

## LA CIENCIA Y EL DERECHO

**José Antonio Martín Pallín**

*Magistrado emérito del Tribunal Supremo.*

*Comisionado español de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra). Abogado de Lifeabogados.*

La trayectoria profesional de Margarita Salas Falgueras en el campo de la bioquímica española, ha sido reconocida por todo el mundo científico. Entre sus mayores aportaciones a la investigación destaca, según los datos que he consultado, la determinación de la direccionalidad de la lectura de la información genética y el descubrimiento y caracterización de la ADN polimerasa de gran utilidad en la investigación en biotecnología y en el estudio de las infecciones.

Cuando Jesús Lizcano solicitó mi contribución a un libro homenaje a Margarita Salas, dudé en aceptar la propuesta, porque me parecía una osadía internarme en el mundo científico, para mí absolutamente desconocido. Pero inmediatamente recordé que nuestro Código Penal de 1995, se había incorporado a la inevitable expansión del derecho penal hacia terrenos inexplorados en los Códigos anteriores. Las trabas que el derecho penal puede poner a los avances de las investigaciones científicas, han sido recogidos en los modernos Códigos Penales. El manejo y la interpretación que los juristas podemos hacer sobre estas materias nos obliga a proceder con extremada cautela y dejarnos llevar por los asesoramientos de los especialistas.

Siempre tengo a mano, como libro de cabecera, un pequeño, por su extensión pero inconmensurable por su contenido, trabajo titulado *Iniciación al Derecho Penal* del profesor alemán Claus Roxin que me ha guiado, en más de una ocasión, cuando he tenido en mis manos, la difícil tarea de valorar las conductas humanas, en este caso, las relacionadas con las investigaciones científicas. Decía en ese opúsculo el penalista alemán que: "Los juristas somos demasiado dados a la abstracción y tenemos tendencia a alejarnos de la realidad por eso la ciencia penal no ha tenido éxito o difusión entre las personas ajenas al círculo de los juristas. La medicina o la física, la literatura o incluso la arqueología encuentran un amplio público de profanos interesados en sus investigaciones. Pero hasta ahora nunca se ha leído en serio un libro jurídico fuera del círculo de los juristas. La gente considera los artículos de un Código o de cualquier otra ley como el *summum* del más árido aburrimiento y de la abstracción más alejada de la vida real". En el mundo del derecho hay una cierta tendencia al conservadurismo legislativo aunque en los últimos tiempos se observa una progresión imparable hacia un mayor intervencionismo, aunque la materia a regular tenga perfiles inciertos como todo lo relacionado con el mundo de la biotecnología. Termina reconociendo que: "La ley y los derechos se transmiten hereditariamente como una eterna enfermedad". Es una frase que pronuncia Mefistófeles, en el Fausto de Goethe.

Es una realidad que los que elaboran las normas jurídicas, sea en sistemas dictatoriales o democráticos, tiene una cierta tendencia a la esclerosis legislativa en aras de la llamada seguridad jurídica. En realidad debo reconocer que esta pasividad ha desaparecido en los tiempos modernos y ha sido sustituida por el fenómeno contrario. Se observa una hiperactividad legislativa que pretende reducir a reglas todas las actividades humanas. Deberíamos aprender de la metodología, la perseverancia y la tenacidad de los investigadores para evitar ofrecer soluciones taumatúrgicas, antes de que se conozca con precisión la realidad sobre la que pretendemos actuar.

La regulación jurídica de nuestro mundo, cada vez se extiende a campos más diversos. El derecho penal que, inicialmente, solo protegía bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad

física, el honor, el patrimonio o la libertad sexual, entre otros, se ha extendido a la protección de los llamados intereses generales o difusos. Los modernos Códigos penales, castigan las conductas que dañan el medio ambiente, los derechos de los consumidores y otros bienes colectivos. Aunque tarde, el derecho penal no podía ser ajeno a la punición de determinadas actividades científicas en el campo de la biotecnología, que supongan un atentado contra la dignidad de las personas o sus derechos fundamentales. El llamado Código de la Democracia de 1995 introduce un Título dedicado a sancionar la manipulación genética, cuando se utiliza de manera que altere el genotipo. No obstante, sigo pensando que en este campo, son más efectivos los Códigos de comportamiento ético que la amenaza de la sanción penal.

El legislador penal siempre ha ido a remolque de la realidad social. En este campo científico es inevitable y además de reconocerlo, debemos ser consciente de la continua y rapidísima evolución de las investigaciones científicas. Nuestra regulación legislativa es un ejemplo claro de la necesaria adaptación de las leyes a los avances de la Ciencia. En España, la necesidad de regular este mundo inexplorado, se materializó con la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia, en otros países desarrollados de nuestro entorno cultural y político.

La necesidad de adaptarse al vertiginoso ritmo de los avances científicos se demostró, quince años más tarde, al promulgarse la Ley 45/2003, de 21 de Noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, porque, como se dice en la Exposición de Motivos, sólo dio una respuesta parcial a tales exigencias. En efecto, dicha Ley autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor -noviembre de 2003-, aunque bajo condiciones muy restrictivas. Pero a la vez que abría esta posibilidad, establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos, en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada.

Corroborando lo que hemos expuesto, el legislador admite que, en materia de reproducción asistida, la ciencia se encuentra en constante evolución e incluso avanza más rápida que las leyes que regulan sus descubrimientos. Por tanto, es muy importante que las leyes se adapten a los posibles tratamientos de fertilidad, para que todas las personas puedan hacer uso de las técnicas de manera legal. En este ámbito, España posee una ley muy permisiva donde se contemplan todos los posibles casos y que regula la actuación de los profesionales.

Apresado por la realidad, el legislador se ve obligado de nuevo, a modificar la ley para adaptarla a los avances científicos, promulgando la Ley 14/2006 de 27 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Gracias a este marco legal, España se ha beneficiado de todos los avances en medicina reproductiva y, por ello, las clínicas españolas son de las mejor valoradas en el mundo para recibir un tratamiento. La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70, supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir muy pronto en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación.

Reconozco que, al llegar a este punto, como jurista, me siento totalmente inerme y desorientado. Los jueces que tengan que afrontar alguna cuestión penal relacionada con esta materia, deberán acudir, si no quieren equivocarse, a los dictámenes de los científicos expertos en genética y biotecnología. Afortunadamente disponen de las leyes civiles de reproducción asistida, que le marcan las pautas generales para que pueden obtener un diagnóstico, con la ayuda de los peritos, que le permita llegar a una decisión lo más certera posible. Algunos sectores de la doctrina penal, como Valle Muñiz, se inclinan por la posibilidad de aplicar lo que en el derecho penal, llamamos la técnica de los

tipos penales en blanco. Es decir que el legislador se limite a sancionar las conductas contrarias a las leyes reguladoras de las prácticas de biotecnología.

Era de esperar, en un país como el nuestro en el que todavía están enraizadas las convicciones integristas que nacen de las fuentes de nuestras tradiciones y prácticas religiosas, que inmediatamente después de publicada la ley de Reproducción asistida de 1988, el Partido Popular, haciéndose eco de las posiciones reaccionarias de una parte de sus votantes, interpuso un Recurso de Inconstitucionalidad de la ley que se resuelve en el año 1999.

La Sentencia del Tribunal Constitucional lleva fecha del 27 de junio de 1999. Rechaza los argumentos de los demandantes de amparo que sostienen que la ley de reproducción asistida vulnera valores esenciales de nuestra Constitución, "encarnados en los preceptos constitucionales que constituyen la garantía institucional de la familia como consecuencia de siglos de asunción de valores sociales con reflejo en múltiples instituciones del derecho de familia y áreas conexas latentes y persistentes en nuestra sociedad a pesar de los múltiples daños producidos a la institución familiar, a juicio de los recurrentes, por medidas de todo orden". Me imagino, aunque los demandantes no lo dicen expresamente, que se refieren a cuestiones como el divorcio y el aborto.

El siguiente argumento para considerar inconstitucional la ley se basa en que atenta contra el derecho a la vida. No creo que haga falta dedicar ni una línea para rebatir tan extravagantes pretensión.

Pero lo más interesante en mi opinión radica en los razonamientos que la sentencia emplea para resaltar el valor de la investigación científica. Dice textualmente: "Conviene tener en cuenta, en el examen de los preceptos antes indicados, que, mediante la regulación en ellos contenida, el legislador atiende al principio rector del art. 44.2 de la Constitución, según el cual "Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general", principio que a tenor del art. 53.3 C.E. ha de informar la legislación positiva. Desde esta perspectiva constitucional no es función de este tribunal atender a los argumentos de los demandantes de amparo Tribunal, estableciendo criterios o límites en punto a las determinaciones que, con apoyo en dicha directriz, pueda establecer el legislador, máxime en una materia sometida a continua evolución y perfeccionamiento técnico, siempre, claro es, que las determinaciones legales no entren en colisión con mandatos o valores constitucionales".

Una prueba del retraso del derecho en la regulación de los avances científicos la tenemos en una Sentencia del Tribunal Constitucional de 1994 en la que desarrollando el derecho a la investigación de la paternidad consideraba como prueba biológica, aceptable pero innecesaria, cuando se dispone de otros elementos de prueba, la de la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos. Hoy día ya no son necesarios al disponer de pruebas, científicamente más certeras, como las que se pueden obtener del análisis del ADN.

El Código Penal sólo considera delictiva la manipulación genética con fines distintos a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves y hace una referencia, que hoy cobra una dramática actualidad, al castigo de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadores de la especie humana y también prohíbe la clonación dirigida a la selección de la raza. Sin embargo no lo considera como un delito perseguible públicamente, sino solamente a instancia de la mujer en la que se practiquen reproducciones asistidas en su consentimiento y cuando aquélla sea menor de edad incapaz o persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Y declara ilegales las asociaciones y organizaciones, incluso de carácter transitorio se dedican a la realización de las actividades prohibidas por el Código Penal.

La constitución considera como un derecho fundamental la producción y creación científica por lo que podrían estar amparados por su manto constitucional, los avances de la biogenética en el ámbito más específico de las técnicas de reproducción asistida. Estas técnicas estarían encaminadas a resolver

problemas de esterilidad de la pareja humana por lo que algunos autores como José Manuel Valle Muñiz, consideran que su justificación está reforzada por la Constitución. Su práctica concuerda con las previsiones establecidas en el artículo 39.1 CE. cuando, al regular los principios rectores de la política social y económica, establece la obligación de todos los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica. No le parece correcto proceder a una criminalización, sin límites, de las técnicas genéticas so pena de violar el contenido esencial del derecho fundamental a la creación y producción científica. No es posible instrumentalizar la inerte inalterabilidad del patrimonio genético de un determinado embrión bajo la cobertura de una finalidad genérica de mejorar la salud de la especie humana, salvo, claro está, que la ley lo permita, lo que ocurrirá bajo determinadas condiciones en supuestos de embriones no vida.

En relación con la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras quizá su ubicación más correcta estaría en los delitos contra la comunidad internacional que castigan el empleo de métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios y que comprometan la salud o la supervivencia de la población. Esta conducta esta también prevista, como crimen de guerra, en el Tratado de Roma que instituye un Tribunal Penal Internacional para juzgar y castigar estas conductas.

En estos momentos de pandemia, la única preocupación que asumimos todos, al margen de las ideologías, es el deseo de que los laboratorios científicos consigan cuanto antes una vacuna o por lo menos algún método para erradicar o paliar los efectos más graves del coronavirus Covid-19. Todos hubiéramos deseado que la voz, los consejos, la experiencia y la trayectoria éticamente impecable de Margarita Salas, nos pudiera haber servido de ayuda y guía para enfocar, con más racionalidad y menos controversias, las medidas que necesariamente tienen que adoptar todos los Gobiernos que están en el poder, para hacer frente y atajar cuanto antes, un mal que nos ha hecho conscientes de nuestra vulnerabilidad.

La experiencia y la sabiduría de Margarita Salas nos podrían indicar si es bueno trabajar bajo la presión que genera la angustia de la humanidad o ponerse a investigar con los métodos habituales y la medida necesaria. Creo que para todos los ciudadanos que nos comprometemos con los valores que han hecho avanzar a la humanidad, el ejemplo de Margarita Salas, nos puede servir de estímulo para imitarla. La ciencia ha sufrido a lo largo de la Historia los embates de los inquisidores y guardianes de la moral más reaccionaria y analfabeta. Afortunadamente, el ejemplo de nuestra universal investigadora, nos puede ayudar a enfrentarnos al drama que estamos viviendo en estos momentos.