduce al irracionalismo y al fanatismo; el razonamiento es también necesario en la ética, pues «tan absurdo como un racionalismo que negase el papel moral de las emociones, sería un emotivismo total que no dejara espacio al razonamiento»³⁷. Y de la misma manera, como apunta Bustos³⁸, esa inicial toma de postura basada en las creencias no autoriza a olvidar la técnica jurídica, el arsenal de instrumentos o conceptos e instituciones del Derecho, pues «una cosa es servirse de un pensamiento orientador para tratar de arrancar del derecho positivo las mayores posibilidades de traducir aquél en normas jurídicas y otra pretender el trasplante total de la Moral al Derecho».

El punto de partida de la dimensión o naturaleza moral que servirá de guía a cualquier razonamiento que se siga en los posicionamientos que tengan que adoptarse a la hora de elaborar un juicio ético con el que abordar la admisibilidad de la investigación y experimentación con embriones humanos desde el punto de vista jurídico, será la convicción de que la ciencia y el progreso tecnológico deben quedar subordinados al más absoluto respeto de la dignidad humana como cualidad que deber ser atribuida a la persona desde el mismo momento de la concepción y que por ello ha de ser

tutelada a partir de ese instante con toda la amplitud que permite el ordenamiento jurídico.

A este esencial principio de respeto al producto de la concepción, que servirá de prisma básico para el enfoque de todas las cuestiones que puedan presentarse en relación con la materia objeto de nuestro estudio, se llega a través de una convicción que se asienta en el terreno de la moral, o si se quiere, un juicio moral que procede del ámbito de los valores y de las ideologías, de las creencias y de los propios sentimientos. A su vez, aquella conclusión es consecuencia o deriva de manera inmediata de los valores de la dignidad de la persona y del derecho a la vida, como presupuesto básico de los demás derechos que le son inherentes y que se encuentran positivizados en los modernos textos constitucionales. Es el respeto de la dignidad de la persona o en trance de serlo el prisma fundamental desde el cual debe resolverse todo eventual conflicto de valores que pueda presentarse, más aún cuando la Constitución en sus artículos 10 y 15 contempla la dignidad y el derecho a la vida como pilares básicos del orden social.

El inicial punto de partida que fue marcado de respeto a la vida humana desde el mismo momento de la concepción encuentra así su apoyo normativo en la positivización de la dignidad como fundamento del orden social y del derecho a la vida como derecho fundamental³⁹.

37 Diego Gracia, op. cit., página 80.

38 Op.cit., página 67.

39 El desconocimiento más absoluto de esos valores inherentes a la condición humana durante la Segunda Guerra Mundial por el nacionalsocialismo

De esta forma y de mano de la Constitución pasamos del ámbito de la moral o de la ideología al terreno de lo jurídico. De esta manera se da cumplimiento a la necesidad de encontrar un fundamento jurídico positivo a ese postulado inicial de carácter metajurídico que defendemos y que ha de constituir el hilo conductor de toda la exposición.

El pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo y no puede ser nunca tratado como un mero objeto o medio a la disposición de los fines de otros: «Obra del tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca meramente como medio». Ciertamente que en la formulación de este imperativo categórico recogido en la «Fundamentación de la metafísica de las costumbres» de 1785 es altamente dudoso que Kant, inmerso en las teorías del siglo XVIII, tuviera presente al embrión, ante todo porque la filosofía kantiana se refería tan sólo al hombre capacitado para tomar parte en la razón. Pero desde esta óptica es claro que toda manipulación genética del embrión humano desde el mismo momento de su concepción que no vaya encaminada a su propio bienestar y beneficio debe estimarse contraria a este derecho absolutamente fundamental para

el hombre, base y condición de todos los demás, como es el derecho a ser reconocido siempre como persona, esto es, como un ser de fines.

De esta forma, frente a los que mantienen que no debe existir otro límite que el que derive de lo que sea imposible científicamente, se alza el punto de vista de quienes entienden que el progreso técnico debe adaptarse a un axioma de racionalidad ética básico e incuestionable: el de que la persona no puede ser tratada nunca como un medio al servicio o en beneficio de otros y que la debida protección de su dignidad le hace insusceptible de recibir tratamiento como objeto de investigación científica⁴⁰.

6. Juicio crítico sobre la admisibilidad de la investigación y experimentación con embriones humanos

Finalmente, conforme a todo lo expuesto, a la vista de nuestro ordenamiento jurídico constitucional y de la exégesis que de éste hace su principal intérprete, es forzoso el planteamiento de evidentes dudas sobre la adecuación con las exigencias constitucionales de protección de la vida humana de las normas que contienen tanto la Ley actualmente en vigor tras su reforma de noviembre de 2003 como el Proyecto de Ley objeto de análisis y que autorizan en los términos

alemán y el comunismo soviético de la era estalinista obligo a los Estados a tomar conciencia de la necesidad de consagrar los derechos humanos de manera expresa en declaraciones de ámbito supranacional.

40 En este sentido, Enrique Carlos Banchio y Luis Moisset de Espanes, «La libertad del hombre y el genoma». *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Volumen I, página 235. Fundación BBV. 1994.

antes concretados la investigación y experimentación con embriones viables, ya sean éstos sobrantes de un programa de fecundación in vitro, ya hayan sido creados mediante la técnica de la clonación terapéutica.

Ciertamente, un juicio de este alcance estará condicionado en gran parte, de un lado, por la valoración que pueda tenerse a priori sobre el estatuto ontológico del embrión preimplantatorio, de ese conjunto de células envueltas en la zona pelúcida resultante de la fusión del óvulo y del espermatozoide hasta los 14 días y, en suma, por la idea que se tenga sobre el mismo origen de la vida y del momento en que empieza una nueva vida humana y, de otro lado, por la forma en que se resuelva la tensión entre la libertad de investigación y la protección de ese embrión humano y de otros valores e intereses especialmente trascendentes que asimismo están en juego.

Respecto de esta segunda cuestión, lógicamente el conflicto que se plantea entre el derecho a la investigación científica, surgido «a partir del tránsito a la modernidad» y muy conectado con el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, constitucionalmente consagrado en el artículo 20.1 b) de nuestra *Prima Lex* y otros valores individuales o colectivos, no puede resolverse mediante una radical prohibición de investigar, sino, como apunta Barbero Santos⁴¹, mediante su «razonable limitación», pues el hecho de que exista «una amplia

e importante serie de bienes jurídicos protegibles, hipotéticamente amenazados por determinadas técnicas de genética humana (impresión que muchas veces responde a la realidad pero otras más bien a un juicio apriorístico y precipitado) no debe suponer acudir de inmediato a la construcción de prohibiciones»⁴². No se trata en absoluto, como afirma Aparisi Miralles⁴³, de negar el derecho fundamental, «pero sí de ponderar los intereses en juego, constatar la existencia de un conflicto de derechos y la necesidad de jerarquizarlos». La actuación del ordenamiento jurídico debe de producirse desde la idea de que el temor irracional ante el progreso tecnológico es propio de épocas pasadas y que el derecho a la creación científica tiene en nuestro ordenamiento constitucional carácter de fundamental, que sólo tolera límites cuando se pongan en peligro o se lesionen intereses y bienes jurídicos especialmente relevantes, sin que a tal fin baste «la articulación de un cierto malestar moral o de un débil sentimiento de temor frente a una nueva tecnología»⁴⁴.

El citado precepto constitucional reconoce y protege el derecho a la producción y creación científica, pero su apartado 4 mantiene que esas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I, entre los que

41 Op.cit, pág xv.

42 Peris Riera, *Orden biológico versus orden jurídico. El Derecho ante el Tercer Milenio*. Instituto de Derecho y Ética Industrial.1997, página 92.

43 *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*. Editorial Tirant lo Blach.1997, página 90.

44 Eser Albin, op. cit, página 1142

se encuentran la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10) y el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15). La actividad científica en su desarrollo deberá respetar siempre esos derechos inviolables que son inherentes a la condición humana, y la legislación que se dicte como marco jurídico de esa actividad investigadora tendrá, por imperativo de su adecuación a los principios constitucionales como normas jurídicas de desarrollo, que acatar su contenido esencial. La ley que conculque este imperativo será tachada de inconstitucional por mor del artículo 161.1 a) de la Constitución.

Según la *communis opinio*⁴⁵, los límites infranqueables del quehacer científico se encuentran en el respeto más absoluto a la dignidad humana y al derecho a la vida, debiendo en todo momento entenderse a la persona como fin en si misma, evitando que ésta pueda ser contemplada bajo el deshumanizado prisma cientifista. La libertad de investigación para Esser⁴⁶ encuentra sus límites donde un

procedimiento médico o científico de lugar a infracciones previstas en Derecho civil o penal, entrando por ello en conflicto con la protección de un bien garantizado constitucionalmente, manteniendo Barbero Santos ese límite en el ser del hombre, su desarrollo, su entorno inmediato⁴⁷. No falta quienes atienden a la finalidad de la actividad científica; la que enfrenta el proyecto terapéutico frente al no terapéutico, entendiendo ética y legal la manipulación génica con miras terapéuticas, no sólo sobre las células somáticas, sino aun sobre las células germinales, mientras que la finalidad no terapéutica no puede sostenerse desde punto de vista alguno sólido, ya sea ético o legal⁴⁸. Opiniones todas ellas, en suma, dirigidas a introducir en la nueva realidad científica biomédica los principios éticos que conducen a la humanización de la ciencia, orientándola hacia el respeto de la dignidad del hombre. En definitiva, el principio más importante que debe orientar y limitar la investigación científica debe ser el de la inviolabilidad de la dignidad humana.

El problema radica, sin embargo, en concretar cómo debe intervenir el ordenamiento jurídico, con qué efectos y sobre qué aspectos. Sabido es que en muchas de las actividades que se desarrollan en el ámbito de la moderna biotecnología están

45 Así por todos, Carlos Banchio y Moisset de Espanes: «la intervención del legislador, dentro del régimen de libertad, indiscutiblemente sostenido como el más favorable al progreso de la investigación científica, deberá inspirarse sobre los principios fundamentales de la naturaleza del hombre que conducen a la debida tuición de la dignidad de la persona que, como fin en si misma, resulta insusceptible de recibir tratamiento como objeto de investigación científica». «La Libertad del Hombre y Genoma» en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Volumen I. Fundación BBV. 1994, pág. 235.

46 «La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética». *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Edición de Marino Barbero Santos. 1989, pág. 274.

47 «Fecundación asistida e ingeniería genética». *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Edición de Marino Barbero Santos. 1989, página 320.

48 Leenen, J, citado por Mucio Aguado. *Biología, Progreso y Ley. Ingeniería genética y reproducción asistida*. Edición de Marino Barbero Santos. 1989, página 13.

directa o indirectamente implicados valores y derechos esenciales de la persona, como la dignidad, la vida, la integridad física, la intimidad personal. Entre éstos y el derecho a la producción y creación científica se plantea el conflicto cuya solución debe abordar el ordenamiento jurídico desde una doble perspectiva. De un lado, desde su conocida flexibilidad y demostrada capacidad de adaptación a la hora de regular los comportamientos humanos que le permiten incidir en la realidad de forma escalonada con diversos niveles de intensidad y que le hacen especialmente idóneo en el ámbito de aquellas actividades relacionadas con la Biotecnología y las Ciencias Biomédicas en general, al permitir actuar con la mayor libertad de investigación posible y prevenir al mismo tiempo de forma eficaz comportamientos desviados no deseados socialmente⁴⁹. El «arte de la diferenciación»⁵⁰ propio de la Ciencia del Derecho y desarrollado en los dos últimos milenios por los incesantes cambios de perspectiva ante la aparición de nuevos fenómenos que la vida en común y las diversas concepciones del mundo han ido produciendo, «a modo de un incesante y permanente desafío»⁵¹, ha nutrido al ordenamiento jurídico de

«un instrumental completamente capaz de diferenciar las situaciones y afrontar los diversos peligros con regulaciones también de distinto nivel»⁵². Ciertamente la intervención del Derecho mediante el dictado de las oportunas normas jurídicas no es la única vía de solución para abordar el tratamiento eficaz de los problemas que pueden plantear las nuevas biotecnologías. Así, no es infrecuente apelar a la ética profesional como recurso para resolver los conflictos que pudieran producirse en esta materia entre los intereses y valores en juego. Se trataría del uso por los técnicos y científicos de «una sensibilidad ética, fundamentada en el conocimiento científico mismo —es cierto—, pero también en el sentido de trascendencia de la vida humana y en la relación del hombre con el hombre, del bien de todos los hombres»⁵³.

Sin embargo, la insuficiencia, antes apuntada, de la instancia moral, ante la comprobación de que «la historia de diversos fracasos humanos ha estado

49 Romeo Casabona, «Límites penales de la manipulación genética». *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Volumen III. Fundación BBV, página 177. 1994.

50 Eser Albin, «¿Genética, gen-ética, Derecho genético? Reflexiones político jurídicas sobre la actuación en la herencia humana». *La Ley*, 1986, núm. 1, página 1142.

51 Villar Palasí, «Introducción jurídica». *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Volumen I. Fundación BBV, página 44. 1994.

52 Eser Albin, op. cit, página 1142.

53 Martín-Municio Aguado, «Biología, Progreso y Ley». *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Edición de Marino Barbero Santos, página 9. 1989. En esta línea M. Santos señala que «cualquier progreso es, en última instancia, progreso humano o no es progreso en absoluto. La idea de progreso conlleva la idea de mejora real del hombre considerado integralmente, lo contrario es nada más sino un paso atrás deshumanizante: antihumanismo tecnológico. El poder de la tecnología alcanza su dignidad máxima precisamente cuando, inspirado por el respeto por el hombre, llegue a transformarse en un instrumento de servicio para todos los hombres». Citado por Aparasi Millares, *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*. Editorial Tirant lo Blach. 1997, página 51.

relacionada con el fracaso de la ciencia y deontología profesionales»⁵⁴ determina que sólo puedan tener aquellos mecanismos de autocontrol deontológico, ya individual (ética personal), ya colectivo (comités de ética, normas deontológicas) «una función de complementariedad, pero nunca poseerán la efectividad suficiente como para sustituir al Derecho»⁵⁵. En cuanto a la fórmula de actuación de éste, es opinión generalizada entre los autores que la intervención del Estado mediante la imposición de seguridades administrativas y procedimentales puramente preventivas, con su catálogo de infracciones y sanciones, constituye el medio más idóneo de control de estas actividades, debiendo acudirse tan sólo a la amenaza de la pena como «ultima ratio» del sistema jurídico, reservándola para sancionar las conductas socialmente más graves y cuando se revelen ineficaces los demás medios de reacción con los que cuenta el ordenamiento jurídico conforme al principio de intervención mínima propio y esencial del Derecho Penal. Estos tres niveles de actuación escalonada antes referidos han sido acogidos por el ordenamiento jurídico español en las leyes que conforman nuestro actual Derecho genético, al contemplar importantes —quizás excesivas— competencias de control atribuidas a la Administración sobre las actividades que regulan y contener un catálogo de conductas prohibidas para el caso de cuya realización se prevé la imposición de sanciones administrativas.

54 Op.cit, página 96.

55 Aparasi Millares, Op. cit, página 60.

Finalmente, el proceso de criminalización de los comportamientos considerados más graves por el legislador relacionados con estas técnicas se inicia con el Anteproyecto de Código Penal de 1992 y culmina con la L.O. de 22 de noviembre de 1995 de nuevo Código Penal, que contiene «una serie de infracciones criminales respecto de las que hay en la doctrina nacional e internacional bastante coincidencia a la hora de defender las razones de su penalización»⁵⁶.

En segundo lugar, un juicio sobre la admisibilidad de la investigación y experimentación con embriones humanos dependerá igualmente, como dijimos más arriba, de la valoración que pueda tenerse a priori sobre el estatuto moral del embrión preimplantatorio. Quienes entiendan que el desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno en virtud del cual dos células germinales humanas, masculina y femenina, se unen y dan origen a un nuevo organismo, el cigoto, con una potencialidad propia y una autonomía genética, defenderán para ese nuevo ser la extensión de toda la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al derecho a la vida de la persona y al respeto de su dignidad, mostrándose contrarios a cualquier posibilidad de manipulación con fines de experimentación o investigación científica; por el contrario, quienes consideren que no existe propiamente vida humana antes de la anidación estimarán admisibles aquellas prácticas en los embriones que no se hayan desarrollado más allá de los catorce días

56 Peris Riera, op. cit, página 101.

después de la fecundación. Cabe, pues, como ya fue apuntado, o entender, desde una perspectiva esencialista, que existe vida humana desde el mismo momento de la concepción y que por ello el embrión debe ser objeto de protección jurídica a partir de ese instante y con la misma extensión que la dispensada al adulto, o por el contrario mantener, desde un punto de vista utilitarista y científicista, que el embrión es una mera realidad biológica y que las prácticas que puedan realizarse sobre esa realidad no afectan a ningún valor esencial. Un debate situado de esta manera entre la sacralización y la cosificación del embrión humano. Argumentaciones a favor de una u otra tesis podrán encontrarse seguramente con facilidad en el campo de la biología y ambas posiciones parecerán igualmente asumibles. Para quienes defienden que desde la fecundación existe un individuo de la especie humana habría cuatro características fundamentales que así lo justificarían: novedad biológica, unidad, continuidad y autonomía; quienes lo niegan sostienen que hasta los primeros 14 días es posible todavía la gemelación, las células son totipotenciales, no se ha formado todavía la línea primitiva, no se ha completado la anidación y son frecuentes los abortos espontáneos.

Ciertamente la Biología nos enseña que la individualización del nuevo ser no se produce antes de los 14 días siguientes a la fecundación coincidiendo con la aparición de la línea primitiva y el final de la anidación, pues hasta ese momento no se dan las propiedades de unicidad —calidad de ser único e irrepetible— y

de unidad —condición de ser solamente uno—, pudiendo en esta etapa del desarrollo embrionario formarse gemelos monocigóticos y quimeras humanas. Sin embargo, esto no significa que esa nueva realidad biológica surgida por la fusión de las células germinales masculina y femenina carezca de toda su potencialidad vital para convertirse en un ser humano adulto si se le deja completar todas las fases de su desarrollo, por lo que, como luego veremos, difícilmente puede sostenerse que esa vida en formación no sea un bien jurídico que por mandato constitucional deba ser protegido por el Estado con la consecuente obligación de abstenerse de dictar normas que lo obstaculicen o lo imposibiliten.

Lo que caracteriza el proceso biológico del desarrollo humano es su continuidad. Y una vez que la fertilización ocurre, ese proceso continúa de una a otra fase, sin que pueda afirmarse que algún estadio particular de ese desarrollo sea más importante que otro, aunque tales fases sean embriológicamente diferenciables, por lo que su valoración ética y su protección jurídica no deberían tampoco ser diferentes. El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 35/1985 hace referencia a la vida como un «proceso continuo», sometido a cambios cualitativos, que sin embargo para el Tribunal deben «influir en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital». El propio informe que acuñó el término preembrión, al que luego nos referiremos, para la justificación de la manipulación embrionaria antes de los 14 días siguientes a la fecundación, el Warnock Report, concluía en idénti-

cos términos sobre la continuidad del desarrollo embrionario⁵⁷. Y en el mismo sentido, en el considerando número 5 de la Recomendación número 1046/1986 de la Asamblea del Consejo de Europa antes citada se afirmó que «desde el momento de la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de un modo continuo y no es posible establecer distinciones entre las diversas fases de ese desarrollo».

Y es que tanto la Ley hoy en vigor reguladora de las técnicas de reproducción asistida como el Proyecto de Ley en tramitación destinado a sustituirla, apelan, para la justificación ética y legal de la admisibilidad de la investigación y experimentación embrionaria, de un lado, a la existencia en esta materia de unos valores morales mínimos supuestamente compartidos por toda la sociedad y que integrarían el concepto de la ética civil o cívica, y de otro lado, a un concepto biológico artificioso del embrión antes de su anidación en el útero de la mujer: el de preembrión o embrión preimplantatorio, sosteniendo que «el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión»⁵⁸.

57 «Una vez que se ha producido la fecundación, el proceso de desarrollo subsiguiente va evolucionando en sus distintas fases dentro de un orden sistemático y estructurado» (WR 11,6). «Una vez que el proceso se ha iniciado, no existe una parte concreta del mecanismo evolutivo que sea más importante que otra» (WR 11, 19).

58 Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre.

Respecto de lo primero, destacó la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas en su informe presentado al Congreso de los Diputados el día 10 de abril de 1986 la aparición, junto a los avances científicos y tecnológicos, de nuevos valores sociales y culturales que hacen necesario afrontar la realidad presente desde un talante ético actualizado, contrario a las valoraciones abstractas y a los principios preestablecidos, que permitiría establecer un mínimo consenso social con las menos tensiones posibles y representar el sentir de la mayoría. Haciéndose eco de esas ideas, el preámbulo de la Ley 35/1988 acoge los planteamientos de esa ética que califica de carácter civil o cívica, añadiendo que la aceptación o rechazo de las técnicas de reproducción asistida habrán de ser «argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad, una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, pueda ser asumida sin tensiones sociales y sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativa».

Encuentra así la Ley el sustrato moral de las disposiciones que contiene en una «ética de mínimos o ética de la justicia», que entiende «moralmente justo sólo lo

que satisface intereses universalizables», es decir, aquello que debe tener por justo «cualquier ser racional que no se deje llevar por sus intereses individuales o grupales»⁵⁹. Se trataría de una moral cívica que, como indica Adela Cortina⁶⁰, «no es una moral individual ni tampoco una moral religiosa, no depende de una determinada ideología política ni se deja reducir al derecho y, sin embargo, resulta imprescindible para construir una sociedad, cuando menos justa» y en la que la admisibilidad de la manipulación genética o de cualquier otra materia que exigiera un posicionamiento ético, como el aborto o al eutanasia, se justificaría moralmente en tanto en cuanto la mayoría de los integrantes de una sociedad lo estimara o no como aceptable.

Sin embargo, esta posición ética desde la que se argumenta olvida que «el sentir de la mayoría puede obedecer a situaciones coyunturales, de crisis e incluso patológicas, pues las sociedades atraviesan en ocasiones dificultades de diversa índole que pueden en cierto modo justificar que la normal moral se interprete con criterios propios de esa situación»⁶¹. Y no puede

ignorarse, en definitiva, que del hecho de que una sociedad considere que ciertas normas son justas no se infiere sin más su convicción ética, es decir, su coincidencia con los principios y reglas de la moral. Desde la óptica de esta ética civil cualquier postulado se traduciría en una norma moral sin mas requisito que el de ser consensuada por una mayoría. Por ello califica a nuestro juicio con acierto Lledo Yagüe⁶² a esta ética civil, en su relación con las investigaciones biotecnológicas, de utilitarista y cientificista, donde la razón humana es sustituida por una convicción moral asentada en los postulados del consenso o de las mayorías y donde «se desconoce tanto la dignidad humana como sus ontológicos derechos naturales, dando preeminencia al positivismo más absoluto al confundir que el objeto de la experimentación no es una materia o cosa, sino un sujeto al que hay que respetar el atributo de su incolumidad».

Pero es que, además, estudios de opinión ha demostrado que ese mínimo ético o moral compartido en las ideas de los españoles en relación con los principales dilemas que actualmente plantea la Biotecnología simplemente no existe. Así, la euroencuesta realizada por la Fundación BBVA en el marco del Estudio Europeo de Biotecnología entre octubre de 2002 y febrero de 2003 demostró, por lo que a nuestro país se refiere, la honda preocupación de la sociedad española por estos temas y, lo que es más importante, la existencia de opiniones encontradas y

59 *Ética*. Adela Cortina y Emilio Martínez. Editorial Akal.1998, página 117.

60 *Ética de la Sociedad Civil*, Editorial Anaya. 1995, pág.14. El contenido de esa ética civil, propia de las sociedades democráticas y pluralistas, vendría integrado por unos valores mínimos morales necesarios para establecer las bases dirigidas a conseguir un mundo más justo y humano. Tales mínimos se concretarían, según la autora citada, en el respeto a los derechos humanos; en los valores de libertad, igualdad y solidaridad y, por último, en una actitud dialógica.

61 Vila-Coro Barrachina, op. cit., página 303.

62 Op. Cit., página 18.

de la falta de ese consenso mayoritario que resulta absolutamente imprescindible a la hora de acometer la normativización de tan delicada materia. Así, en relación con el estatuto moral del embrión, un 30% de los encuestados estimaron que un embrión de unos pocos días es «un ser humano con la misma condición moral», mientras que un 22% opinaron que era un «conjunto de células sin condición moral». O, respecto del tema fundamental del comienzo de la existencia de vida humana, el 44% entendió que se producía por la «unión de un espermatozoide y un óvulo», el 12% «a los 15 días después de la concepción y el 21% «a los tres meses después». Respecto del uso de embriones para la investigación sobrantes de los tratamientos de fecundación artificial, un 35% se muestra partidario y un 21% en contra, y tratándose de embriones específicamente creados con fines de experimentación, el 29% se manifiesta en contra y el 25% a favor, registrándose igualmente valores medios respecto de la investigación con células troncales y su aplicación en la terapia celular de la Medicina regenerativa del futuro. Difícil justificación desde la ética civil encontrarían las normas contenidas en una legislación que como la examinada autoriza la investigación y experimentación embrionaria, con relación a lo que, según hemos visto en la encuesta traída a colación, existen en la ciudadanía opiniones muy dispares respecto de su admisibilidad desde el punto de vista ético. No resulta, así pues, compartida por una amplia mayoría de nuestra sociedad la justificación moral de lo que es autorizado por una norma jurídica.

Y en cuanto a la segunda argumentación para la manipulación embrionaria antes referida, tanto la Ley hoy vigente como el Proyecto de Ley en tramitación acuden a la frontera artificial de los 14 días, que tan poco eco ha tenido en la literatura científica⁶³, para regatear a ese nuevo ser el carácter vital y la condición humana que la Biología le reconoce, con el propósito de dejar vía libre y justificar ética y jurídicamente su destino a fines de investigación y experimentación.

La Exposición de Motivos de la Ley en vigor define al preembrión, —concepto que es incorporado por el Proyecto a su articulado (art.1.2º)— como «el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde cuando anida establemente en el interior del útero y aparece en él la línea primitiva». Sin embargo, desde el punto de vista biológico, este concepto, que fue acuñado por el Informe del Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas establecido por el Gobierno Británico de 26 de junio de 1984 y que fue igualmente utilizado en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas o Informe Palacios que precedió a nuestra legislación actualmente vigente, debe reputarse artificioso y desprovisto de todo contenido, por cuanto el embrión tanto gramatical como

63 Ver, en este sentido, el trabajo de M. Ferrer y L.M. Pastor «Génesis y uso del término pre-embrión en la literatura científica actual» en www.bioeticaweb.com.

científicamente es la «forma más joven de un ser» y antes de él sólo hay un óvulo y un espermatozoide cuya fusión y en ese preciso instante le originan, desencadenándose un proceso continuo de desarrollo, en el que no es posible cualitativamente diferenciar etapas de mayor importancia que otras. Es un concepto que, según la opinión de genetistas y embriólogos, no tiene fundamento científico. No debe olvidarse que el propio Warnock Report reconoció lo arbitrario de la frontera de las dos semanas, considerando precisa esa decisión «al objeto de apaciguar la inquietud pública» (WR 11,19)⁶⁴. Por ello, con toda razón, se ha podido sostener que el término preembrión es una palabra engañosa, un truco semántico, mediante el cual la ética secularista y la ideología científicista y materialista trata de expropiar al embrión no sólo de su condición humana sino también de su propia entidad biológica, ignorando de esta manera una parte importante de la realidad. En suma, se trataría de «una entelequia, un cambio de palabras para justificar un cambio de actitudes»⁶⁵.

De acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su célebre sentencia 53/1985 de 11 de abril, dictada con relación al recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983

mediante el que se impugnaba el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal de 1973 (despenalización del aborto), solamente los nacidos son titulares del derecho a la vida consagrado en el artículo 15 de la Constitución. Respecto del nasciturus se conceptúa en la citada sentencia como un bien jurídico que debe ser considerado merecedor de protección lo que implica según la citada resolución para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de la gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. La conceptuación por el Tribunal Constitucional de la vida como un proceso que comienza con la gestación impide, desde la óptica de esta doctrina estrictamente jurídica, que la vida del embrión preimplantatorio obtenido de un programa de fecundación in vitro, en un estadio anterior a la anidación en el útero de la mujer, pueda considerarse como un bien jurídico protegido por el artículo 15 de nuestra Carta Magna. Sin embargo, debe tenerse presente que el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 116/1999 de 17 de junio dictada con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley ordenadora de las técnicas de reproducción asistida justifica la constitucionalidad de las normas contenidas en la expresada Ley reguladoras de la investigación y experimentación en el hecho trascendental de que estas

64 Con una filosofía oportunista y claramente utilitarista concluye este Informe manteniendo que «si bien el embrión humano tiene derecho a un cierto grado de respeto éste no puede ser absoluto y puede quedar compensado por los beneficios derivados de la investigación» (WR 11, 15).

65 Vila-Coro Barrachina, op. cit., página 297.

actividades científicas se llevan a cabo con preembriones no viables o muertos (artículo 17 de la Ley), «abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados» (como puntualiza la citada sentencia), por lo que es evidente que serias dudas, desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana, plantearán las normas del Proyecto de Ley en tramitación que permiten ahora la investigación con embriones humanos viables, es decir, «capaces para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona en el fundamental sentido del artículo 10.1 de la Constitución» (STC 212/1996, a sensu contrario).

La elaboración de un concepto jurídico constitucional de la vida humana como el pergeñado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985 como «un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sucesivamente configuración humana y que termina en la muerte», fue sin duda pensado con relación a la procreación natural y precisa de una renovación desde los nuevos conocimientos científicos que permita abordar con un nuevo enfoque más cercano a la realidad los problemas que la moderna biotecnología plantea. La vida humana es un concepto biológico cuya existencia o inexistencia no puede hacerse depender de valoraciones jurídicas o sociales. En este sentido, apunta Yolanda Gómez Sánchez⁶⁶ a la «necesidad

de elaborar un nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana, ya que ni los tratados internacionales ni las constituciones han contemplado los problemas tal como ahora se están planteando. La interpretación clara sobre el alcance del derecho a la vida es difícilmente aplicable a los conflictos que se están suscitando en la actualidad», defendiendo su redefinición, que compartimos, De Verda y Beamonte⁶⁷ en los supuestos de procreación artificial «en el sentido de considerar que en tales casos la vida comienza en el momento de la concepción, ya que, desde entonces, existe un tertium existencialmente distinto de la madre, si bien no alojado en el seno de ésta», pues «antes de su implantación el embrión existe con individualidad propia, de modo que su transferencia al útero de la madre no marca el comienzo de su vida: no supone un tránsito del no ser al ser, sino una nueva etapa en el desarrollo de una vida ya iniciada»⁶⁸.

A mi juicio, la vida del embrión obtenido a través de las técnicas de fecunda-

67 «Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes Leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)». *La Ley* número 6161, página 11. 2005.

68 Lo que es confirmado desde el punto de vista biológico, pues las modernas investigaciones muestran que el ciclo vital de cada ser humano se inicia cuando los dos gametos se funden para originar una nueva célula: el cigoto o embrión unicelular, que comienza a operar como sistema único, como un ser ontológicamente unitario, iniciándose de manera inmediata desde el momento de la singamia una reacción cortical y la reorganización del nuevo genoma. En este sentido A. Serra, «La contribución de la biología al estatuto del embrión» en www.bioeticaweb.com

66 *El derecho a la reproducción humana*. Editorial Marcial Pons. 1994, pág. 36.

ción inducida antes de su implantación es también un bien jurídico constitucionalmente protegido, puesto que si la Constitución ampara en su artículo 15 la vida humana es evidente que debe hacerlo en todas sus fases de desarrollo, y desde su inicio y científicamente hay un amplio consenso de que ésta existe desde el mismo momento de la fecundación cuando de dos realidades distintas —el óvulo y el espermatozoide— surge una realidad nueva —el cigoto— con una potencialidad y una autonomía propia y cuyo desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético, lo que permite abrigar también «serias dudas sobre lo correcto del criterio de la anidación en el útero como inicio de la protección del embrión»⁶⁹. El propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985 sostenía que «si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede

desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma». Por todo lo expuesto, difícilmente podrá negarse a esa vida en formación su condición de bien jurídico que debe ser protegido, lo que obligará al Estado a abstenerse de obstaculizar su proceso de desarrollo en el sentido expuesto por la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada. Consecuencia de ello es que podrían estimarse contrarias a la Constitución las normas que así lo permitan, como lo son, a mi juicio, por lo antes dicho, las contenidas en el Proyecto de Ley que han sido analizadas y que permiten la utilización con fines de investigación de embriones preimplantatorios viables obtenidos in vitro. Y en los mismos términos la Disposición Final Primera de la Ley 45/2003 de 21 de noviembre⁷⁰.

Recibido 03-02-2006
Aceptado 03-03-2006

69 Pérez del Valle, «Finalidad terapéutica e investigación genética (a propósito de la consideración jurídica del embrión)». *Genética y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial*. 2004, página 181.

70 Pero la gran incógnita que se plantea es si todas las dudas que se han expuesto podrán llegar algún día a ser disipadas por el Tribunal Constitucional en una hipotética sentencia que resuelva un recurso de inconstitucionalidad contra esas disposiciones, a la vista de los requisitos de legitimación exigidos por el artículo 32 de la L.O. 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional para la interposición de dicho recurso, teniendo especialmente en cuenta que el grupo político hoy en la oposición ya inició con la citada reforma del año 2003 la permisibilidad en nuestro país de la investigación y experimentación genética con embriones humanos viables.

