

La creación de embriones humanos con fines de experimentación: un problema de límites al derecho fundamental a la investigación científica¹

Juan Manuel
Martín Guerrero

Doctor por la Universidad de Málaga

1. Esta publicación es parte del proyecto de excelencia “La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (IUSGÉNESIS)”, ProyExcel_00457 del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) - Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía, y del proyecto de I+D+i “La génesis de nuevos derechos fundamentales en el constitucionalismo global” PID2021-126875OB-I00R, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ “FEDER Una manera de hacer Europa”.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Planteamiento y presupuestos técnicos y jurídicos.
- III. El problema constitucional de la creación de embriones humanos con fines de experimentación científica.
- IV. Estatuto jurídico del embrión humano.
- V. La libertad de investigación científica.
- VI. Juicio de proporcionalidad.
- VII. Conclusión y propuesta alternativa.

NOTA BIOGRÁFICA:

Juan Manuel Martín Guerrero es licenciado en Derecho por la Universidad de Málaga, obtuvo un Máster en Derecho Penal y Política Criminal en 2013 y fue Doctor *Cum Laude* por la misma universidad en 2022. Es abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga desde el año 2013. Actividad que compagina con su labor investigadora. Sus líneas de investigación principales versan sobre derechos fundamentales y *bioconstitucionalismo*.

I. INTRODUCCIÓN

Mi interés por la investigación se despertó durante el último curso (2011-2012) de la Licenciatura en Derecho, cuando tuve la oportunidad de obtener una beca de colaboración con el Departamento de Derecho del Estado y Sociología (Área de Derecho Constitucional) de la Universidad de Málaga (UMA).

Esta enriquecedora experiencia, que pude disfrutar en un momento de intensa actividad intelectual, me brindó la ocasión idónea para concentrar mis inquietudes personales y anhelos académicos en la investigación científica. A partir de aquí se constituyó el embrión de lo que luego sería mi tesis doctoral, cuyos motivos de su singular temática explicaré a continuación.

Siempre he tenido predilección por las humanidades. Estudié el bachillerato de letras puras en el I.E.S. Vicente Espinel de Málaga; un centro en el que -como curiosidad y por orgullo- contaré que cursaron estudios ilustres personajes como Severo Ochoa, Blas Infante, Victoria Kent, Emilio Prados o Manuel Atolaguirre, entre otros. Las lecciones de latín y griego las tomaba con fruición. Hasta tal punto fue mi apasionamiento por la filología clásica que estuve muy cerca de cursar la carrera. Confesaré que aún hoy, en algunas ocasiones y por motivos que no vienen al caso, me arrepiento de no haber tomado esa decisión. Dicho

lo cual, es justo reconocer que el Derecho me ha permitido desarrollar una estimulante carrera profesional como abogado y una extraordinaria vocación por la investigación jurídica. Razón por la que le debo solo agradecimiento. Por su parte, la ciencia y la medicina han suscitado en mí una enorme curiosidad desde niño. Probablemente obedezca a la admiración que siento por aquellos que son capaces de explicar los inextricables fenómenos de la realidad que nos rodea o que persiguen el noble afán de curar.

Por estos motivos, cuando el profesor Dr. D. Ángel Rodríguez-Vergara Díaz, catedrático de Derecho Constitucional de la UMA, me propuso elaborar una tesina fin de carrera, tuve claro que su temática debía relacionar de algún modo pasión y vocación. Así, por aquel entonces me encontraba un día leyendo el periódico *El País* cuando una noticia llamó toda mi atención: se había conseguido con éxito el primer trasplante de un órgano humano creado con células madre embrionarias. Se trataba de una tráquea que había sido trasplantada a un hombre con una grave enfermedad. Inmediatamente supe que las implicaciones constitucionales de las investigaciones científicas, que precedían a este tipo de logros médicos, constituían el objeto sobre el que quería profundizar en mi incipiente labor investigadora.

Por su parte, el contexto científico-social también fue determinante para la elección de una línea de investigación poco explorada entonces desde el constitucionalismo. En este sentido, la primera década del siglo XXI trajo consigo numerosos avances científicos en el ámbito de la biomedicina, entre otras cosas, como consecuencia del uso de las más avanzadas tecnologías. En aquel momento, el Derecho Penal encabezaba la respuesta legal a ciertas técnicas científicas, como la clonación humana o la manipulación genética, que ponían en riesgo bienes jurídicos de extraordinario valor. Así, entendí necesario que el Derecho Constitucional no permaneciera ajeno a la aparición de estas nuevas realidades sociales y se ocupara de ofrecer una solución práctica y efectiva a los problemas que venía provocando la incidencia del progreso científico y el uso disruptivo de nuevas tecnologías en los derechos y valores constitucionales del ser humano. Por fortuna, he podido comprobar a través de estos años de investigación que existen grandes constitucionalistas, apodados bioconstitucionalistas, como el profesor Fernando Rey Martínez, cuyas acertadas y simpáticas palabras cito al efecto: “preocupados por buscar un encaje jurídico-constitucional a los nuevos escenarios que está creando el avance tecnológico de la medicina y la biología, que ya no cabemos en un taxi, aunque tampoco llenamos por ahora un microbús”.

La tesina fue finalmente reconducida y presentada como trabajo de fin de máster, bajo el título de “Las restricciones a la investigación y experimentación biomédica y el derecho fundamental a la producción y creación científica”. Con este estudio se quiso ofrecer una visión genérica de cómo se despliega este derecho fundamental -art. 20.1 b) CE- en el ámbito de la genética humana y la biomedicina, señalando los derechos o bienes constitucionales concernidos por la ejecución de ciertas técnicas biomédicas y valorando determinadas

restricciones legales impuestas a la libertad de investigación científica, en la consideración de que este es el derecho fundamental que ampara a quienes ejercen esta actividad.

A partir de aquí comenzó una etapa vital y académica que ha culminado con la presentación de la tesis doctoral de cuyo contenido principal daré cuenta en esta contribución. Pero siendo esto así, y aprovechando una vez más la licencia de estilo concedida por los directores de la revista, para terminar, quiero destacar brevemente lo que para mí ha sido uno de los aspectos más enriquecedores de esta etapa; dando por sentado que la finalidad formativa y la aptitud para la investigación han sido logradas. En este sentido, he de decir que me siento orgulloso y afortunado por haber tenido la oportunidad de compartir los inicios de mi carrera académica, así como también mis inquietudes intelectuales y personales, con una magnífica generación de constitucionalistas jóvenes, pero de extraordinaria madurez intelectual, preocupados por adaptar el texto constitucional a la luz de los problemas modernos, aunque rigurosos desde el punto de vista dogmático y que, en definitiva, están consiguiendo que el constitucionalismo esté más vivo que nunca y que sus miembros hayamos estrechado unos lazos de enorme interés para la disciplina.

II. PLANTEAMIENTO Y PRESUPUESTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS

En el origen de esta investigación doctoral se pueden distinguir cuatro elementos. En primer término, la observación de unos hechos científicos referidos al potencial terapéutico que vienen demostrando las células contenidas por el embrión humano en sus primeras fases de desarrollo y el interés científico que suscita investigar las etapas más tempranas de la vida humana. En segundo lugar, el examen del contexto legal donde inciden estos hechos, el cual, viene dado por la necesidad de conocer las normas nacionales e internacionales que afectan a la realización de aquellas técnicas científicas que tienen por objeto la creación de embriones humanos para fines de experimentación científica. En tercer lugar, la detección de diversas cuestiones jurídicas controvertidas que confluyen en un problema constitucional. A este respecto, se observa que el ordenamiento jurídico español, con fundamento en disposiciones internacionales, contiene varios preceptos que prohíben expresamente la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, sobre la base de considerar a este organismo acreedor de valores o intereses dignos de protección. El problema es que los principios que inspiran esta intervención normativa confrontarían con la protección que el ordenamiento jurídico constitucional dispensa al derecho fundamental a la investigación científica, con el inherente riesgo de que la respuesta normativa sea desproporcionada. Por último, el cuarto elemento lo constituye la proposición de alternativas de solución que son presupuesto de una hipótesis principal para la resolución del presumible problema constitucional. En este sentido, la hipótesis se formula sobre la premisa de considerar la preponderancia del derecho fundamental a la investigación

científica, previsto en el art. 20. 1 b) CE, frente a la protección de esos presu- mibles valores o intereses encarnados por el embrión humano.

Por su parte, dentro de los presupuestos técnicos y jurídicos de la investigación con el embrión humano en sus primeras fases de desarrollo se destacan dos aspectos concretos: por un lado, las principales técnicas científicas que tienen a este organismo en el centro de su ejecución y, por otro, los problemas jurídicos suscitados por la normativa nacional e internacional que regula estas actividades.

Con respecto a la primera cuestión, se examinan dos técnicas científicas. En primer lugar, la fecundación *in vitro*, que consiste en fusionar fuera del útero materno los gametos reproductores masculino y femenino para constituir un embrión humano en estado *in vitro*, al que se denomina *embrión gamético*. En segundo lugar, la clonación no reproductiva o activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, que consiste en transferir el núcleo de una célula adulta a un óvulo previamente enucleado, con el propósito de crear igualmente un embrión humano en el laboratorio, al que se le denomina *embrión somático*.

En ambos casos, hay que aclarar que el objeto de estas técnicas lo constituye el embrión humano preimplantatorio, esto es, el embrión creado *in vitro* y cuyo desarrollo no supera la barrera de 14 días. Igualmente, que la finalidad es la obtención de células madre o troncales o el estudio científico de las primeras etapas de la vida humana, siempre con objetivos terapéuticos.

Con relación al segundo aspecto señalado, esto son, los problemas planteados por la normativa nacional e internacional que se ocupa de regular estas actividades que utilizan al embrión humano como objeto de investigación, se diferencian dos planos jurídicos. En un primer plano, se encuentran las específicas cuestiones legales suscitadas en el ámbito interno del derecho administrativo y del derecho penal por la prohibición de crear embriones humanos para fines de investigación científica. Por su parte, en el segundo plano, se sitúa la cuestión de la incidencia constitucional que provoca la prohibición legal de crear embriones humanos con fines de investigación científica. En esta contribución se abordará exclusivamente este último aspecto.

III. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LA CREACIÓN DE EMBRIONES HUMANOS CON FINES DE EXPERIMENTACIÓN CIENTÍFICA

Esta cuestión procede de la existencia de varios preceptos del ordenamiento jurídico español que, con fundamento en disposiciones internacionales, prohíben expresamente la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación científica. Así, en primer lugar, el art. 33 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante LIB), en su párrafo primero *prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación*. Por su parte, el art. 160.2 del Código penal castiga

con penas de uno a cinco años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años a *quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana*. Por último, el art.18 del 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 (en adelante, Convenio de Oviedo o CDHB), en su párrafo segundo, *prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación*.

El problema aparece porque los valores o intereses que inspiran la intervención normativa en el contexto de la investigación con embriones humanos confrontan con la protección que la constitución otorga a la libertad de investigación científica, con el riesgo de que la respuesta normativa sea desproporcionada al no atender a dicho elemento.

A partir de aquí, un planteamiento adecuado de la cuestión exige distinguir entre dos decisiones legislativas adoptadas en el citado contexto legal, cuya configuración debe ser considerada en el susceptible juicio de proporcionalidad, y entre los dos tipos de embriones que son producto de las técnicas científicas objeto de regulación, a fin de determinar la aptitud de dichos organismos para ser portadores de bienes o intereses dignos de protección constitucional.

Respecto a la primera distinción, de una parte, se encuentra la decisión legislativa de prohibir la creación de embriones humanos con fines exclusivos de experimentación, y de otra, la de sólo autorizar la investigación con embriones humanos sobrantes de los programas de reproducción humana asistida. Así, por ejemplo, el citado art. 33 LIB, mientras que en su apartado primero prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación, en su apartado segundo, permite la *utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, siempre que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin*.

Por su parte, el art. 18 del Convenio de Oviedo, que se ha mostrado prohíbe en su apartado segundo la constitución de embriones humanos con fines de experimentación, en su párrafo primero, establece que *cuando la experimentación con embriones «in vitro» esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión*.

Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico español, con fundamento en la norma europea, no permite crear embriones humanos con fines exclusivos de investigación, pero sí autoriza estos mismos fines con aquellos embriones que, creados inicialmente con fines de procreación, resultan sobrantes de los programas de reproducción humana asistida.

De acuerdo con la segunda distinción, esto es, con respecto a los dos tipos de embriones que son producto de las técnicas científicas objeto de regulación, hay que diferenciar entre los embriones procedentes de la técnica de fecundación

gamética (embriones gaméticos) y los embriones procedentes de la técnica de clonación no reproductiva (embriones somáticos).

Con estos presupuestos, y para saber el alcance de la prohibición de crear embriones humanos con fines de investigación científica, lo que se presenta como necesario es saber exactamente qué es un embrión humano y cuáles son los valores o intereses que encarna desde el punto de vista jurídico.

IV. ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO

El examen de esta cuestión se centra delimitar el concepto jurídico de embrión humano, de un lado, y en identificar cuáles son los valores encarnados por este organismo y hasta dónde alcanza su protección, de otro.

Con relación a la primera cuestión, el estudio del concepto jurídico del embrión conduce a sostener un criterio delimitador que sirva para diferenciar a una realidad biológica y jurídica digna de protección legal de otro tipo de organismo que, si bien pueda ser portador de vida humana desde el punto de vista biológico, no puede ser considerado embrión humano desde el punto de vista jurídico.

A este respecto, se propone como nota conceptual diferenciadora la existencia en el organismo embrionario de potencialidad intrínseca de desarrollo para alcanzar el estatus de persona. Esta tesis obedece a la idea de que para un sistema como el jurídico, fundamentado en la persona y los valores y principios que le son reconocidos, contemplar normativamente al embrión humano como un ser dotado de potencialidad para convertirse en una persona en el sentido fundamental del término, resulta coherente para el ordenamiento jurídico y, además, permite categorizar a este organismo dentro de un estatuto jurídico especial que lo diferencie a nivel valorativo de otras nuevas formas de vida humana que trae consigo el progreso científico, pero que sean incapaces de desarrollarse hasta convertirse en persona.

De esta concepción se deducen varias conclusiones que, a su vez, delimitan el objeto. En principio, a rechazar la idea de que la técnica de clonación no reproductiva se vea afectada por la prohibición de crear embriones humanos para fines de experimentación (art. 18.2 CDHB y 33.1 LIB) o por el tipo penal que prohíbe fecundar óvulos humanos para fines distintos a la procreación (art. 160.2 CP), en la medida en que el organismo resultante de esta técnica (embrión somático) no es un embrión humano al carecer de capacidad para desarrollarse hasta alcanzar el estatus de persona. En segundo lugar, a determinar que el problema constitucional suscitado por la creación de embriones humanos para fines de experimentación incide exclusivamente sobre la técnica de fecundación *in vitro* y el embrión humano de origen gamético procedente de esta, por ser el único organismo capaz de desarrollarse hasta convertirse en una persona y, en

consecuencia, ser el único organismo con aptitud para encarnar bienes o intereses dignos de protección constitucional.

Respecto a la segunda cuestión, esto son, las dudas suscitadas sobre cuáles son los valores o intereses encarnados por el embrión humano *in vitro* y el alcance de su protección, el examen de su estatuto jurídico permite determinar la posición que ocupa este organismo ante la norma fundamental.

De este modo, en el análisis sistemático de la jurisprudencia más relevante del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el valor de la vida humana en sus primeras fases de desarrollo, se observa un denominador común: el embrión humano no tiene derecho a la vida pero, debido a su capacidad intrínseca para desarrollarse hasta convertirse en un ser humano, en una persona en el fundamental sentido del art. 10 CE, es considerado un bien constitucionalmente protegido, con fundamento en el valor jurídico-objetivo de la vida (art. 15 CE) y merece protección en nombre de la dignidad humana (art. 10.1 CE).

No obstante, esta afirmación categórica sobre la extensión de los valores de la vida y la dignidad humana al embrión es matizada en el sentido concreto que se entiende debe ser interpretado el alcance de la protección constitucional otorgada a un embrión humano *in vitro*. De este modo, aunque sea razonable el reconocimiento de los valores de la vida y la dignidad humana a este organismo en sus primeras fases de desarrollo, esta protección no puede ser absoluta, sino que debe ser ponderada atendiendo a dos elementos: uno, la fase de desarrollo biológico en la que se encuentre y la determinación de su capacidad para desarrollarse hasta convertirse en persona, y el otro, la necesaria armonización dentro del texto constitucional de estos bienes con aquellos otros derechos o intereses dignos de protección.

Dicho esto, y atendiendo a que es la libertad de investigación científica, el derecho con el que confrontan los valores de la vida y de la dignidad encarnados por el embrión humano *in vitro*, en este punto se manifiesta la necesidad de apuntar algunas notas relevantes sobre su contenido y dimensión constitucional.

V. LA LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

La importancia de estudiar esta libertad fundamental, en el contexto de la experimentación con embriones humanos, radica en el hecho de que olvidar que en este ámbito la intervención legal incide sobre un derecho fundamental conlleva el riesgo de que la respuesta normativa sea desproporcionada, al no atender adecuadamente a dicho elemento.

Respecto a este derecho fundamental se presenta como ineludible profundizar en dos aspectos concretos. Por un lado, en la delimitación de su contenido, a fin

de conocer las facultades que este derecho brinda a sus titulares para garantizar su ejercicio. Por el otro, en la específica posición que esta libertad manifiesta ocupar dentro del Estado social y democrático de derecho.

Con relación al primer aspecto, la delimitación del contenido del derecho fundamental a la investigación científica permite conocer que se trata de un derecho que comprende en su espacio de protección un conjunto de acciones o facultades otorgadas a sus titulares dirigidas a proteger la libertad del proceso creativo de investigación científica, frente a las intromisiones ilegítimas que provengan de los poderes públicos o de terceros. Un espacio, además, conformado por varios contextos donde se desarrolla la libertad de investigación en toda su extensión, incluyendo un ámbito específico donde esta se manifiesta claramente a través del derecho a experimentar sobre lo que es objeto de estudio, así como del derecho a elegir el método experimental que mejor se ajuste a las necesidades, intereses o fines de la investigación.

Con relación al segundo aspecto, desde la manifestación de una cualidad o valor reforzado de este derecho dentro del Estado social y democrático de derecho, se identifica en la amplia dimensión constitucional que abarca la protección constitucional de la ciencia dos vertientes o facetas representadas, de una parte, por los principios de promoción y fomento de la ciencia y de otra, por un novedoso valor o bien jurídico configurado sobre la pretensión de que la colectividad se beneficie o goce de los avances del progreso científico.

Con estas premisas, y a partir del reconocimiento de que estas vertientes son ajenas al espacio iusfundamental del derecho, pero en la convicción de que del contenido de estos bienes se deduce la existencia de intereses constitucionalmente protegidos (como puede ser la salud y la integridad de personas afectadas por graves enfermedades), se postulan estas figuras como importantes elementos de ponderación para abordar el conflicto entablado entre la prohibición de la creación de embriones humanos *in vitro* para fines de investigación y la protección de la libertad de investigación científica.

A partir de aquí, la investigación se orienta a ofrecer solución al conflicto constitucional que resulta de la confrontación entre los valores de la vida y de la dignidad humana, representados en el embrión humano *in vitro*, y la libertad de investigación científica, a propósito de las prohibiciones de crear embriones humanos con fines de experimentación, previstas en los arts. 33.1 de la LIB, 18.2 del CDHB y 160.2 del CP.

VI. JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

Para imponer un límite a un derecho fundamental se debe justificar la necesidad de proteger otro bien o derecho constitucionalmente garantizado y es preciso cumplir con los requisitos del principio de proporcionalidad.

En consecuencia, verificar la hipótesis sobre la preponderancia de la libertad de investigación científica frente al valor del embrión humano *in vitro*, conduce necesariamente a comprobar si las medidas restrictivas del ejercicio del derecho fundamental cumplen con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que componen el principio de proporcionalidad. Puesto que el incumplimiento de alguno de estos elementos puede determinar la inconstitucionalidad de la intervención legal al no atenderse la indispensable relación de equilibrio que debe existir entre el medio empleado y la finalidad perseguida en la restricción de un derecho fundamental.

Para realizar este juicio ponderativo, se debe distinguir entre las prohibiciones de crear embriones humanos para fines de experimentación científica, previstas en los arts. 33.1 LIB y 18.2 CDHB, y la específica prohibición penal de fecundar óvulos humanos con fines distintos a la procreación, recogida en el art. 160.2 CP.

Con carácter previo hay que indicar que, en cuanto que no se cuestiona la idoneidad y la necesidad de estas medidas legales, el examen se centrará en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, lugar donde se fundamenta el incumplimiento de este indispensable requisito.

Dicho esto, con respecto a las prohibiciones de los artículos 18.2 del Convenio de Oviedo y 33.1 LIB, el motivo principal para defender que no cumplen con este requisito es que no se observa una relación de proporcionalidad entre los beneficios obtenidos con la protección de la vida y la dignidad del embrión humano *in vitro* en relación con la incidencia negativa de la intervención en el derecho fundamental a la investigación científica y en los principios a este adscritos, cuando esta actividad es desarrollada en el ámbito biomédico. Así, en este supuesto concreto de la investigación con embriones humanos, el legislador ha perdido de vista la importancia de este derecho fundamental, poniendo énfasis en la protección prevalente de los intereses representados por esta forma incipiente de vida humana.

Desde este prisma, lo que aquí se propone es un cambio de orientación en la forma de abordar este problema jurídico-constitucional, por la que se considere la naturaleza fundamental de los bienes e intereses representados por la libertad de investigación y se ensalce el carácter preponderante de este derecho fundamental, con respecto a los intereses encarnados por el embrión humano *in vitro*.

A estos efectos, se comenzará examinando el supuesto de hecho concreto sobre el que se asientan la prohibición.

El art. 33.1 LIB, con fundamento en el art. 18.2 CDHB, persigue la adecuada protección del embrión humano *in vitro*, que reputa insuficiente cuando estos se crean para fines exclusivos de experimentación. Como se ha visto, ello no impide que la investigación con embriones *in vitro* pueda estar admitida por la ley, sino solo que se deben encontrar fórmulas legislativas que garanticen esa protección

idónea. La alternativa menos gravosa configurada por nuestro ordenamiento jurídico ha consistido en permitir solo la investigación con embriones humanos sobrantes de los programas de reproducción asistida.

En el fundamento de esta solución se encuentra la confluencia de varios juicios de valor moral: uno positivo apoyado en la idea de que, ante la inevitable existencia de embriones sobrantes de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y frente a la única alternativa posible de la destrucción, el mal menor lo constituye la investigación científica; y otro negativo fundamentado en la idea de que la creación de embriones humanos con fines de experimentación supone un atentado a la dignidad humana, en la medida en que se está instrumentalizando a un ser humano en interés de la sociedad o de la ciencia.

Pero esta solución, que quizás pueda encontrar justificación en el plano moral, resulta inconsistente desde el punto de vista jurídico por los motivos que se exponen a continuación.

I) La prohibición de creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación supone una incoherencia valorativa dentro del ordenamiento jurídico con respecto a otras decisiones legislativas adoptadas con relación a objetos normativos de análoga entidad.

II) Prohibir la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación supone en sí misma una medida desproporcionada con relación a los sacrificios de la intervención en el derecho fundamental y los beneficios de la realización del fin legislativo.

Comenzando por el primer motivo, las decisiones legislativas que sirven para fundamentar esta idea son la autorización de la investigación sobre embriones sobrantes de las TRHA, contemplada en la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de un lado, y la interrupción voluntaria del embarazo prevista en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, de otro.

Con respecto a la primera decisión legislativa, hay que saber que la existencia de embriones sobrantes de las TRHA responde, desde el punto de vista constitucional, a la lógica científica de obtener un número suficiente de embriones necesario para asegurar el éxito probable de la técnica de reproducción asistida. Por este motivo, si se acepta que el embrión humano *in vitro* posee protección constitucional con arreglo a los valores de la vida y de la dignidad humana, pero se permite relativizar dicha protección en favor de los derechos de reproducción hasta el punto de admitir su inevitable destrucción, no se podrá obviar que la prohibición legal de su creación con fines de experimentación resulte desproporcionada por situar en un plano valorativo diferente al derecho fundamental a la investigación científica.

Se recordará que la autorización de las técnicas de reproducción asistida son el resultado de un juicio ponderativo resuelto a favor de un derecho a la procreación, ligado inherentemente con otros derechos o libertades reconocidas constitucionalmente como son la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al matrimonio, a fundar una familia o, incluso, con el derecho a la salud. De este modo, si de la Constitución no se desprende que sea contrario a la vida y la dignidad humana la posibilidad de obtener un número suficiente de embriones para garantizar el éxito de la técnica de reproducción asistida no parece razonable suponer que la creación de embriones humanos para fines de experimentación no encuentre encaje en el texto constitucional amparada en la autonomía de la libertad de investigación. Especialmente, cuando la investigación científica de carácter biomédico no solo es un fin como derecho fundamental sino también un medio para otros fines igualmente constitucionales: salud, integridad física y dignidad.

Con respecto a la segunda decisión legislativa, se debe saber que la ponderación que el legislador realiza en esta norma parte de considerar los cambios cualitativos que durante el embarazo tienen lugar en la vida en formación para establecer una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación. Bajo este presupuesto, y tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se autoriza la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación, a petición de la mujer embarazada. Con esta decisión el legislador determina la prevalencia de la protección de la salud sexual y reproductiva de las mujeres sobre los valores encarnados por el feto humano.

Estas premisas, si se atiende al modelo propuesto de gradual protección de la vida humana desde la fecundación y de extensión de los valores de la vida y la dignidad al embrión humano *in vitro*, conducen a concluir una desproporción por exceso en la prohibición de crear embriones humanos para fines de experimentación. Así, no resulta razonable en términos comparativos que el legislador permita la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación, cuando la posición de los valores encarnados por el feto se sitúan en el plano superior de la gradual escala de protección que la constitución reconoce a la vida humana en formación y, sin embargo, prohíba la creación de embriones humanos con fines de investigación científica cuando este organismo y los valores sobre los que se proyecta su protección se sitúan en un plano muy inferior.

Continuando con el segundo motivo, esto son, las razones de por qué prohibir la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación supone en sí misma una medida desproporcionada con relación a los sacrificios de la intervención en el derecho fundamental y los beneficios de la realización del fin legislativo.

Aquí el principal argumento en contra de autorizar la creación de embriones *in vitro* con fines exclusivos de investigación es que esta acción supone una instrumentalización del ser humano, contraria a su dignidad.

Pero este motivo debe decaer puesto que el hecho de que la protección de la dignidad humana se proyecte sobre el embrión humano *in vitro* no hace imposible que esta pueda ceder, en el supuesto planteado, en favor de un interés prevalente como es la libertad de investigación. Sobre todo, si se concibe en el ámbito de la biomedicina el concepto de dignidad humana como una categoría más amplia no vinculada estrictamente con el ser humano y con la idea de su singularidad e identidad, sino con el valor biológico que estos organismos poseen como especie humana y con su capacidad intrínseca para convertirse en un ser humano.

En este sentido, uno de los principales deberes del legislador es adaptar el derecho a los valores imperantes en la sociedad en cada momento histórico en la misma medida que la Constitución, a través de una interpretación evolutiva de los grandes principios constitucionales han de “acomodarse a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”². Así, el valor de la dignidad humana ha hecho imperativo, en el ámbito de la biomedicina, el deber de respetar la singularidad y diversidad de cada ser humano e impedir su instrumentalización en beneficio exclusivo de la sociedad y de la ciencia. Sin embargo, la dignidad humana es una noción que ha evolucionado para dar cabida a las nuevas realidades surgidas de los avances científicos, entre las que se encuentra el embrión humano *in vitro* o las células madre embrionarias.

Estas razones inclinan la balanza hacia la prevalencia de la libertad de investigación científica en el campo de la biomedicina por encima de los valores vida y dignidad humana en el grado en que estos se encarnan en el embrión humano *in vitro*. De este modo, la intromisión producida por la prohibición de crear embriones humanos para fines de investigación científica, prevista en los art. 33.1 LIB, en el espacio delimitado por el derecho fundamental del art. 20.1 b) CE, alcanza la entidad suficiente como para declarar la inconstitucionalidad de la norma por desproporcionada. Así, el peso relativo de los valores que fundamentan la intervención legislativa no es suficiente para justificar una fuerte restricción del derecho fundamental a la investigación científica, en un ámbito como el biomédico, en el que se ven afectados otros derechos de índole constitucional como son la salud, la vida y la integridad de las personas que se encuentran afectadas por graves enfermedades.

En el supuesto concreto aún restaría determinar si la afectación al derecho fundamental a la investigación científica y a los intereses a este adscritos que se produce con la prohibición de fecundar óvulos humanos con cualquier fin

2. STC 198/2012, F.J. 9º.

distinto a la procreación y con la correspondiente pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años, viene justificada por la importancia que reviste la protección de los bienes jurídicos de la vida y de la dignidad humana que respaldan la intervención penal.

Pero en este sentido, si se es consecuente y se atiende al principio de unidad valorativa y no contradicción del ordenamiento jurídico, sostener que la prohibición de crear embriones humanos para fines de investigación científica es inconstitucional, en la medida en que los beneficios de la intervención legislativa no están suficientemente justificados con relación a los sacrificios que produce en el derecho fundamental, conduce en el plano de la constitucionalidad de la norma penal a determinar la existencia de una clara desproporción entre ambas magnitudes al no existir igualmente una clara equivalencia entre la gravedad de la intromisión y el peso de los fundamentos que la justifican.

Así, desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido estricto, la sanción de fecundar óvulos humanos para cualquier fin distinto a la procreación humana del art. 160.2 CP debe decaer, puesto que la importancia de los bienes protegidos por la intervención (vida y dignidad) no es equiparable a la intensidad agravada con la que la prohibición y la pena inciden en el derecho fundamental y en las posiciones constitucionales a este adscritas.

VII. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA ALTERNATIVA

A modo de conclusión, hay que decir que la inconstitucionalidad de estos preceptos no significa necesariamente que el embrión humano *in vitro* quede absolutamente desprotegido por el ordenamiento jurídico. De ser así, la autorización de este tipo de investigaciones podría resultar inconstitucional por no garantizar una adecuada protección del embrión humano *in vitro* o por afectar a otros intereses constitucionales. No obstante, a fin de evitar estos efectos indeseables, el legislador posee aún un amplio margen de acción para decidir sobre alternativas legislativas que concilien adecuadamente la garantía del derecho fundamental a la investigación biomédica, como instrumento clave para garantizar la salud y la calidad de vida de los ciudadanos, y la protección de los sensibles valores atribuidos al embrión humano *in vitro*, como organismo perteneciente a la especie humana.

Una alternativa plausible puede ser un sistema por el que se establezca un principio general que autorice la creación de embriones humanos con fines de investigación científica y terapéutica, regulando por ley los supuestos y requisitos que tiene que cumplir el investigador y/o centro de investigación para llevar a cabo un proyecto científico con este tipo de material humano.

En efecto, la autorización de este tipo de investigaciones exigiría el cumplimiento de unas garantías mínimas de protección para el embrión humano. Ante todo, resultaría esencial que el proyecto de investigación sea de interés científico relevante y esté desprovisto de fines lucrativos. De este modo, solo cumplirían este requisito aquellas investigaciones que sirvan fundamentalmente para ampliar el conocimiento científico sobre la formación de la vida humana, sobre las causas de ciertas enfermedades graves que se originan en las etapas incipientes del desarrollo del ser humano o para proporcionar el conocimiento necesario para la implementación de terapias dirigidas a curar o mitigar los efectos de tales dolencias. También sería necesario la determinación del número de embriones que se crearían en cada proyecto. Así, solo deben constituirse los organismos estrictamente necesarios para garantizar, bajo criterios científicos previamente autorizados por los órganos competentes en la materia, la viabilidad de la experimentación. Y por supuesto, tanto la autorización como el desarrollo o aplicación de estos proyectos de investigación deberían de estar bajo control y seguimiento de comisiones de expertos que aseguren las garantías científicas, legales y éticas exigibles en la legislación otorgada al efecto.
