Globethics Repository



Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica [Advisory Committee on Ethics in Scientific and Technological Research]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel
Publisher	Asociación Española de Bioética y Ética Médica
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-19 22:56:06
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/203986

Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica.
Informe presentado por el Profesor José Miguel Serrano Ruiz-Calderón sobre regulación de investigación con células troncales, clonación de embriones humanos y utilización de embriones congelados sobrantes de la Fivet en investigación en estas áreas específicas

El propósito de este informe es resolver algunas de las cuestiones planteadas en la consulta realizada por el comité Asesor de Ética de la Investigación Científica y Técnica, adscrito a la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología.

El trabajo pretende destacar los siguientes aspectos. En primer lugar la competencia e idoneidad del Comité Asesor de Ética de la Investigación Científica y Técnica para emitir informe sobre las tres cuestiones tratadas, considerando los bienes en cuestión y su trascendencia ética y jurídica, no limitándose a una recapitulación de posiciones expresadas por científicos prácticos.

En segundo lugar analizar la cuestión desde una perspectiva jurídico constitucional, considerando que las decisiones que se adopten tienen trascendencia en ese área, aunque el dictamen decisivo en ese aspecto corresponde a otros órganos administrativos.

Tercero explorar algunas de las consecuencias previsibles de adoptar en este momento una decisión en algunos de los temas relacionados arriba, que prefigurarían ulteriores decisiones. Una de las formas de aproximación a los posibles efectos de una decisión normativa que se han utilizado más es la teoría de la pendiente deslizante. Aunque en parte desacreditada por el excesivo uso que se ha hecho de la misma principalmente para oponerse a medidas nuevas, su uso es permanente en la argumentación jurídica, no sólo en cuestiones morales sino en medidas de seguridad, por ejemplo, en tráfico, legislación sanitaria e incluso medioambiental. No es nuestro propósito, sin embargo referirnos a este teoría. En efecto, no se trata, en este punto, de aplicar una teoría de pendiente deslizante desde la perspectiva moral sino de estudiar las consecuencias previsibles de determinadas posiciones, sobre todo en lo que se refiere a bienes constitucionalmente protegidos.

En efecto, si como por ejemplo, argumento Diego Gracia ante la Comisión del Senado de estudio sobre la Eutanasia la teoría de la pendiente deslizante tiene importancia en el análisis práctico jurídico, aún más lo tiene la evidencia de que la redefinición de un bien para posibilitar una determinada acción puede tener consecuencias necesarias sobre la valoración del bien en aspecto conexos.

Igualmente conviene resaltar que la autorización de una investigación en un área éticamente controvertida puede prefigurar la autorización de la práctica posteriormente sin que sea posible escindir autorización de la investigación de generalización de la práctica. Esto ocurre especialmente cuando la autorización de la investigación afecta directamente al mismo bien que podría protegerse con la

prohibición de la citada práctica. Si se autorizan un conjunto de investigaciones que supongan, por ejemplo clonar y destruir embriones, esto implica una subsiguiente autorización de una práctica cuyo principal problema jurídico o ético sea precisamente el realizar las citadas actividades. Una vez que se acepta que una práctica no plantea problemas éticos en fase investigadora, mucho menos lo tendrá si se consiguen resultados positivos desde un punto de vista utilitario. Obsérvese además que en prácticas como la clonación y destrucción subsiguiente de embriones humanos la investigación no va dirigida a dirimir efectos secundarios perniciosos de las prácticas, como ocurriría por ejemplo en aspectos relacionados con la congelación de óvulos o embriones, sino que la objeción ética, y jurídica se plantea desde la propia naturaleza de la actividad que se investiga. La clonación de investigación supone desde el inicio y por naturaleza tres actividades incompatibles con nuestra legislación. Primero fecundar óvulos con fines diversos a la procreación (este inconveniente se resolvería en fase investigadora usando embriones ya existentes pero sólo hasta una fase muy inicial del proyecto), segundo, realizar clonaciones, tercero, destruir embriones en procesos productivos de células.

El Gobierno, el legislador y los comités asesores en ética deben estar especialmente atentos a la cuestión de la relación entre intereses y valores en la biojurídica. En materias conexas con las que tratamos se ha apreciado que el juego entre interés de traducción económica inmediata y bienes o valores tiende a resolverse a favor de los primeros, especialmente cuando consideramos un bien que no es fácilmente reconducible a una derecho subjetivo reclamable inmediatamente por otro sujeto La única opción de protección que se abre en este contexto es la intervención pública. Si esta no se realiza de forma enérgica el bien en cuestión queda totalmente desfavorecido.

Esto es lo que ocurre con el bien jurídico vida humana cuando no es inmediatamente reconducible a un derecho subjetivo de una vida humana. Frente a las pretensiones de quienes tienen directo interés en ejercer, por ejemplo, sus libertades investigadoras o de acción económica, un determinado bien si se entiende que tiene valor constitucional tal como reconoce el texto de la CE, artículo 15 y la interpretación del mismo consagrada al menos desde STC 53/1985, requiere una firme intervención pública si se quieren cumplir las mismas condiciones reconocidas en la citada sentencia.

En este punto no es superfluo recordar que toda acción desvalorizadora del bien que se contemple será justificada desde la perspectiva del interés de quien actúe directamente sobre el. Esta actitud no tiene por que ser hipócrita sino que puede ser sincera. Es decir no tiene por que pretender directamente la desprotección del bien considerado. Ahora bien, es preciso señalar que a través de este encontrar buenas razones para bordear la protección constitucional esta puede quedar reducida a la nada en una sucesión de decisiones legislativas que autoricen prácticas concretas sustentadas en bue-

nas razones concretas. Algo así como lo que podría ocurrir con un bosque que lejos de protegerse en su conjunto en cuanto a su valor ecológico fuera cediendo parcialmente a la necesidad de madera, derecho a la vivienda de los vecinos, de transito mediante carreteras etc.

Competencia del comité

La idoneidad del Comité para informar sobre las cuestiones planteadas por su presidencia es indudable. Se trata de un órgano consultivo que a petición del Patronato o de su presidencia art 1 puede elaborar informes, dictámenes o recomendaciones sobre cuestiones éticas que suscite la investigación en cualquier ámbito de la actividad científica o técnica. Cuando la cuestión ética afecta a valores de la importancia del bien vida humana, la reflexión ética adquiere una indudable trascendencia jurídica, por lo que cabe entender que puede opinar sobre autorizaciones gubernamentales e incluso sobre la necesidad de que se planteen reformas legislativas, lo que el comité hace a la luz de su especificidad ética y científica, y por supuesto respetando la competencia legislativa que entre nosotros tiene la representación de los ciudadanos. Se trataría en este sentido de una acción prelegislativa que no interfiere con la decisión propiamente política sino que coadyuva a su determinación.

De las cuestiones que se han planteado la que podría presentar alguna dificultad se refiere a la disposición de los embriones crioconservados sobrantes de las técnicas de reproducción asistida. En efecto la Ley de Reproducción Asistida otorga un amplio papel a la Comisión Nacional de reproducción Asistida para controlar investigaciones, autorizarlas y dar recomendaciones en torno a estas prácticas. Por supuesto ello no obsta para que otro comité de su opinión en un caso específico relacionado con esas técnicas que se relacione con sus competencias, en este caso el Comité asesor de ética. Aunque desde la perspectiva de la funcionalidad administrativa deben evitarse las duplicidades, tratándose de asesoramientos que competen a diversas áreas es práctica administrativa inveterada la pluralidad de informes. En este sentido, Ciencia y Tecnología tiene mucho que decir sobre el punto tratado.

Es más la competencia de la Comisión de Reproducción Asistida se refiere fundamentalmente a las prácticas de reproducción, y la cuestión planteada de los embriones congelados se refiere a una práctica investigadora que excluye directamente la reproducción. Las investigaciones que se contemplan además tendrían como característica «ética» más relevante el prohibir precisamente la reproducción, sin que en ningún caso pudieran ser un camino hacia nuevas técnicas, como la clonación reproductiva que se excluyen «ab initio». Aunque los embriones se hayan creado in vitro en procesos de fecundación el uso que se discute es nuevo respecto a la Ley de Reproducción Asistida y es eminentemente investigador. La decisión de que hacer con los embriones sobrantes pasados los cinco años previstos por la Ley es administrativa y surge de una disfunción de la pro-

pia Ley que no previó soluciones concretas, excede la competencia específica de la Comisión que obviamente debe ser llamada a opinar pero que no puede pretender una exclusiva en materias relacionadas con los estatutos de los embriones y la investigación que los utiliza...

Además se plantea que los embriones puedan utilizarse en una serie de prácticas que están sometidas a dictamen del Comité por lo que de forma conexa debe manifestarse sobre el posible uso de los citados embriones.

Su competencia viene acompañada de la especial idoneidad del nuevo órgano consultivo. En efecto, la presencia de los embriones crea un conflicto de almacenamiento a las clínicas de reproducción asistida, ampliamente representadas por vía indirecta en la Comisión. En este punto y sin predeterminar la posición de nadie debe admitirse que existe un interés específico en el conjunto o en parte de la Comisión de dar un uso a los embriones que solucione el problema planteado, lo que plantearía dudas sobre su estricta neutralidad a la hora de valorar unas posibles aplicaciones técnicas en las que además no es especialmente experto. Esto no ocurre con el Comité Asesor de Ética que puede propiamente informar sobre las consecuencias éticas de una investigación en este área..

El bien vida humana desde la perspectiva constitucional

El bien vida humana se vincula directamente con el artículo 15 de la Constitución. Como el legislador a diferencia de otros con igual base constitucional en el Derecho comparado como el Alemán no ha tenido a bien elaborar una norma protectora de la vida humana prenatal, la definición del bien se ha realizado a través de una Jurisprudencia negativa del Tribunal Constitucional, es decir observando hasta que punto normas concretas controvertidas afectaban al bien en cuestión y definiendo los mínimos de protección que no se verían afectados por la legislación recurrida. Es notorio que esto no obsta para que el legislador se incline en el futuro por una acción de protección mayor como se da en el Derecho comparado en fecha posterior a nuestra legislación nacional. Tampoco impide que órganos asesores del Gobierno en materia de bioética e investigación realicen recomendaciones que tiendan a reforzar la protección del bien vida humana en la realización de prácticas no previstas explícitamente por legislación anterior por no ser propiamente previsibles.

Igualmente conviene destacar que una interpretación correcta del artículo 15 de la Constitución debe buscar una armonía entre el mismo y las sucesivas sentencias constitucionales. Como es notorio todas pretenden mantener la coherencia con la sentencia 53/1985 que fundamenta las siguientes posiciones.

1. No existe titularidad de derecho subjetivo a la vida propiamente dicho antes del nacimiento.

2. Esto no impide que en la vida prenatal no esté presente un bien vida humana que debe protegerse por el ordenamiento so pena de inconstitucionalidad.

3. Esto significa una doble obligación del Estado respecto al nasciturus, en ter-

minología del Tribunal tratando el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, de la vida prenatal diríamos de forma más precisa en estos momentos, primero la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de 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 garantía las normas penales.

Para la cuestión que tratamos en esta sentencia 53/1985 el bien jurídico vida debe protegerse entonces desde que hay vida humana, no necesariamente personal, con una protección que no se tan nímia que produzca de hecho una desprotección completa en la fase de vida prenatal. Desde la perspectiva de filósofos como Habermas que dan razones que pueden entenderse en la línea de la correcta de interpretación constitucional a partir de lo que denomina la ética de la especie (El futuro de la naturaleza humana, paidos, 2001), esto no puede implicar cosificar de forma productiva ninguna etapa de la vida humana, aunque desde su punto de vista esa etapa no sea personal. En las prácticas de tomar embriones fecundados expresamente para ese fin como elementos productores de células que en su momento serán destruidos esta cosificación se realiza. La cosificación se realiza cuando el preembrión es reducido a la condición de un elemento productivo y también cuando la propia técnica reproductiva, en este caso la clonación humana, tiene como objeto producir preembriones que en ningún caso se destinarán a la reproducción, justificación última de las técnicas de reproducción artificial. Observese que la clonación reproductiva plantea unos problemas relacionados con una práctica que se considera indigna de dar lugar a un ser humano, pero que una clonación humana no reproductiva plantea un problema diverso que consiste en utilizar unas técnicas que sólo se han justificado desde la perspectiva de la reproducción humana para producir embriones con uso meramente utilitario.

Recapitulando, existen técnicas que sólo se justifican en cuanto son reproductivas, dentro de ellas de decide que una no es admisible nisiquiera en este caso. Esto no puede suponer utilizar esta técnica, la clonación para producir embriones para utilizarlos en un modo que se prohibiría incluso para las técnicas generalmente admitidas. Esto desde el punto de vista que describimos tiene un efecto, un impacto negativo sobre la valoración de la vida humana en su conjunto. Pero esto es precisamente lo que protege el Tribunal Constitucional en su Sentencia «el bien vida humana».

Frente a este bien no pueden manejarse criterios de mera utilidad aunque sea provechosa desde una perspectiva de progreso de la Medicina. De aceptarse los criterios de utilidad el juego del artículo 15 en relación con la vida prenatal perdería toda virtualidad frente a lo indicado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia analizada. Por establecer una comparación sería probablemente provechoso crear «modelos humanos» en fase prenatal para la experimentación con

fármacos, y sin embargo esta práctica parece prohibida por nuestra legislación en protección del bien vida humana descrito.

El bien vida humana se protege por diversas razones no necesariamente explicitadas. Se define como un devenir desde la fecundación. El tribunal entiende que caben diversos niveles de protección pero para que la definición sea operativa es notorio que no puede haber ningún etapa absolutamente desprotegida de forma que sea utilizable en una fase de producción consumo, como sería convertir a organismos humanos con capacidad de desarrollo propio, por leyes internas de desarrollo como se tratará en su momento.

Se ha pretendido por muchos que la Sentencia 116/ 1999 supone una quiebra en esta línea de protección. Ahora bien, la propia Sentencia niega esta disonancia por lo que desde mi punto de vista, y salvando aspectos mejorables de la Ley de Reproducción Asistida, se debe realizar una lectura de 116/1999 que salve la coherencia de la interpretación constitucional, lo que por otra parte es lo esperable que realice el propio Tribunal en el caso de que se planteen futuro recursos ante resoluciones en éste área.

En este punto es indudable que el Tribunal entiende que la protección dada al preembrión no transferido es inferior al embrión implantado. El tema es discutible y a nuestro parecer no suficientemente justificado. La misma aceptación, aunque sin valor normativo de la diferenciación de la exposición de motivos entre preembriones y embriones como si fuese una distinción pacífica es inadecuada por la sencilla razón que la distinción es discutida y además las legislaciones de los países de nuestro entorno no aceptan esta posición que ha sido progresivamente abandonada en la terminología científica y por otra parte no ha sido aceptada en la legislación comparada.

Pero más importante es observar que el Tribunal no ha aceptado que la etapa de preembrión sea exenta de protección jurídica y que además las acciones tratadas en la Ley y consideradas que no tienen tacha de inconstitucionalidad se hacen en relación con la Reproducción Humana.

Así cabe deducir de los siguientes párrafos.

Respecto a la congelación de embriones se arguye «Como antes indicabamos de la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener el número suficiente de preembriones necesarios para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando, lo que desde otra perspectiva supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes. Así entendida la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los prembriones ya existentes, y evitar fecundaciones innecesarias.»

De donde se deduce que son preembriones utilizables para reproducción que

no pierden su status, y además que si la técnica no requiriese o desaconsejase la crioconservación, lo que a nuestro parecer ocurre ya hoy en día no sería precisa la congelación de embriones.

La norma del artículo 12.1 de la Ley de RA autoriza la intervención sobre embriones in vitro no transferidos. Lo importante es que esta sólo lo autoriza para la detección de enfermedades hereditarias para tratarlas o desaconsejar la transferencia por decisión de los progenitores pero esto no implica ni desproteger totalmente el denominado preembrión ni autorizar su uso meramente utilitario, pues como indica la STC que venimos citando «Por ello, han de considerarse como suficientes las garantías que en el propio precepto se adoptan: en primer lugar, que la enfermedad hereditaria detectada deberá ser tratada si ello es posible, y, en segundo lugar, el precepto sólo permite a los profesionales intervinientes desaconsejar su trasferencia, por lo que, en lo sustancial la decisión última recae en la madre receptora, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 12».

De esta forma puede concluirse que la investigación con preembriones viables solo puede realizarse con fines terapeúticos, diagnóstico o preventivos, excluyendose la experimentación.

Como es notorio, la discusión se ha centrado en dos conceptos. En primer lugar el sentido de terapeútico y el de viable.

En cuanto al primero el uso de terapeútico no puede remitirse a cualquier actividad de adquisición de conocimientos susceptibles de un uso terapeútico, tal como sucedería en la denominada clonación terapéutica pues ello significaría la libre práctica de cualquier investigación que en este área podría remitirse a la terapéutica, por lo que la protección sería efectivamente nula.

En cuanto a viable la sentencia citada aclara que «un adecuado entendimiento del mismo (precepto), atendido el contexto normativo en que se halla situado, permite alcanzar la conclusión de que los preembriones obtenidos por fecundación in vitro sólo pueden ser utilizados con fines científicos de experimentación si no son viables y siempre que, con base en los oportunos protocolos experimentales se acredite que el modelo animal no es apto».

Se deduce de este texto una limitación de la experimentación con embriones no viables y una prohibición con los viables. Aplicado a un embrión se concluye que estos son «los incapaces de desarrollarse para dar lugar a un ser humano». Ningún embrión tienen esta capacidad si se le retira de un medio propio de desarrollo, de esta forma se debe concluir que viable debe identificarse con capacidad de desarrollo en el medio adecuado y no puede depender la viabilidad de una decisión voluntarista de proporcionar o no ese medio, pues si se aceptase esta ídea todo preembrión o embrión sería no viable o viable a voluntad del investigador con lo que la limitación protectora que cita la Ley sería superflua. Por otra parte en vez del juego viable/no viable hubiese bastado con la prohibición de implantar embriones que hubiesen sido objeto de investigación. Por tan-

to la viabilidad sólo puede interpretarse a efectos ético-jurídicos como una condición intrínseca del embrión que posee o carece de ella no por una decisión sobre el destino con el que se le va a emplear sino por su capacidad de desarrollo en el medio adecuado. El que carece de esa posibilidad es inviable. Con inviabilidad debemos referirnos por tanto a una inviabilidad biológica y no funcional, pues esta última interpretación se haría en fraude de ley.

Embriones congelados y clonación terapéutica

Una de las cuestiones candentes de la bioética en estos momentos en el ámbito español es la del destino de los embriones congelados sobrantes de técnicas de reproducción asistida. Desde diversas instancias se presiona al Gobierno sobre la urgencia de buscar una solución al problema.

En este sentido conviene tener en cuenta que la gestión del tiempo de la polémica no pertenece al Gobierno sino a una serie de grupos que han mostrado gran capacidad de plantear todo el debate en torno a una supuesta posición retrograda del Gobierno. Incluso la composición corporativa de algún órgano asesor del Gobierno como la Comisión de Reproducción Asistida facilitó que ya en la anterior legislatura el debate se planteara con una supuesta ventaja de la posición científica de los «expertos» frente a la del Gobierno.

A efectos terminológicos esta ponencia sostiene que la distinción entre preembrión y embrión consagrada en la Ley de Reproducción Asistida no tiene base científica y no debería tener relevancia ética o legal en el sentido de crear una fase exenta de protección jurídica del valor vida que reconoce nuestro tribunal constitucional a la fase prenatal.

El punto 3 del artículo 11 de la ley de reproducción asistida prevee que los preembriones congelados sobrantes de las técnicas de reproducción asistida se conservarán durante cinco años en bancos autorizados.

El 4 indica que los preembriones que no procedan de donantes quedarán a disposición de los bancos en el plazo de dos años.

La comisión nacional de reproducción asistida ha recomendado que pasado el plazo de cinco años los embriones sean destruidos o en su caso se permita con ellos la investigación.

Un número de investigadores relevante ha recomendado que los embriones crioconservados sean utilizados en investigación para perfeccionar técnicas destinadas a crear clones humanos que puedan ser utilizados en el futuro como fuente de células troncales para terapia regenerativa. De hecho la fase actual del debate superada la relativa urgencia que se planteó hacia el año 1997 con buscar un fin a los embriones congelados está fuertemente relacionada con la clonación humana de investigación.

No se tienen datos exactos del número de embriones que se encuentran crioconservados, se calculan en unos treinta mil. La carencia de datos ciertos indica que el control no es nada esctricto.

Esto hace pensar que de hecho un número relativamente alto de embriones está siendo destruido, y que también se pueden estar utilizando en investigación humana.

Igualmente, y salvo que los expertos aquí presentes no indiquen otra cosa, parece que los diversos equipos investigadores no han encontrado dificultades en encontrar embriones para investigación, presumiblemente a través de la equivoca definición de lo que es un embrión o preembrión viable e inviable. Por otro lado, no se han presentado conflictos que sepamos entre usuarias de técnicas de reproducción asistida y las clínicas sobre los embriones congelados, parece que los usuarios una vez conseguido su objetivo, o fracasado un número de intentos, prefieren olvidarse de los embriones. Este dato es muy relevante a la hora de remitirse a las autorizaciones de los progenitores para futuras acciones sobre los embriones, a efectos prácticos parece que los usuarios de las técnicas son los primeros interesados en considerar los preembriones congelados como material sobrante de la práctica. Los conflictos en el derecho comparado se han presentado entre padres en fase de separación y ante discrepancias sobre si se deben destruir los embriones, conservarlos o incluso implantarlos sin el consentimiento de uno de los progenitores, más que por debates con las clínicas.

Por todo ello se puede deducir que no puede suponerse que la protección del valor vida presente.en las fases iniciales de la vida humana y que es obligación pública según nuestra legislación tenga necesariamente la colaboración de las usuarias de las técnicas ni de las clínicas que se dedican a esta práctica médica.

En conclusión, y atendiendo a la genealogía del conflicto, parece notorio que en su primera fase surgió por el interés de buscar una salida a una laguna axiológica que la Ley de Reproducción Asistida.contenía. Laguna que era intencional como veremos. En efecto la aparición de los embriones congelados surge por una deficiencia técnica de la propia práctica de la Reproducción asistida y por el interés del legislador escasamente sensible entonces al valor de la vida prenatal en facilitar fundamentalmente el objetivo reproductivo aún a costa de crear este conflicto. Como es notorio el derecho comparado, especialmente Alemán y el nuevo derecho italiano ofrece ejemplos suficientes de una opción distinta en países de nuestro entorno, con constituciones que inspiraron en gran medida la nuestra, y con similar o superior nivel de desarrollo tecnológico.

La primera opción que se manejó, la destrucción pura y simple, constituye un ejemplo del intento de negar la existencia del problema. Ligada a esta surgió la segunda. Pretendía maquillar el efecto del enorme despilfarro de vidas humanas en fase prenatal que se planteaba mediante una nueva opción utilitarista, que se añadía la anterior utilitarismo de producir embriones supernumerarios por si eran necesarios para el desarrollo de cada caso concreto de fecundación asistida. Se trata de aprovechar los embriones para investigación. Considerando el grado de

desarrollo de las técnicas y el tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley en la que en teoría no se ha utilizado esta opción es indudable que esa investigación no es imprescindible para el desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida. Si sería útil para disfrazar el error cometido, incidir en la práctica de desvalorización de la vida prenatal y buscar nuevas utilidades en la investigación.

La cuestión de la clonación de investigación

Es indudable a estas alturas de la polémica que el destino de los embriones congelados sobrantes se ha vinculado con el de la clonación de investigación también denominada terapéutica. Esta práctica tiene constituye una auténtica clonación humana y por lo tanto entra en conflicto con dos normas de nuestro código penal. Primero la que sanciona la clonación humana y segundo la que sanciona la fecundación de embriones humanos con fin diverso a la reproducción. El sofisma de que en la clonación no hay fecundación no evita el conflicto desde nuestro punto de vista.

La posible utilización terapéutica de la clonación supone un proceso futuro de creación de embriones humanos, diversos de los congelados para obtener células troncales embrionarias para medicina regenerativa mediante la destrucción de los embriones.

Respecto a este hecho conviene hacer dos matizaciones. En primer lugar no hay garantías terapéuticas inmediatas que justifiquen la apertura de un proceso de desvalorización de la vida prenatal de esta magnitud. En segundo lugar se investiga con notables avances en la utilización de células troncales procedentes de diversos tejidos de adultos lo que evitaría tener que recurrir a la producción y destrucción masiva de embriones.

No se puede ignorar que en estos momentos se ha producido una notable impacto en la opinión pública por parte de los cientifistas mediante la creación de un lobby de interés en determinados grupos de enfermos a los que se les ha convencido, por quienes personalmente han emprendido la vía de la utilización de células embrionarias de que su trabajo es la principal opción de curación de sus enfermedades. Esta situación puede tener un peso político creciente en el futuro.

Lo que es indudable es que una aprobación de la investigación con los embriones congelados, aunque se determinase que un número elevado de los mismos no son viables prejuzgaría la decisión sobre el desarrollo de las técnicas de clonación denominada terapéutica.

Sostenemos que nuestra legislación no sólo prohíbe sino que sanciona en el código penal toda clonación. En efecto, nuestra legislación fue la primera en sancionar la clonación como infracción administrativa en la Ley 35/1988 art 20,b, letras k y l. Y posteriormente en el Código Penal de 1995 art 161.2.

La técnica ha sido en extremo deficiente de forma que, a falta de resoluciones judiciales que aclaren en lo posible el texto, la discusión doctrinal sobre lo efec-

tivamente sancionado es continúa. Ahora bien es en extremo inadecuado que una interpretación exacta del texto proceda de una resolución administrativa sobre autorización de algún tipo de experimento, máxime cuando nos encontramos ante una ley orgánica. Por ello, y los razonamientos que siguen, sostenemos que en nuestra legislación está sancionada toda clonación.humana. Esto es lo que además ha sostenido el Gobierno de España en foros internacionales respecto a la situación de la legislación española. Fundamentalmente esto ha sido lo públicamente expuesto por la Delegación gubernamental española en el grupo de trabajo de la sexta comisión de naciones unidas. Es más esta ha sido la razón aducida de forma muy protagonista para no aprobar la firma de una convención internacional que prohibiese tan sólo la prohibición de la clonación reproductiva. Si después de la frustración momentánea de la firma de la Convención,el mismo gobierno aprobase el comienzo de investigaciones dirigidas a la clonación de investigación (también llamada terapeutica) la única interpretación internacional posible de la actitud de España sería que ha obstaculizado la firma de la convención para mantener abierta la posibilidad de la clonación reproductiva en el nivel internacional.

Un cierto número de penalistas han propiciado una interpretación restrictiva del artículo 161.2, de forma que nos encontraríamos ante un solo tipo que sanciona la clonación en cuanto uno de los medios destinados a la selección de la raza. Si el fin fuera distinto no habría sanción. Esta es la opción francesa en la ley nº 94-653, de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano que indica que: nadie podrá vulnerar la integridad de la especie humana. Se prohíbe toda práctica eugenésica dirigida a la organización de la selección de personas.» Art. 16-4.

Una interpretación más amplia indica dos tipos alternativos. Se castiga la creación de seres humanos por clonación y por cualquier otro medio que implique la selección de la raza.

En el informe al Comite de Expertos sobre bioética y clonación, autores como Romeo Casabona aceptaban esta interpretación en base a los siguientes argumentos:

1. Se utiliza el verbo castigar en plural. Luego se refiere a dos conductas.

2. Se omite la segunda proposición por delante de otros procedimientos, lo que permitiría establecer mejor una unidad descriptiva de la acción.

3. La disposición final tercera del propio Código Penal, que deroga varias infracciones administrativas recogidas en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, especialmente las contenidas en las letras k y l del art 20 b.2. Se entiende que no toda clonación tiene que ir dirigida a la selección de la raza y que la derogación se utiliza para integrar la conducta en el tipo penal.

La Comisión Nacional de Reproducción Asistida, ha entendido que el código sancionaba la clonación reproductiva, en todo caso. «Las consideraciones precedentes permiten concluir que, a juicio

de la comisión, los términos de la prohibición de la clonación en vigor si cubren dicha prohibición. Y, que, en este sentido, se da cumplimiento al compromiso de prohibición de estas técnicas con la extensión que se ha expuesto anteriormente, al que España se encuentra vinculada con la firma del Protocolo Adicional de Bioética que se ha mencionado antes (el cual, por su parte, se refiere exclusivamente ala clonación reproductiva, lo mismo que el Código Penal español, puesto que unos y otros hablan siempre de la obtención o creación de seres humanos idénticos)».

Esta última interpretación es evidentemente discutible y conviene referirse a ella. Lo primero que habría que señalar es que una cosa es la interpretación reductiva que debe hacerse de un tipo penal a la hora de sancionar una conducta concreta, y otra el sentido de dicha prohibición a la luz de la protección constitucional del bien vida humana a los efectos de producir una autorización administrativa para investigar en un sentido. Desde la perspectiva que sostenemos la clonación de investigación no debería autorizarse por coherencia del principio constitucional aunque no haya evidencia de que con la actual regulación penal se produciría una sentencia condenatoria.

Peor es que además la lectura que realiza la comisión es muy dudosa. Interpretar que al hablar de clonación el término obtención de un ser humano quiere decir llevar un embarazo a término es muy dudoso y contrario al uso ordinario del lenguaje. El primer equivoco surge con ser humano. Parece deducirse que en este caso y solo para este argumento concreto se iguala por la comisión ser humano con persona humana. La cuestión parece oportunista. Muchos querríamos una declaración similar por parte de instancias oficiales según la cual ser de la especie humana significa ser humano con plenos derechos es decir persona humana pero esa no parece ser la actual tendencia.

Por otro lado llevar embarazos a término, esto es, clonación reproductiva no se denomina obtener. Más bien parece que lo que se obtiene al realizar una sustitución del núcleo de un ovulo es un embrión, en la peculiar terminología de nuestra legislación preembrión. Esto si que se obtiene y si parece ser lo que se puede prohibir. El término obtener hace referencia muy inmediata a lo logrado en laboratorio. En cuanto al término crear es tan inadecuado para describir las conductas que estamos analizando que puede significar cualquier cosa, por mucho que la comisión se empeñe en que sólo puede significar una. En efecto, ningún biólogo admitiría que con los procesos que estudiamos estemos creando nada, con lo que la creación de seres humanos por clonación, puestos a seguir el aparente rigorismo de la comisión sería una conducta imposible de realizar y de sancionar. Una interpretación razonable es que las prohibiciones se refieren a clonaciones humanas, es decir a obtener o crear embriones, que en un sentido son seres humanos aunque carezcan de la plena protección jurídica de las personas humanas.

El fin de la fecundación

El intento de evadir el sentido propio de las normas que se aprecia en buena parte del discurso acerca de estas actividades se expresa en el intento de superar la prohibición de crear embriones con fines distintos a la reproducción. En sentido estricto la clonación terapeútica sería el paradigma de una actividad de este tipo. Ya no hablamos de fases de desarrollo pues precisamente la exclusión de la reproducción muestra que lo que se protege no es el futuro niño nacido sino la vida prenatal por si misma en atención a su valor propio.

Es sorprendente que se afirme unánimemente y con contundencia la prohibición de una actividad aún no prevista y en cuanto surge la primera utilidad se produzca una relectura del calibre que estamos contemplando. ¿Que sentido tiene que el legislador prohíba la fecundación que en general se admite y tolere la clonación que no se admitía en ningún caso? ¿Acaso el clon recién clonado es diferente en algún sentido salvo en el método de obtención del embrión recién fecundado? Se trata de un caso claro de sofística dirigido a interpretar que lo que uno quiere hacer porque en este momento es útil estaba autorizado ab initio por el legislador.

Obsérvese en consecuencia que la clonación de investigación requiere reinterpretar de manera forzada dos normas. La primera es que cuando el legislador dice clonación no se refiere a clonación sino sólo a un tipo de clonación distinguible de otra por una diferenciación teórica producida tres años después de la publicación de la norma. Segundo que cuando se dice fecundar con fines distintos a la reproducción no se refiere a clonar con fines distintos a la reproducción.

Es preciso llamar la atención sobre un hecho vinculado a todas y cada una de las relecturas que se proponen. Estas se realizan siempre en un sentido único, en una dirección predeterminada consistente en disminuir la protección de la vida prenatal a medida que una nueva utilidad aconseja intervenir en un punto determinado. No se trata por ello de pruritos de perfección técnica o tendencias garantistas o búsquedas de seguridades jurídicas sino de vaciar de contenido la protección jurídica de la vida prenatal. Más que una adaptación a la ética de los tiempos parece una notable deslealtad constitucional que debilita una posición por causas cada vez más futiles.

Razones de una prohibición

No parece adecuado al propósito de este informe fundamentar la prohibición de la clonación de investigación directamente en el estatuto ontológico del embrión. Probablemente voces más autorizadas que la mía pueden desarrollar este trabajo. Por otra parte manifiesto mi escepticismo sobre la posibilidad de una acuerdo siquiera parcial en el seno de una comisión de bioética acerca de este controvertido asunto. Si me parece necesario fundamentar dos objeciones que me parecen relevantes desde el punto de vista jurídico.

La primera hace referencia a las razones aducidas públicamente por la representación internacional del Gobierno de España sobre el riesgo de la autorización implícita de una práctica masiva de clonaciones. El efecto indudablemente es la existencia de una gran número de clones disponibles para un conjunto de actividades, incluida la reproducción. Trivializada la clonación no existen garantías de que parte importante de la actividad no se diriga a conseguir nacimientos de clones en el futuro. Desarrollada masivamente la técnica la garantía frente a la clonación reproductiva se debilita de forma decisiva. Ahora bien, parece que el legislador y la propia comunidad internacional han mostrado un interés notable en impedir la clonación reproductiva que se considera un mal de consecuencias muy graves, hasta el extremo de buscarse su prohibición universal. Este interés se hace relevante incluso en la clonación de investigación en cuanto serviría para desarrollar técnicas directamente utilizables en el sentido que se quiere excluir radicalmente.

Ligada a esta razón de prudencia investigadora se encuentra otra. El esfuerzo investigador en el área del uso de células troncales embrionarias ofrece no sólo dudas éticas sino también directamente técnicas. Éstas en el calor de la polémica se estas oscureciendo y no son objeto de un debate suficientemente riguroso. Pero es más se aprecia un cierto interés en mostrar los trabajos en el área de las células troncales adultas como una especie de alternativa menor o subsidiaria cuando es precisamente en ese área donde se está produciendo los avances más relevantes en la aplicación humana. Impulsar una línea que no presenta dudas éticas ni constitucionales y ha logrado éxitos notables en nuestro país, no parece una decisión pusilánime sino la más indicada en las actuales circunstancias.

La razón principal para no autorizar las prácticas de clonación de reproducción es sin embargo otra y esta ligada muy estrictamente a la vinculación entre la vida prenatal y la misma vida humana.

Esta vinculación ha sido establecida de dos formas. Una que podíamos denominar fuerte y otra débil. Lo significativo es que ambas dan buenas razones para prohibir la clonación de investigación.

En cuanto a la vinculación fuerte se establece partiendo de la base biológica de la personalidad humana, y considerando que la única forma de estar del ser humano es la personal. Querria decirse entonces que todo ser vivo humano individualizado sería una persona y según una corriente muy poderosa en el mundo biológico, que no necesariamente saca la anterior deduccción, la vida de cada sujeto humano se inicia con la fecundación del ovulo por el espermatozoide. Esta postura no está unánimemente admitida pero tiene una notable presencia social y debe ser explorada. El legislador consciente no puede sin más dejar de lado la posibilidad de que quienes afirman la personalidad del embrión tengan razón. Máxime cuando su postura no es en absoluto supersticiosa sino que está basada en una abundante documentación científica.

La postura débil sostiene en línea con nuestra interpretación constitucional que la vida prenatal no es personal en sentido estricto pero que tiene un valor. Este valor se refiere por un lado a los condicionamientos de la futura vida humana en base a decisiones o intervenciones que se toman en la vida prenatal como es el caso de la eugenesia positiva, con selección de carácteres por los padres o de decisiones del tipo de la maternidad subrogada, también prohibida por nuestro ordenamiento.

Pero el valor no se refiere sólo al caso concreto de la actuación en fase prenatal sobre sujetos luego nacidos sino que se puede referir también a intervenciones sobre sujetos que no van a nacer. Esto es en primer lugar lo que significa nuestra legislación sobre el aborto y es lo que está en juego en la clonación terapeútica.

En efecto, la reducción de vidas humanas prenatales a la condición de productores de células supone la reducción de lo humano, del bien vida humana, a un elemento utilitario, meramente consumido en una actividad semifarmacológica. Las razones para proteger el bien vida humana prenatal son precisamente evitar esto, conscientes de que esta actitud significaría reducir el nivel de dignidad humana que es la base de la igualdad jurídica fundamento de nuestro sistema constitucional.

Por todo ello la decisión que se plantea tiene una importancia constitucional que no se ha ocultado a autores de la importancia de Jurgen Habermas, Leon Kass o el mismo presidente Rauss de la República Federal Alemana. Es el fundamento de la prohibición aprobada por la Camara de Representantes norteamericana o del Congreso de la República Italiana.