

LA DESPROTECCIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN HUMANO TRAS LA NUEVA LEY DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA LEY DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA*

THE JURIDICAL DESPROTECTION OF THE HUMAN EMBRYOS POST THE NEW LAW OF HUMAN ASSISTED REPRODUCTION AND THE LAW OF BIOMEDICAL INVESTIGATION

Eduardo Corral García

Universidad de Cádiz

Avda. de Arcos, s/n – Campus de Jerez

11405 Jerez de la Frontera. (Cádiz)

Telf. 956037032

eduardo.corral@uca.es

Resumen

El presente trabajo pretende analizar el estatuto jurídico del embrión humano de acuerdo con dos leyes recientes que contienen disposiciones que le afectan, cuales son la nueva Ley de técnicas de reproducción humana asistida –Ley 14/2006, de 26 de mayo (LRA)–, y la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica (LIB), en

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación SEJ-327 «Contratos y Derecho de familia», financiado por el Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación, y dirigido por la Dra. D^a M^a Paz Sánchez González, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz.

cuanto que se considera al embrión reproducido *in vitro* desprovisto de los caracteres que confieren la dignidad del ser humano, por lo que se permite no sólo investigar y experimentar con los preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción artificial, sino también clonar embriones con pretendidos fines terapéuticos, y, por último, realizar una selección embrionaria para que los que finalmente sean implantados puedan servir como donantes de material genético para curar enfermedades de otros hijos de la mujer que se somete a la fecundación *in Vitro*.

Palabras clave: embrión, células madre, clonación.

Abstract

This research try to analyse the juridical statute of the human embryos in accordance with two recent laws which contain ordese what affects him: the new Law of assisted reproduction technology –Law 14/2006, of 26 may (LRA)—, and the law of biomedical investigation –Law 14/2007, of 3 july (LIB)-, because the embryos *in vitro* is considered devoid of the quality what give the human dignity, why is allowed not only to research and to test with the remaining preembryos of assisted reproduction, but also to clone embryos with therapeutic purposes and to make a embryonic selection in order to cure other sons of the woman that recourse to fertilization *in vitro* through the donation of genetic material from the future baby.

Key words: embryo, stem cells, clonation.

1. Introducción

El auge de la industria biotecnológica ha colocado en el centro del debate social la relación entre Ciencia, Ética y Derecho; es decir, se vuelve a plantear una vez más si aquello que se *puede* hacer se *debe* hacer, y si, por tanto, se *debe permitir* hacer. Ese debate explica la creciente relación entre Bioética y Derecho, que se ha plasmado incluso en la aparición de una nueva rama jurídica, que sería el Bioderecho¹.

No estamos hablando de disquisiciones bizantinas. No. Al menos, en España. Las dos leyes aprobadas en la pasada legislatura sobre cuestiones biojurídicas, cuales son la nueva Ley de técnicas de reproducción humana asistida –Ley 14/2006, de 26 de mayo (LRA), y la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica (LIB), suponen la plataforma legal para que en nuestro país se pueda proceder con todos los parabienes a dos técnicas científicas discutidas y discutibles: la investigación con células madre embrionarias y la clonación terapéutica. En pocas palabras, la supresión del límite de tres embriones *in vitro* como máximo de embriones a implantar en el útero de la mujer que acude a las técnicas de reproducción artificial

1 Término acuñado por A. Ollero, para referirse a «una nueva rama jurídica caracterizada por su atención al respeto y protección de la vida humana, desde la concepción hasta su final» (*Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 19).

permite que vuelva a haber embriones sobrantes, considerados como *material para la investigación* en las poco menos que «milagrosas» células madre embrionarias, a la vez que, como vía alternativa para obtener dichas células, también puede acudirse a la transferencia nuclear, que, como veremos más adelante, es un burdo intento de ocultar que estamos ante una auténtica clonación, procedimiento científico cuya realización no está recomendada por las Naciones Unidas, amén de estar tipificada como delito en el Código penal español de 1995, pero que deja de estar sancionada administrativamente en la LRA.

El debate se plantea en un momento en el que, debido a la multiculturalización que afecta a la Ciencia en general y a las Ciencias de la vida en particular, se está planteando cómo llegar a la formulación de grandes principios anclados en la dignidad humana de toda persona, que nos sirvan, entre otras cosas, para saber qué cosas, pudiendo ser hechas, no deben ser hechas. O, como muy recientemente se ha propuesto, ¿puede existir una ética –y, por ende, una bioética– válida para toda la humanidad, por encima de los credos religiosos?² Eso serviría para des-

activar la acusación recurrente de que la religión entorpece el progreso científico...olvidándose aquellos que formulan tal afirmación de que la ciencia –al igual que la libertad humana– debe tener unos límites, y que la ética derivada de las grandes religiones puede ser un buen punto de partida para la formulación de esos principios bioéticos válidos en todo lugar y para todas las épocas³, comenzando por la nuestra.

2. El embrión humano: realidad científica, no creación jurídica

El primer escollo a superar es la discusión sobre la existencia de vida humana desde que, tanto por vías naturales como en el laboratorio, el óvulo femenino es fecundado por el espermatozoide masculino. De la respuesta a esa pregunta depende no sólo, como hace ya más 23 años tuvo que plantearse nuestro Tribunal Constitucional, la calificación ética y jurídica del aborto, sino la consideración del embrión como persona o como cosa, es decir, como un ser digno de protección o como materia susceptible de utilizarse

2 Ése ha sido el objetivo del Congreso *Culturales y racionalidad. Líneas de diálogo y convergencia en la sociedad pluralista*, celebrado en la Universidad de Navarra en noviembre de 2007, respondiendo a la petición formulada dos años antes por el entonces Cardenal J. Ratzinger de la búsqueda de soluciones para resolver «la dificultad de hallar en el mundo actual un común denominador de principios morales, compartidos por todos, los cuales, basados en la constitución misma del hombre y de la sociedad, puedan servir como criterios básicos para legislar sobre los problemas fundamentales que afectan a los derechos y deberes de todo hombre».

3 Ése es el reto que plantea J. M^a Simón Castellví, presidente de la Federación Internacional de Asociaciones Médicas Católicas (FIAMC), para quien «la inspiración que empuja a la ciencia, las metas que se perfija, los medios que escoge, etc., están fuera de la propia ciencia, por lo que es necesario establecer unos principios bioéticos universales para evitar que la ciencia se convierta en un instrumento de destrucción» (www.zenit.org/article-27563?l=spanish).

como un medio para investigar en el ámbito biomédico⁴.

Y esa respuesta corresponde a los científicos, no a los juristas. Son los especialistas en Biología molecular y en Embriología humana los que deben proporcionar los datos necesarios para saber si hay vida humana o no desde ese momento de la fecundación, para actuar luego en consecuencia. Aquí no hay prejuicios religiosos de ningún tipo; la investigación en este campo ha ido progresando por sí misma, sin buscar ningún resultado apriorístico.

En contra de lo que anuncio el conocido y polémico Informe *Warnock*, los últimos descubrimientos permiten afirmar que hay vida humana desde el comienzo del proceso de crecimiento molecular del cigoto. Ello no obsta para que ese ser humano sea totalmente dependiente de su madre hasta su nacimiento, pero estamos ante un proceso en el que no hay saltos cualitativos que permitan hablar de una gradualidad en la vida, que justificaría en última instancia una ley de plazos respecto al aborto, que parece puede

ser impulsada por el gobierno español próximamente.

Por tanto, no puede seguirse afirmando que la vida comienza aproximadamente en el día 14 después de la fecundación, momento en el cual suele implantarse el óvulo fecundado en el útero materno, y que automáticamente justifica el concepto de preembrión *in vitro* en cuanto embrión no implantado que debe ser congelado antes de llegar a esos 14 días de vida, así como la famosa afirmación del Tribunal Constitucional alemán de que la vida comienza a partir del día 14, recogida en la exposición de motivos de la LRA de 1988. La existencia de un ADN distinto al de los progenitores desde el primer instante, la predeterminación del tejido del que van a formar parte las distintas células resultantes del proceso de división celular del cigoto; el diálogo entre el embrión y su madre en forma de producción por parte de ésta de proteínas encaminadas a preparar el útero para que sea el mejor alojamiento posible para el óvulo una vez terminado su viaje por las trompas de Falopio⁵...son datos que muestran cómo hay un ser humano con vida propia y distinto, por tanto, de la persona de la madre que lo va a acoger en su seno durante nueve meses hasta que pueda vivir por sí sólo fuera del mismo⁶.

4 Así lo considera L. Eusebi, haciendo referencia a que ésta era la cuestión de fondo que se planteó en el referéndum fracasado sobre la reforma de la normativa reguladora de la reproducción asistida celebrado en Italia en el año 2005 («Problemas jurídicos de la fecundación humana extracorpórea: la normativa italiana», *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI-2006, p. 65), que pretendía derogar la prohibición de la investigación con células madre, la donación de semen y óvulos a personas ajenas a la pareja, la obligación a limitar a tres el número de embriones que se puedan fecundar, y la equiparación de los derechos del embrión con los de la persona nacida.

5 Para profundizar en el estado de la cuestión, puede acudir a López Moratalla, N./Iraburu Elizalde, M^a: *Los primeros quince días de una vida humana*, Eunsa, Pamplona, 2004.

6 El documento que recoge las conclusiones del Congreso Internacional «El embrión humano en la fase de la preimplantación», celebrado en Roma en marzo de 2006, señala algunos puntos esenciales

Ante estos datos científicos, ¿cómo se ha reaccionado en el mundo jurídico? Contrariamente a lo que se pregona en los medios de comunicación, de modo retrógrado. ¿Por qué? Muy sencillo: lo progresista sería admitir esos nuevos descubrimientos sobre los primeros 14 días de la vida humana y abandonar por desfasado e inadecuado el concepto de preembrión...pero no es así como ha actuado el legislador español; es más, ha pasado de incluir dicho concepto en el preámbulo de la LRA de 1988 a considerarlo parte del cuerpo normativo de la LIB⁷. Por desgracia, así actuó también el

del proceso embriológico, como son el hecho de que el momento que marca el inicio de un nuevo ser humano está constituido por la penetración del espermatozoide en el ovocito; la embriología proporciona la documentación de una *dirección definida en el desarrollo* embrionario; se constata la *autonomía del nuevo ser en el proceso de autoduplicación del material genético*; y se puede afirmar que el cigoto es un organismo monocelular que expresa coherentemente sus potencialidades de desarrollo a través de una continua integración, tanto morfológica como bioquímica, primero entre los diversos componentes internos y luego entre las células a las que da lugar progresivamente. Todo esto permite concluir que «no existe ninguna razón significativa que lleve a negar que el embrión es persona ya en esta fase preimplantatoria» (http://www.academiavita.org/espanol/Documenti/testo/embrio/vol_embra_spa.pdf).

7 La enmienda n° 187 presentada en el Congreso de los Diputados al proyecto de Ley por parte del Grupo Parlamentario de CIU propuso sustituir en todos los artículos donde apareciera la palabra «preembrión» o «preembriones» por «embrión» o «embriones», «ya que la utilización de este término no tiene otra finalidad que desproveer al embrión temprano de su característica biológica fundamental de ser humano vivo, dado que así se abre la posibilidad de manipularlo sin ninguna responsabilidad ética. Pues bien, la utilización de este término no es solamente una manipulación semántica, dirigida a

Tribunal Constitucional cuando tuvo que afrontar esta cuestión en dos ocasiones: la primera, en el año 1985, cuando tuvo que pronunciarse sobre la despenalización del aborto, estableciendo el estatuto jurídico del *nasciturus*; y la segunda, cuando tuvo que examinar la posible inconstitucionalidad de la LRA de 1988.

La puerta quedó abierta con la STC 1985\53, que se puede considerar más de veinte años después como el principio de la carrera para desproteger la vida del concebido no nacido. Efectivamente, el que se considere la vida del *nasciturus* como un bien jurídicamente protegido y no como un ser humano con la misma dignidad que el ya nacido es el hecho que da cobertura a la elección de la madre de poner fin a su vida –y no, como se dice eufemísticamente, interrupción voluntaria del embarazo–; en la reproducción asistida, el que el embrión *in vitro* tampoco sea considerado persona permite también a la mujer ejercer su «derecho a la maternidad», con independencia de que los embriones no implantados sean pos-

conseguir el objetivo anteriormente comentado, sino también un grave equívoco biológico». Con la misma finalidad fueron presentadas en el Senado la enmienda n° 36 del Grupo Parlamentario Catalán, que pretendía modificar tanto el artículo 1 como todos aquellos artículos donde aparecía la palabra preembrión o preembriones, sustituyéndolas por embrión o embriones, ya que son los términos científicamente empleados para referirse al estado preimplantacional; y la enmienda n° 20 del Grupo Parlamentario popular, que propuso esa misma sustitución terminológica, en cuanto que «el concepto de preembrión carece de base científica. El término adecuado para el embrión antes de la implantación, obtenido *in vitro* o *in vivo*, es el de embrión preimplantatorio».

teriormente crioconservados o no, sean donados con fines de investigación...o se determine el cese de su conservación, que no es otra cosa que una locución también eufemística para evitar hablar de su muerte.

Aquí está, por tanto, el nudo gordiano. Si hay vida humana desde la fecundación, y con la misma calidad o dignidad hasta la muerte del individuo, todas las demás consideraciones sobran. Si esa vida humana vale lo mismo que la de su madre, ésta no puede decidir su destino. Pero como no ha querido reconocerse la verdad científica, tanto el Tribunal Constitucional como el legislador han tenido que recurrir a la manipulación del lenguaje para permitir, en primer lugar, las prácticas abortivas, y en segundo lugar, las prácticas eugenésicas que utilizan a los embriones *in vitro* como instrumentos para fines más o menos loables, pero incompatibles con la dignidad de la persona humana, que siempre debe ser considerada como un fin y nunca como un medio⁸.

8 Para salir al paso de todo el proceso de deterioro del respeto al embrión humano, se han planteado recientemente dos iniciativas que pretenden salvaguardar toda vida humana. En el ámbito de nuestro país, un grupo de mujeres conocidas en la opinión pública se ha manifestado en contra del aborto, recordando que es un delito, frente a quienes reclaman que se configure como un derecho de toda mujer, decidir sobre el destino de la criatura que lleva en su seno (<http://www.mujeresanteelaborto.blogspot.com>). Y en el ámbito internacional, ha surgido un movimiento –encabezado por el director de *Il Foglio*, G. Ferrara– que pretende que en la Carta de los derechos humanos aprobada por las Naciones Unidas se reconozca el derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural. En esta línea se pronunciaron hace ya un par de años un grupo de intelectuales italianos –comandados por M. Pera-

La desconsideración del embrión como ser humano se refleja en la segunda decisión del Tribunal Constitucional español acerca del derecho a la vida regulado en el art. 15 de nuestra Constitución. En concreto, la sentencia 116/1999, de 7 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la LRA de 1988, afirmó que si «el art. 15 CE, en efecto, reconoce, como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los *nascituri* (STC 212/1996, fundamento jurídico 3º), es claro que la ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano, no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el art. 15 CE. Por consiguiente, la Ley 35/1988 no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida en el art. 81.1 CE»⁹, añadiéndose

que firmaron el conocido *Manifiesto per l'Occidente* (www.perloccidente.it), en el que reclaman el derecho a la vida como fundamento de la civilización occidental. En concreto, al referirse a la vida, afirman que «estamos llamados a sostener el derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural, a considerar al *nasciturus* como *alguno*, titular de derechos que deben ser respetados por los demás, y no como *una cosa*, fácilmente sacrificable para fines diversos», llamamiento recogido, como hemos visto, por el movimiento capitaneado por Ferrara.

9 M. Jiménez de Parga formuló un voto particular a la sentencia precisamente porque, en su opinión, la LRA regulaba materias incluidas, con carácter esencial y de modo directo, en el ámbito de la dignidad de la persona: «considero que, en este caso, el legislador debería haberse pronunciado con el apoyo de la mayoría absoluta del Congreso que la Constitución exige para la aprobación de

en el fundamento siguiente que «ni los preembriones no implantados ni los simples gametos son, a estos efectos, persona humana, por lo que el hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida o a la dignidad humana»¹⁰.

De hecho, tampoco serán leyes orgánicas ni la reforma de la LRA efectuada en 2003 ni la nueva LRA de 2006, que recoge por primera vez en nuestra legislación el concepto de preembrión, como eje alrededor del cual gira toda la norma: su art. 1.2 precisa que «a los efectos de esta ley se entiende por preembrión el embrión *in*

las Leyes Orgánicas (art. 81.2 CE). No cabe invocar aquí que la Ley Orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico «una petrificación abusiva a favor de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia de acuerdo basada en el juego de las mayorías, previniendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas» (STC 5/1981, fundamento jurídico 21). Uno de esos casos excepcionales es, a mi entender, lo relativo a la reproducción humana asistida, en torno a la cual se generan divisiones profundas, no políticas, sino morales y culturales: inseminación artificial, fecundación *in vitro*, con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos. La democracia de consenso, a la que alude esa misma STC 5/1981, era la oportuna y convenientemente reclamada».

10 Por último, en su fundamento nº 12 se advierte que «la protección del preembrión *in vitro* no es equiparable a la del embrión ya transferido al útero materno»; como vamos a ver, no es que no sea equiparable, es que la normativa posterior ha liquidado cualquier rasgo de protección del mal llamado preembrión.

vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde»¹¹.

3. La investigación con fines terapéuticos sobre embriones *in vitro* sobrantes

Por tanto, una vez que se determina que el embrión *producido* en un laboratorio no es un ser humano¹², «ancha es Castilla»: es tratado como un *objeto*, y no como un *sujeto* de derechos¹³; es primero

11 C. Nombela («Vida humana embrionaria», *ABC*, 5.VI.2006, http://www.abc.es/hemeroteca/historico-05-06-2006/abc/Opinion/vida-humana-embionaria_1421871055925.html), critica esta disposición legal en cuanto que «algunos planteamientos tienden a rebajar la consideración del embrión humano en estas etapas iniciales; uno ha sido denominar *preembrión* al embrión preimplantatorio de los primeros catorce días. La designación carece de cualquier base científica, no obstante lo cual se ha introducido profusamente en nuestra legislación».

12 Para profundizar en las implicaciones jurídicas de esta afirmación, puede acudirse al capítulo dedicado por A. Ollero en su libro ya citado *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, al estatuto jurídico del embrión humano, donde se plantea tres cuestiones fundamentales: ¿cuándo comienza la vida humana? ¿existen seres humanos que no son personas? Y ¿qué protección merece, en cualquier caso, toda vida humana? (pp. 25-74).

13 «La implantación diferida en el tiempo se ha hecho posible por las técnicas de cultivo y crioconservación a largo plazo de los embriones preimplantatorios; con ello se percibe muy diluida la responsabilidad natural de los padres con el embrión y se da una progresiva despersonalización en la relación paternidad-filiación. Cada hombre no obtiene su derecho a existir de la común acogida de sus progenitores, de la aceptación de una mujer, o de una determinación legal, sino de su condición de ser humano. Una anidación o un embarazo diferido –incluso hasta la conversión en sobrante– turba y trastoca aún más la transmisión de la vida hasta

cosificado y después mercantilizado¹⁴. De ahí que, cuando la LRA 2006 aborda los posibles destinos de los embriones sobrantes criopreservados, los tres primeros lo consideran como una cosa que se puede utilizar o donar, y el cuarto despacha la polémica que durante tantos años ha presidido los debates acerca de qué hacer con los embriones conservados y «no utilizados», y que motivó la reforma de 2003: *el cese de su conservación sin otra utilización...lo cual no es otra cosa que permitir su muerte*. Éste es el precio

que estamos pagando por la consagración legal de un derecho inexistente en la naturaleza, cual es el reproductivo: el de una mujer a tener un hijo incluso sin relación de pareja alguna, *ser madre a toda costa*¹⁵...que contrasta brutalmente con el pretendido derecho a abortar...aunque en el fondo no dejan de ser manifestaciones de la pérdida del respeto a la naturaleza humana como fundamento del Derecho y de su sustitución por la mera voluntad, o sea, por el deseo e incluso por el capricho, susceptible de ser manipulado por las clínicas reproductoras y abortivas¹⁶.

el punto de llegar a considerar al hijo como una propiedad disponible. Disponible y abandonable» (López Moratalla, N.: «La discusión bioética sobre la reproducción humana asistida: aspectos biológicos», *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XI-2006, p. 27).

14 Ya una resolución del Parlamento europeo sobre la fecundación artificial de 16 de marzo de 1989 (DOCE de 17 de abril de 1989, n° 96, p. 172) advertía que «si bien dichas técnicas (de procreación artificial) permiten, por un lado, dar una respuesta posible al legítimo deseo de tener hijos, por otro plantean graves problemas en cuanto al riesgo de comercialización de la mujer y de los gametos masculinos y femeninos y a la situación jurídica del hijo concebido por medio de esas técnicas y pueden, además, dar ocasión a experimentos y manipulaciones peligrosos en el embrión humano». No pueden ser más proféticas esas advertencias, casi 20 años después. Y es más, en cuanto a las voces que se han manifestado a favor de permitir en nuestro país la maternidad subrogada o *de alquiler* –nos referimos al XXIV Encuentro Anual de Medicina Reproductiva de Europa, celebrado recientemente en Barcelona, que abogó por su legalización cuando sea por cuestiones médicas–, ya se decía que «debe rechazarse en general toda forma de maternidad por cuenta de terceros; que debe sancionarse el suministro comercial de madres portadoras; que deben prohibirse las empresas que ejercen esta actividad, así como el comercio de embriones y gametos» (pág. 192).

15 Durante la tramitación de la LRA en el Congreso, el Grupo Parlamentario de ERC pretendió que la usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida fuera cualquier mujer, «sin que puedan hacerse distinciones por motivo de su opción sexual o estado civil», justificando tal afirmación en el reforzamiento del «derecho a la maternidad de todas las mujeres» (enmienda n° 35); análogamente, la enmienda n° 18, presentada por el Grupo de Izquierda Unida, propuso que se reconociera el derecho a la maternidad no vinculado a situaciones de patología, es decir, a la esterilidad.

16 Comenta Barcellona –siguiendo a S. Ongaro, en su libro *Le donne e la globalizzazione*– que «el control de la maternidad no representa una evolución de la libertad de las mujeres, sino un hecho que, en cambio, aumenta el uso del cuerpo de las mujeres en términos económicos, y por ello es adscribible a la categoría de la mercantilización de la vida, con dos implicaciones. La primera consiste en no considerar más al individuo como un todo orgánico, en el que los aspectos psicológicos e intelectuales son todo uno con el cuerpo, sino como un sujeto divisible en más partes, por lo cual hoy es posible vender los propios productos orgánicos, desde el esperma a los óvulos. La segunda implicación viene representada por el proceso de inserción del ciclo de la vida en la lógica de la mercantilización capitalista (...). La esfera realmente «productiva» de riqueza y beneficio es la reproductiva, cuyo control se ha convertido en el campo de batalla estratégico de las grandes empresas (...). A diferencia de lo

En el artículo 11.4, letra c), se contempla, pues, que una de las posibilidades de los embriones *in vitro* crioconservados es su donación con fines de investigación¹⁷, primer paso para la obtención de células madre embrionarias, que «tan buenos resultados» están dando en el avance hacia la curación de enfermedades neurodegenerativas, según algunos científicos y los máximos responsables en política sanitaria de nuestro país. Obtención de células madre embrionarias que se posibilita también mediante la gran novedad de la LIB: la autorización de los procesos de transferencia nuclear, en consonancia con lo que ya anunciaba

la LRA al dejar de sancionar la clonación terapéutica¹⁸.

Llegados a este punto, hemos de plantearnos si esta normativa legal contraviene o no una norma de rango superior como es el Convenio de Biomedicina de Oviedo, así como su relación con la actual punibilidad de la clonación en nuestro Código Penal¹⁹.

Como es sabido, el Convenio de Oviedo –Convenio 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y ratificado

que transmiten los discursos dominantes, no son la generosidad o los deseos de ser padres los que gobiernan la esfera reproductiva, sino los intereses de los grandes grupos económicos, según los cuales hasta es posible que se puedan producir hijos sin que haya una relación entre dos personas. Por ello, la esfera reproductiva es considerada hoy como el petróleo del futuro» («Biopolítica y derechos», *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Universitat de Lleida, 2008, pp. 47 y 48).

17 M. Grossmann justifica la admisibilidad de dicha investigación en cuanto que es necesaria tanto como investigación básica como investigación aplicada, para determinar las posibilidades derivadas de nuevas técnicas, como por ejemplo la clonación terapéutica, además de que «no puede desarrollarse exclusivamente en modelos animales porque éstos no se ajustan a lo que ocurre en humanos y que tampoco debería basarse en datos procedentes de embriones humanos no-viables porque las anomalías intrínsecas en este tipo de embriones condiciona la interpretación de los resultados» (*Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo*, Dykinson, 2007, p. 222).

18 Señala López Moratalla que «la obsesión por las células embrionarias comienza a transformarse en la obsesión por las células de fetos y, mejor aún, si éstos son a la carta. El portón que ha abierto la ley es muy ancho, además de muy grave. Si se puede legalmente generar un ser humano para algo que no sea ser gestado y nacer, todos estamos en peligro de ser hechos esclavos» («La discusión...», *op. cit.*, p. 58).

19 Lo que desde luego sí excede son los límites fijados por las sentencias del Tribunal Constitucional 212\1996 y 116\1999, que al menos sí dejaron claro que la investigación sobre embriones amparada por la LRA de 1988 no permitía la experimentación sobre embriones viables; y sobre estos, sólo era posible actuar con finalidad terapéutica favorable al propio embrión. De hecho, la Ley andaluza 7/2003, de 20 de octubre –norma *ad hoc* para permitir al actual ministro de Sanidad, Bernat Soria, investigar sobre la obtención de células madre embrionarias, con lo que Andalucía iba a ser pionera en la investigación biomédica– se cuidó muy mucho de referirse a la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables...pero falazmente, ya que consideraba tales, en su art. 1, a todos aquellos conservados durante más de cinco años, o sea, ¡a todos los sobrantes en aquel momento que no habían sido destruidos pasados los cinco años marcados por la LRA de 1988! Ahora, sin ningún tapujo legal se puede investigar y experimentar sobre cualquier preembrión sobrante, viable o no.

por España el 20 de octubre de 1999— prohíbe la creación de embriones humanos con fines de investigación en su artículo 18.2. ¿Vulnera el Convenio la donación de embriones con fines de investigación amparada por la LRA?

Hay que tener en cuenta que la donación de embriones es posible porque...sobran. Ése fue el precisamente el gran problema de la LRA antes de que apareciera en el horizonte la investigación: los embriones sobrantes de los procesos de fecundación *in vitro*. Y, como mal menor, la reforma de la LRA impulsada por el gobierno del Partido Popular —introducida por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre²⁰, que afectó a los artículos 4 y 11 LRA— estableció que «se fecundará un máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo en los casos en los que lo impida la patología de

base de los progenitores» (art. 4.3), máximo que de modo correlativo también dio lugar a la previsión según la cual «sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en una mujer en cada ciclo» (art. 4.2). En definitiva, se pretendía partir de cero, de tal forma que no hubiera preembriones sobrantes como consecuencia de la utilización de las técnicas de reproducción *in vitro*, y en todo caso, si se hubieran fecundado más embriones de los transferidos, se dispuso que «en estos casos, los progenitores deberán firmar un compromiso de responsabilidad sobre sus preembriones crioconservados. En él se incluirá una cláusula para que, en el supuesto de que las preembriones crioconservados no les fueran transferidos en el plazo previsto, sean donados con fines reproductivos como única alternativa» (art. 11).

Por tanto, la LRA anterior era una norma más respetuosa era una norma más respetuosa con el embrión humano que la actual²¹, ya que al menos no podía ser

20 Ya el Parlamento Europeo, tal y como manifestó en su resolución de 20 de septiembre de 1996 (DOCE de 28 de octubre 1996, n° 320, p. 268 y ss.) era consciente «de que existe una estrecha conexión entre la cuestión de la licitud de la investigación realizada en embriones y el desarrollo de las intervenciones en la línea germinal, y de que el desarrollo de dichas intervenciones exigirá experimentos en incontables embriones», por lo que se mostraba convencido de que «hay que rechazar y prohibir dichas intervenciones, ya que abrirían definitivamente las puertas a la eugenesia y a la instrumentalización del ser humano», llegando a sugerir que «en caso de fecundación artificial en el ser humano, deberá prohibirse la implantación de más de tres embriones en la mujer durante un ciclo; la crioconservación de embriones sólo se permitirá excepcionalmente cuando, por motivos médicos, la implantación prevista no pueda llevarse a cabo dentro de un ciclo», añadiendo que «deberá prohibirse la crioconservación una vez terminado el tratamiento de fertilización».

21 Advierte N. López Moratalla: «No usar como material biológico un embrión humano vivo es el mínimo de exigencia moral. Sólo el cadáver de embrión, como el cadáver del nacido, puede donarse para trasplantes o para investigación, y esto con muchas condiciones. Condiciones no sólo del proyecto y del equipo investigador, sino sobre todo si se sitúa en un contexto legal prohibiera determinantemente que pudieran volver a sobrar embriones en los procesos de reproducción humana asistida, y obligara a dar oportunidades de gestación a todos los generados. Ninguna de estas condiciones se cumplen con la nueva Ley» («La discusión...», *op. cit.*, p. 55). De hecho, en la tramitación parlamentaria de la Ley vigente, en su paso por el Senado, el Grupo Parlamentario Catalán propuso, en su enmienda n° 40, una nueva redacción del apartado 2 del artículo 3, el que determina las condiciones personales de la

objeto de investigación, por muy nobles que fueran los fines²². En mi opinión, la producción de los embriones estrictamente necesarios está acorde con el espíritu y la letra del Convenio, mientras que la inexistencia de un límite máximo de embriones choca frontalmente con el espíritu del Convenio²³, por lo que en este punto

aplicación de las técnicas, de tal forma que sólo se autorizara «la fecundación de un máximo de tres ovocitos en cada mujer en cada ciclo reproductivo. Se fecundará un 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», en coherencia con el artículo 26.b).^{9º}, que tipifica como infracción grave «la generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso».

22 M. Grossmann hace notar que «ya en el año 2000 relevantes investigadores se pronunciaron a favor de que se permitiese la creación de embriones humanos destinados únicamente a la investigación» (*ibid*), refiriéndose al Documento del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona, para concluir que «la mayoría de los científicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida consideramos necesarias la investigación sobre/con embriones humanos viables y no viables», en contra de lo establecido en la STC 116\1999, lo cual pone de manifiesto cómo son conscientes de que se está vulnerando el Convenio de Oviedo al permitir la investigación con embriones humanos, sea cual sea su origen, prescindiendo de todos los límites éticos y jurídicos, hecho que se pretende ocultar mediante el enmascaramiento lingüístico ya comentado, y que veremos más adelante con más detalle.

23 Sin embargo, el Tribunal Constitucional abrió la puerta a la ausencia de dicho límite en la STC 116/1999, al establecer que «de la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones necesario 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

la Ley es nula por vulnerar una norma de rango superior, cual es un convenio internacional vigente en nuestro país.

4. La admisibilidad de la clonación terapéutica

Y la LRA no sólo vulnera el Convenio de Oviedo en cuanto a la posibilidad

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 utilizar mejor los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias». Se deduce que el Tribunal estaba pensando en la donación de los embriones; pero una vez que se abre una espita, el espectro se termina siempre ampliando, como es el caso de su utilización –la dignidad humana es incompatible con la consideración del hombre como algo útil; eso es propio del utilitarismo, y no del personalismo como defensor de dicha dignidad– para investigar; y eso nos parece inconstitucional precisamente por vulnerar la dignidad humana del embrión. Es más, E. Osuna y M^º B. Andreu advierten que la nueva regulación no deja «de plantear dudas desde el punto de vista de su constitucionalidad», en cuanto que la propia STC 116\1999 sólo permitía investigar con preembriones humanos no viables, algo que no ha respetado la nueva LRA, por lo que concluyen que «se ha producido una rebaja en el nivel de protección del preembrión discutible» (*Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 499); en parecidos términos se muestra M^º B. Sáinz Cantero, para quien la decisión de los padres o de la madre sola de donar los embriones sobrantes para la investigación «cuestiona la vigencia de la doctrina del Tribunal Constitucional, que obliga al estado a establecer un sistema legal de defensa de la vida en el que, respecto de embriones viables, exista la obligación de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación» (*Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 244 y 245).

de utilizar embriones sobrantes para la investigación –primera vía para obtener células madre embrionarias–, sino que también lo hace cuando da un paso más al referirse a la clonación prohibiendo la misma con fines *reproductivos*, dejando abierta la puerta a la posibilidad de clonar seres humanos con fines *terapéuticos*, cuya regulación es precisamente uno de los objetivos fundamentales de la LIB²⁴.

Pero no es éste el único texto normativo con el que entra en conflicto el precepto de la LRA tal y como está actualmente redactado. El artículo 160.3 del Código Penal castiga con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años a quien proceda a «la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza». Inmediatamente nos podemos preguntar si el tipo delictivo se refiere a todo tipo de clonación o sólo a la dirigida a la selección de la raza. Hay opiniones contrapuestas, si bien parece

mayoritaria en la doctrina la primera de las respuestas²⁵.

25 Para Valle Muñiz y Tamarit Sumariva, «se hace necesario acotar el campo de lo problemático a la clonación humana verdadera y con fines reproductivos, pues los casos de fines terapéuticos o de investigación quedan al margen de esta figura delictiva» (*Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, 2004, p. 824); por el contrario, De la Cuesta Aguado afirma que «la clonación por transferencia nuclear con fines terapéuticos entraría de lleno en el tipo del art. 161.1º del Código Penal si admitiéramos que también la transferencia nuclear puede fecundar a efectos de este artículo» («Clonación por transferencia nuclear celular en el artículo 161 del Código Penal», *Actualidad Penal*, nº 5, 29 de enero a 4 de febrero de 2001, p. 94). El Informe anual de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida correspondiente a 1998 afirmó que, si bien «desde el punto de vista legal, pese a considerar que la prohibición de la clonación, exigida por la ratificación por España del protocolo adicional al Convenio Europeo de Bioética, se encuentra cubierta por lo establecido en el art. 161.2 del Código Penal, se recomienda la modificación del texto de dicho artículo, para evitar dudas interpretativas que pudieran sugerir que sólo se prohíbe la clonación de seres humanos en el caso en que fuera dirigida a la selección de la raza», interpretación restrictiva del tipo penal que efectivamente se ha producido, como vamos a ver. Por último, cabe reseñar que el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, proponía modificar el artículo 160.2, sustituyendo el tipo de injusto por otro consistente en practicar técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos. En el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, de fecha 3 de noviembre de 2006 (<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKey&Value=28431&Download=false&ShowPath=false>), al referirse a los delitos relativos a la manipulación genética, fecundación artificial y técnicas de clonación, señala que «la modificación de ese apartado entraña la destipificación de la conducta de fecundación de óvulos humanos con fines no reproductivos, que desaparece de las conminaciones penales del Código, pues la reforma se limita a suprimir su enunciación sin desplazarla a otro precepto o apartado» (p. 120), lo cual permite entender que el

24 También a este respecto era mucho más respetuosa con el embrión humano la enmienda nº 38 del Grupo Parlamentario Catalán presentada en el Senado, que propuso prohibir expresamente «la concepción *in vitro* de embriones con fines de investigación», así como «toda constitución por clonación de un embrión humano con cualquier finalidad, prohibiciones justificadas en el ya citado artículo 18 del Convenio de Oviedo. Análogamente, el Grupo Parlamentario popular intentó, sin éxito, mediante su enmienda nº 22, que se prohibiera «la obtención de embriones preimplantatorios humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana», con el fin de recuperar la filosofía de la anterior LRA, derivada del Convenio de Oviedo.

Ahora bien, aunque la clonación terapéutica no fuera constitutiva de delito, no por ello se puede inferir de modo automático la bondad de su práctica. Y ahí es donde entra en juego la Declaración de la Naciones Unidas sobre la clonación humana de 8 de marzo de 2005, en la cual la Asamblea General, tras considerar que hay que hacer hincapié en que «el avance científico y técnico de las ciencias biológicas debe promoverse salvaguardando el respeto de los derechos humanos y el beneficio de todos», y tras manifestar que es consciente de «los graves peligros médicos, físicos, psicológicos y sociales que la clonación humana puede entrañar para quienes participan en ella, y consciente también de la necesidad de impedir la explotación de la mujer», y que está convencida de la urgente necesidad de

CGPJ considera tipificada como delito la clonación no reproductiva, o sea, la terapéutica. Más adelante, tras referirse a las resoluciones del Parlamento ya citadas, a la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos aprobada en 1997 por la UNESCO, los Convenios de Oviedo y París, advierte que «en realidad, el texto, más que ambiguo, resulta contradictorio, pues no acaba de entenderse que no se modifique el párrafo tercero del artículo 160, que parece castigar todo tipo de clonación. La doctrina siempre entendió que el 160.3 CP se refería a todo tipo de clonación, de tal modo que existe un defecto técnico importante: se sanciona la clonación con fines reproductivos en el párrafo segundo y todo tipo de clonación (también la no prohibida –terapéutica– en la LRA) en el párrafo tercero». Y concluye el capítulo diciendo que «el Consejo considera que el anteproyecto no puede dejar estos márgenes de penumbra en un asunto de tanta trascendencia como el de la clonación humana, cuya antijuricidad debe ser reconocida y perseguida, tanto administrativa como penalmente» (p. 126), teniendo en cuenta que poco antes se ha referido a «la inexistencia de diferencias entre las técnicas de clonación terapéutica y reproductiva» (p. 125).

prevenir los posibles peligros de la clonación humana para la dignidad humana», declaró solemnemente que:

«a) Los Estados Miembros habrán de adoptar todas las medidas necesarias para proteger adecuadamente la vida humana en la aplicación de las ciencias biológicas;

b) Los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana».

¿La Declaración desea que se prohíba la clonación terapéutica? Entendemos que sí, ya que si no fuera así no hubiera tenido sentido que España votara en contra de la Declaración; como es evidente, si se estaba contemplando dicha modalidad, el voto negativo del representante del Gobierno español tenía la finalidad de manifestar su desacuerdo con la prohibición de la clonación sin apellido alguno, sabiendo ya que iba a dejar de estar prohibida por la entonces futura LRA...y que iba a ser regulada en la LIB, en contra de lo recomendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Pero también la normativa comunitaria sobre la materia biomédica es claramente contraria a la clonación terapéutica. Veamos.

En primer lugar, el Parlamento Europeo, en su resolución sobre protección de los derechos humanos y de la dignidad humana en el marco de la aplicación de la biología y de la medicina de 20 de septiembre de 1996²⁶ era ya consciente de

26 DOCE 28 octubre 1996, n° 320, pp. 268 ss.

que la decisión sobre la licitud de la investigación realizada en embriones exigiría experimentos en incontables embriones, por lo que se manifestó «convencido de que hay que rechazar y prohibir dichas intervenciones (...), ya que abrirían definitivamente las puertas a la eugenesia y a la instrumentalización del ser humano», por lo que señaló en su artículo 6 que «deberán prohibirse todas las actividades de investigación que utilicen embriones humanos, así como la producción de embriones humanos con fines de investigación», en línea con lo que indicaría el Convenio de Oviedo.

Mucho más explícita es la Resolución del Parlamento Europeo de 1997 sobre la clonación,²⁷ en la que dicho órgano está firmemente convencido de que ninguna sociedad puede justificar ni tolerar, en ninguna circunstancia, la clonación de seres humanos: ni con fines experimentales, ni en el contexto del tratamiento de la infertilidad, ni con ningún otro fin, por lo que solicita en su artículo 2 «una prohibición explícita a nivel mundial de la clonación de seres humanos».

Y, por último, ante la solicitud del Gobierno del Reino Unido consistente en permitir la investigación médica que utiliza embriones creados mediante sustitución del núcleo de la célula (lo que se denomina *clonación terapéutica*), la Resolución del Parlamento Europeo de 7 de mayo de 2001²⁸ consideró que «no existe ninguna diferencia entre la

clonación con fines terapéuticos y la clonación con fines reproductivos, y que cualquier flexibilización de la prohibición vigente originará presiones para poder seguir desarrollando la producción y la utilización de embriones, y reiteró su llamamiento «para que con el fin de evitar la producción de embriones superfluos, se utilicen técnicas de inseminación artificial humana que no produzcan un número excesivo de embriones», concluyendo que «debería establecerse una prohibición universal y específica al nivel de las Naciones Unidas sobre la clonación de seres humanos en cualquier fase de su formación y desarrollo».

Es verdad que la normativa comunitaria y la declaración de las Naciones Unidas no constituyen normas vinculantes para el ordenamiento interno, pero sí lo es un convenio internacional que entró en vigor en España precisamente en marzo de 2001. Nos referimos en concreto a la ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998, que proclama en su artículo 1º que «se prohíbe toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto»²⁹.

29 Lo que se justifica en la consideración de que, si bien se es consciente de los progresos que ciertas técnicas de clonación pueden aportar por sí mismas al conocimiento científico y a sus aplicaciones médicas, sin embargo «la instrumentalización de

27 DOCE 14 abril 1997, nº 115, pp. 92 ss.

28 DOCE 7 de mayo de 2001, nº 135, pp. 263 y ss.

¿Por qué el legislador español³⁰ –y el andaluz³¹– ha hecho oídos sordos a las resoluciones del Parlamento europeo y ha incumplido tanto el Convenio de Oviedo como el Convenio de París, y ha incurrido en una más que posible contradicción con el Código Penal? ¿Por qué votó en contra de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación? En nuestra opinión, no hay más que una sola explicación posible: se ha sucumbido a la presión ejercitada por el denominado

«lobby embrionario»³², que a toda costa quiere ocultar a la opinión pública lo que la última resolución citada ya advertía, el hecho de que «existen formas de curar enfermedades graves sin recurrir a la clonación de embriones, como los métodos consistentes en obtener células madre a partir de personas adultas o del

los seres humanos mediante la creación deliberada de seres humanos genéticamente idénticos es contraria a la dignidad humana y constituye un abuso de la biología y de la medicina».

30 Junto a España, Bélgica y el Reino Unido también admiten la clonación por transferencia nuclear. Por el contrario, está prohibida en Italia, Alemania y Francia. En concreto, el art. 1º de la Ley alemana de protección del embrión de 1990 tipifica como delito castigado con un período máximo de tres años de prisión «fecundar artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo» (evidentemente, están frescas en la memoria colectiva del pueblo alemán las prácticas eugenésicas del régimen nazi); y la Ley francesa relativa a la investigación sobre el embrión y las células embrionarias de 6 de agosto de 2004 modifica el Código de Salud Pública en el sentido de prohibir la concepción *in vitro* de un embrión o la constitución por donación de un embrión humano con fines de investigación (art. 2151-2), la constitución por clonación de un embrión humano con fines terapéuticos (art. 2151-4), y la investigación sobre el embrión humano de cualquier tipo (art. 2151-5).

31 Nos referimos a la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica, que evita el término «clonación terapéutica» a la vez que pone énfasis en destacar que la clonación prohibida en los convenios internacionales es la realizada con fines reproductivos.

32 Resume López Moratalla: «las declaraciones y los silencios de los científicos del área, las imprecisiones en las publicaciones científicas, y con ello su divulgación en los medios de comunicación, ponen de manifiesto la existencia de un *lobby* a favor de la investigación con embriones y de la clonación humana con la pretensión de un hipotético interés terapéutico en medicina regenerativa. El *lobby* falsea la realidad, ocultando que la investigación científica ha demostrado con rigor que las células madre embrionarias no tienen posibilidad alguna en la terapia regenerativa; por el contrario, la eficacia de las células madre de adulto está siendo probada y aceptada. El grupo de presión aún intereses económicos de empresas biotecnológicas, impulsadas por los propios investigadores, e intereses de clínicas privadas de fecundación *in vitro* aceptada, gana en la terapia regenerativa; por el contrario, la eficacia de las c, que tienen ligados a ellas centros de investigación con embriones. Reúne, a su vez, intereses políticos e ideológicos de gran influencia en las legislaciones internacionales y nacionales; tratan de hacer creer que los promotores del uso de embriones y/o fetos humanos como material de trabajo tienen motivaciones exclusivamente científicas, mientras que los oponentes sólo tendrían motivos religiosos que frenan el progreso de la ciencia. Estas presiones, ajenas a la ciencia, han quedado plenamente de manifiesto con los acontecimientos que han conducido a la revelación del fraude de los datos publicados en mayo de 2005, que se presentó como un importante avance hacia la clonación humana con fines terapéuticos con la que resolverían, según ellos, graves enfermedades degenerativas» (El lobby de las células embrionarias, telón de fondo del fraude de la clonación, www.encuentra.com/fapi.php?f_doc=46661&f_tipo_doc=9).

cordón umbilical»³³, utilizando sin pudor alguno «una nueva estrategia semántica que debilite el significado moral de la clonación humana»³⁴.

33 Sin ánimo de exhaustividad, baste citar aquí algunas noticias de prensa al respecto aparecidas en los últimos meses. En primer lugar, científicos de las Universidades estadounidenses de Wake Forest y Harvard informaron en enero de 2007 acerca del descubrimiento de la existencia de células troncales obtenidas a partir del líquido amniótico donado por mujeres embarazadas, que pudieron ser convertidas en diversos tipos de tejidos, tales como el cerebral, el hepático y el óseo; y al mes siguiente, el Servicio de Cardiología del Hospital Gregorio Marañón de Madrid implantó células madre procedentes de tejidos grasosos del abdomen de un paciente en su propio corazón. Por eso causa perplejidad el que se justifique la Ley andaluza sobre investigación en reprogramación celular afirmando que «el conocimiento científico disponible en el momento actual demuestra que las células madre embrionarias tienen una mayor capacidad de proliferación y diferenciación que las células madre adultas».

34 El ejemplo más claro de esta manipulación del lenguaje lo constituye, a mi juicio, la normativa andaluza citada. Ya hemos visto el propio título de la Ley: reprogramación celular. Además, en su exposición de motivos, se refiere al Convenio de Oviedo como norma que considera punible la clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza, y al artículo 160.3 del Código Penal como prohibición expresa de la clonación con fines reproductivos, para decir a continuación que «por el contrario, la investigación con técnicas de reprogramación celular con fines terapéuticos puede proporcionar avances fundamentales...», luego necesariamente esa técnica no puede ser otra cosa que clonación con fines terapéuticos, ya que se intenta demostrar que no está prohibida por ninguna de las dos normas citadas. Y en el artículo 4 de la Ley se advierte expresamente que «se prohíbe la investigación mediante el uso de técnicas de reprogramación celular con células somáticas humanas para originar preembriones con fines reproductivos», de acuerdo con el Convenio de París que prohíbe la clonación de seres humanos, luego se está refiriendo ya la clonación reproductiva! Por tanto, la reprogramación celular que origina preembriones con fines terapéuticos también supone clonación humana, se le llame como se le llame.

Advertencias que eran compartidas –lo cual causa si cabe más estupor–, por la propia Comisión Española de Reproducción asistida, que en su informe anual de 1998 admitía que «se están desarrollando líneas de investigación para la obtención de células troncales presentes en órganos de individuos ya desarrollados que, de confirmarse, pueden hacer menos necesario el desarrollo de la investigación a partir de células embrionarias», por lo que «sería claramente preferible utilizar para este tipo de clonación no reproductiva células troncales no embrionarias»³⁵.

5. El diagnóstico preimplantatorio con fines terapéuticos

Por último, tenemos que analizar otra de las medidas estrella que tanto el Gobierno como los medios de comunicación «progresistas» han destacado de la nueva LRA: la posibilidad de producir los llamados «bebés medicamento» o «niños de

35 La enmienda nº 189 del Grupo Parlamentario Catalán CIU en el Congreso se apoyó precisamente en el informe citado de la Comisión Nacional de reproducción humana asistida de 1988 para solicitar la supresión del apartado 2 del artículo 33 del proyecto de Ley –el referente a la transferencia nuclear–, en coherencia con la enmienda 106 presentada por el mismo Grupo al proyecto de Ley de la LRA, que proponía prohibir «la concepción *in vitro* de embriones con finalidad de investigación. Está igualmente prohibido toda constitución por donación de un embrión humano con cualquier finalidad». Y señalaban que «lo que el proyecto de Ley define como activación de ovocitos mediante transferencia nuclear no es sino una técnica de clonación que supone la creación de un embrión y su posterior destrucción con finalidad de investigación y experimentación, lo que ha sido ordinariamente conocido como clonación terapéutica».

diseño», esto es, seleccionar de entre varios preembriones el más adecuado para que, una vez haya nacido, pueda servir de curación a un hijo de la mujer que se ha sometido a las técnicas de reproducción asistida. ¿Cómo se lleva a cabo esa selección? Mediante un diagnóstico de los preembriones antes de su implantación en el útero, que permita desechar a los que posean la enfermedad que padece el «hermano» ya existente.

De nuevo salta la polémica, como es evidente: ¿estamos ante una selección eugenésica de los embriones?³⁶ El embrión que pasa el control de calidad ¿es querido por sí mismo y/o en cuanto que sirve para curar al hermano ya vivo?

Este procedimiento tiene una concepción muy similar al supuesto terapéutico del aborto: los efectos supuestamente beneficiosos desde el punto de vista médico son, en ambos casos, para un tercero distinto del embrión o del feto, que nunca verá la luz en aras de la «curación» del hermano o de la madre, en el caso del aborto. Es decir, la intervención que se realiza sobre el embrión es totalmente perjudicial para él, lo cual supone violentar del modo más brutal el sentido de toda actividad médica.

Por desgracia, las recomendaciones de diversas instituciones en estos últimos

36 E. Osuna y B. Andreu, además de no negar el potencial eugenésico de esta técnica, entienden que «plantea una clara pugna entre el respeto a la autonomía de los padres y su libertad reproductiva, y valores morales importantes como la protección de la dignidad del embrión, la preservación de la identidad genética de las futuras generaciones, la evitación de élites genéticas y de la discriminación» (*op. cit.*, p. 441).

años han vuelto a caer en saco roto. La Resolución del Parlamento Europeo ya citada de 16 de marzo de 1989 solicitaba que «las intervenciones sobre los embriones humanos vivos estén justificadas sólo si presentan una utilidad directa para beneficio del niño en cuestión y de la madre», lo cual es recogido en el artículo 13 de la LRA...pero previamente, en el 12, se permite la posibilidad de la selección embrionaria «en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones *in vitro* con fines terapéuticos para terceros»³⁷.

El fundamento jurídico que subyace es, una vez más, el ya comentado anteriormente: la consideración equivocada del preembrión como material celular que carece de cualquier rasgo que permita catalogarle como ser humano. Por tanto, el rechazo del diagnóstico preimplantacional debe ser idéntico al manifestado respecto a la investigación sobre embriones *in vitro* y la clonación terapéutica³⁸,

37 C. Pérez del Valle duda del encaje constitucional del diagnóstico preimplantacional regulado en la LRA («Tratamiento jurídico del embrión en la nueva Ley de técnicas de reproducción humana asistida: diagnóstico previo a la implantación, investigación y clonación», *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XI-2006, p. 108).

38 E. Osuna y B. Andreu señalan que este uso del diagnóstico «implica una cierta instrumentalización del ser humano y su utilización como un medio al servicio de otros, lo que atentaría contra la dignidad humana. Se contradice así el principio kantiano de que el hombre es un fin en sí mismo y no un mero medio. Ello plantea, desde otro punto de vista, la posible carga psicológica que para el niño podría suponer el saberse responsable de la salud de su hermano (...) Los problemas derivados de la

en cuanto que vulnera la dignidad del embrión humano como persona, amén de

que abre la puerta a prácticas eugenésicas que suponíamos ya desterradas³⁹.

Recibido: 10-09-2008

Aceptado: 28-02-2009

cosificación del ser humano son, pues evidentes, ya que la fecundación no responde primariamente a los deseos reproductivos de la pareja» (*op. cit.*, p. 452). Sin embargo, no se manifiestan totalmente en contra de la técnica, sino que entienden que debe permitirse estableciendo unos límites de modo muy cauteloso, admitiendo lo espinoso del asunto (*ibid.*). En mi opinión, la experiencia muestra que, una vez abierta la puerta, en el futuro aquello que hoy no está permitido probablemente termine siéndolo (selección del sexo del embrión, o para evitar algún tipo de anomalías físicas, como la sordera, la ceguera o el enanismo). Baste citar aquí lo que opina F. Vidal al respecto: la aplicación para fines terapéuticos «representa una clara adecuación de la ley tanto a la realidad científica actual como a las circunstancias sociales», y entiende que la posibilidad de utilizar el diagnóstico preimplantacional para otras finalidades distintas «refleja una visión amplia, no restrictiva, y es de esperar que permita la necesaria actualización (de la técnica) al ritmo de los avances en este ámbito» (*Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción asistida. Ley 14/2006, de 26 de mayo*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 193).

39 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 18 de diciembre de 2000, dispone en su artículo 3.2 «la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas». De hecho, el Grupo parlamentario de ERC pretendió durante la tramitación de la actual LRA, sin éxito, la aprobación de la selección de los embriones por el sexo (enmienda nº 36 presentada en el Congreso: adición del art. 7 bis, según el cual «cuando la pareja o mujer que tenga dos hijos del mismo sexo deseen una nueva gestación se podrá optar a la selección de sexo, para obtener un hijo de sexo diferente a los anteriores, con el fin de conseguir un adecuado balance familiar»), lo cual sí es rechazado por Osuna y Andreu, ya que se estaría vulnerando un derecho del nuevo ser a «no ser programado en cuanto a las características biológicas», amén de constituir «un primer paso para las intervenciones eugenésicas por voluntad de los progenitores, que podrían elegir otras características físicas de los descendientes y, en definitiva, la creación de hijos a la carta» (*op. cit.*, p. 458). En cualquier caso, todas estas consideraciones ponen de manifiesto cómo ya la reproducción humana asistida no forma parte de la medicina terapéutica o curativa –en cuanto remedio de la infertilidad humana–, sino que, de acuerdo con la terminología del Tribunal Supremo, es un aspecto más de la medicina del deseo o voluntaria, en la que se engloban técnicas como la cirugía estética, la odontología, la ligadura de trompas o la vasectomía: es decir, no se cura ninguna dolencia patológica, sino que se canalizan los deseos de los «clientes» que demandan una mejoría de sus condiciones físicas, estéticas o biológicas.