



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL CONTENIDO ESENCIAL DEL
DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD
PERSONAL COMO LÍMITE A LAS
INVESTIGACIONES BIOMÉDICAS**

Trabajo de fin de grado

Autor: Gema Torallas Pastor

Curso: 4o E-5 FIPE

Derecho Constitucional

Tutor: Jorge Alexander Portocarrero Quispe

Madrid

Abril de 2023

RESUMEN

El avance de las investigaciones en biomedicina y los constantes descubrimientos en dicho ámbito, plantean problemáticas concretas ante las cuales es necesario responder con figuras jurídicas nuevas que traten, por lo menos, de paliar las consecuencias que estos avances traen para la existencia social del ser humano. Es decir, la libertad de investigación biomédica implica, por un lado, mejoras, pero por otro, implica también cierto tipo de afectaciones para los derechos humanos, especialmente para el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, ambos inherentes a la dignidad humana y por ello ha de ser limitado. Aquellas aplicaciones biomédicas que resulten desproporcionadas o cuyos resultados sean menores que los riesgos o daños que producen habrán de ser rechazadas.

PALABRAS CLAVE

Biomedicina, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, patrimonio genético, fecundación in vitro, embrión, principio de proporcionalidad

ABSTRACT

The advance of research in biomedicine and the constant discoveries in this field, raises specific problems to which it is necessary to answer with new legal figures that attempt, at least, to alleviate the consequences that this progress brings for the social existence of all human beings. That is to say, while freedom of biomedical research implies improvements, it also implies certain types of effects on human rights, especially for the right to life and the right to personal integrity, both inherent to human dignity and therefore must be limited. Those biomedical applications that result to be disproportionate or whose results are less important than the risks or damages they produce must be rejected.

KEY WORDS

Biomedicine, right to life, right to personal integrity, right to physical integrity, right to moral integrity, genetic heritage, in vitro fertilization, embryo, principle of proportionality

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1. PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN	5
2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ESCOGIDO Y OBJETIVO.....	8
3. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA	9
II. LA POSICIÓN DEL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	10
1. SISTEMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	10
2. DERECHO A LA VIDA	12
3. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL: INTEGRIDAD FÍSICA E INTEGRIDAD MORAL.....	17
III. BIOMEDICINA.....	20
1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN	20
2. AVANCES BIOMÉDICOS: TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS.....	21
3. SECUENCIACIÓN DEL GENOMA HUMANO.....	23
4. FECUNDACIÓN IN VITRO E INVESTIGACIÓN CON EMBRIONES HUMANOS	26
IV. NORMATIVA APLICABLE EN INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA Y JURISPRUDENCIA	29
1. EL DERECHO A LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA.....	29
2. NORMATIVA APLICABLE A LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA.....	31
3. LÍMITES AL DERECHO A LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA: INTRODUCCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD.	36
VI. DOCTRINA DEL TC: DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROPRORCIONALIDAD, RESPONSABILIDAD Y PRECAUCIÓN.....	47
VII. CONCLUSIÓN.....	50
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	53

LISTADO DE ABREVIATURAS

ADN: Ácido desoxirribonucleico

ART.: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución española

FIV: Fecundación in vitro

LIB: Ley de Investigación Biomédica

p.: Página

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

1. PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN

Según declara la Ley de investigación biomédica, que entró en vigor el 5 de julio de 2007:

“la investigación biomédica y en ciencias de la salud es un instrumento clave para mejorar la calidad y la expectativa de vida de los ciudadanos y para aumentar su bienestar, que ha cambiado de manera sustancial, tanto metodológica como conceptualmente en los últimos años. La aparición de nuevas herramientas analíticas ha llevado a grandes descubrimientos que permiten albergar fundadas esperanzas sobre el tratamiento e incluso la curación en un futuro no muy lejano de patologías hasta ahora inabordables”.

Sin embargo, continúa añadiendo;

“estos avances científicos y los procedimientos y herramientas (...) generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan completo que afecta de manera tan directa a la identidad del ser humano.”

En base a lo señalado en el mencionado Preámbulo, afirmarnos que los avances biomédicos a lo largo de su desarrollo han facultado en colaborar en un disfrute más pleno de los derechos. Así por ejemplo, los trasplantes de órganos, tejidos humanos o células madre han permitido prolongar la vida o mejorar las condiciones de salud de enfermos en situaciones inhumanas, precarias, poco dignas. Del mismo modo, la fecundación in vitro y la clonación genética o secuenciación del genoma humano, han traído consigo importantes avances en el ámbito de la reproducción y genética humanas (Martínez Vidal, 2015, p. 4). En 2007 por ejemplo, se alcanzó el concebir un nuevo ser vivo fruto de la fusión entre una célula humana y otra célula animal, para lo que se requirió previamente la autorización de la *Human Fertilisation Embryology Act*. Este es sólo uno de los muchos ejemplos a nombrar en relación con los cambios que la ciencia ha producido a partir de la segunda mitad del siglo XX (De Miguel Beriain, 2012, p.39) Los mencionados son cambios sin precedentes históricos que hacen necesario desarrollar nuevos modelos

legales para afrontar las conflictivas situaciones en las que el ser humano se introduce (Parra Morente, 2011, p.36). Podemos afirmar así que el avance de la biomedicina implica por un lado mejoras, pero por otro implica también cierto tipo de afectaciones y, por ende, nos preguntamos, ¿cuáles son los límites constitucionalmente legítimos en la investigación biomédica? De esta pregunta nos surge tres posibles respuestas.

La primera de ellas es la tesis de la ilimitabilidad. La creación e investigación científicas no han de estar sujetas a ningún tipo de limitación pues el conocimiento implica progreso, y el progreso *per se* nunca puede ser dañino. Es fácil, sin embargo, rebatir esta primera hipótesis: en ocasiones los cambios que se producen en la realidad pueden resultar negativos en la humanidad, surgiendo entonces la necesidad de no desarrollar esa línea de investigación (De Miguel Berain, 2012, pag. 48).

La segunda es la tesis de la restricción absoluta. Esta supone que algunas investigaciones son perniciosas en sí mismas y que por lo tanto, es mejor no investigar ni evolucionar en ciertos campos del saber biológico. Sin embargo, suponer que hay conocimientos perniciosos por sí mismos es una concepción grave tanto para el progreso como para la evolución del conocimiento en sí mismo (De Miguel Berain, 2012, pag. 48).

Esto nos lleva a dibujar una tercera tesis: la tesis de la limitabilidad, que será en la que se va a basar nuestra línea de investigación. Siguiendo esta tesis afirmamos que han de existir límites a la investigación biomédica cuando los resultados generados resulten perjudiciales para otros individuos. Los límites a la investigación biomédica se encuentran precisamente en la dignidad de las personas y los derechos que de la misma emanan, especialmente el de la vida y el de la integridad personal, al ser los derechos que pueden verse más afectados en relación con estos avances. (Morán Martínez, 2004, p.190)

Así, a nuestro ordenamiento jurídico se ha incorporado una extensa regulación, que palia los retos que presenta el avance de la biomedicina en relación con las afecciones que puede tener hacia la dignidad humana y los derechos que de la misma derivan (Montalvo Jääsklainen, 2013, p.73). Hay sin embargo, cuestiones que son abordadas de manera deficiente y que por tanto requieren de mayor interpretación y análisis.

A menudo los propios derechos humanos chocan entre sí, haciéndose necesario establecer una serie de mecanismos que articulen una mínima convivencia entre ellos (como puede serlo el principio de proporcionalidad). Además, la libertad a la investigación biomédica no afecta sólo a los individuos que ahora mismo existen sino que, por el contrario, según señala De Miguel Beriain (2012), pueden causar graves daños a quienes todavía no han sido ni siquiera concebidos o, incluso, a las generaciones futuras en su conjunto, lo que puede generar problemas relativos a la titularidad de los derechos en juego (p. 50)

Así hay que pensar en límites o soluciones que vayan más allá de la mera legislación existente actualmente.

Son varias las soluciones que podrían darse a la cuestión suscitada. Podría pensarse que la solución se encuentra en la aplicación del principio de proporcionalidad, que según Barnes (1998) se define como *“un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio desde un concreto perfil o punto de mira”* (p.2). El principio de proporcionalidad, por ende, podría darnos una solución más que aceptable: si consideramos el derecho a la investigación científica (siendo la investigación biomédica una de sus ramas) como un derecho constitucional, podríamos afirmar que todos aquellos avances que no conduzcan a satisfacer intereses constitucionales, que puedan ser reemplazados por medidas menos gravosas para los derechos fundamentales o que sean desproporcionados, deberían ser excluidos (García Díaz, 2011, p.202) Sin embargo, si el avance en cuestión resulta una medida justificada o adecuada respecto del fin que se persigue, el mismo podría ser protegido dentro del ámbito del derecho a la investigación científica como derecho constitucional (García Díaz, 2011, p. 171)

Otra posible solución podría darse en el principio de precaución que se presenta como un elemento racionalizador frente a cualquier intento de un progreso tiránico. Encontramos la plasmación normativa de este principio en el artículo 26 de la ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece:

“1. En el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias

adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales o personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”

Ahondar en el personalismo como corriente también podría encaminarnos a alcanzar una respuesta. Siguiendo autores como Peter Singers, podríamos hacer una distinción entre persona y ser humano, señalando que son las personas (caracterizadas éstas por tener autosuficiencia, racionalidad y sentido del tiempo) las que tienen derecho a la vida. Así, los seres humanos que no gozasen de estas características (embriones, fetos, seres en coma persistente...) podrían ser identificados como simples seres biológicos con menor valía y por ende, podrían ser considerados como instrumentos para la investigación biomédica siempre y cuando se consiguiese alcanzar con esto una mayor felicidad y bienestar para el mayor número de individuo. (Polo Santillán, 2004, p.68)

2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ESCOGIDO Y OBJETIVO.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar de qué manera los avances biomédicos que se están experimentando en las últimas décadas afectan a la dignidad y derechos fundamentales y qué límites han de encontrar dichas afectaciones, pues el derecho a la investigación biomédica no es un derecho absoluto.

No siempre es sencillo identificar cuándo un determinado avance o experimentación biomédicos están contribuyendo a la mejor realización del correspondiente derecho o por el contrario, está poniendo en peligro su pacífico disfrute (De Castro Cid, 2017, pag 19).

Por ejemplo, si bien es cierto que los diagnósticos y terapias génicas pueden sustituir o modificar genes defectuosos garantizando un efectivo disfrute al derecho a la salud y el derecho a la vida digna, concebido como el tener un plenamente sano; también pueden dar paso a prácticas selectivas que afecten directamente la integridad psicofísica de ciertos individuos de la sociedad.

Así, se nos suscita una pregunta verdaderamente importante: si las intervenciones biomédicas son o no compatibles con los derechos a la vida e integridad personal. Se ahondarán en las diferentes soluciones jurisprudenciales y normativas que nos permitan dar respuesta a la hipótesis planteada anteriormente.

3. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA

El procedimiento que se va a llevar a cabo para realizar esta investigación será el siguiente: en primer lugar, se expondrán de forma teórica los conceptos del derecho a la vida e integridad personal, así como la posición que ambos ocupan en nuestra carta magna.

Se tratarán ambos derechos desde una perspectiva constitucional debido a su presencia en el art 15 de la Constitución Española. Se delimitará el ámbito de aplicación, titularidad, protección y contenido de los mismos; siendo cuestiones que nos resultarán relevantes para esbozar los límites del derecho a la investigación biomédica con respecto a estos derechos.

En segundo lugar, se desarrollará lo que se entiende por biomedicina como concepto. Se analizarán los más importantes avances biomédicos que se han llevado a cabo en los últimos años, haciendo constar los beneficios que los mismos generan para la dignidad y derechos humanos, así como las afecciones que pueden producir y cómo entran en conflicto con los derechos ya mencionados. Además se hará referencia a las leyes nacionales e internacionales más importantes que regulan y limitan estos avances en el campo de la biomedicina.

Una vez tocado el marco teórico de todo aquello que concierne a los mencionados derechos en el ámbito de la biomedicina y la bioética, analizaremos lo que se entiende por derecho a la investigación científica (una de sus ramas el derecho a la investigación biomédica), siendo este un bien constitucionalmente protegido que entra en conflicto con los derechos a la vida y a la integridad personal cuando irrumpe en el ámbito normativo de estos. Se analizará también la Ley de Investigación Biomédica pues en la misma también podemos encontrar respuestas a la hipótesis planteada. Así, podremos dibujar

algunos de los límites que han de imponerse al derecho de investigación biomédica, introduciendo aquí los principios de proporcionalidad y responsabilidad.

Se estima importante realizar un análisis ético de la cuestión que en este estudio concierne, estableciendo qué problemas se generan con el utilizar al ser humano como instrumento para alcanzar un fin, el deseo latente en la humanidad de alcanzar una constante perfección, y cómo esto afecta en este campo de la legalidad. Por último, se llevará a cabo un análisis más profundo relativo a los principios de precaución y proporcionalidad que actúan como solución a la pregunta anteriormente planteada.

II. LA POSICIÓN DEL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. SISTEMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Los derechos a la vida y a la integridad personal quedan recogidos en el artículo 15 de la Constitución española que reza,

“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”

Este artículo se sitúa en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, ubicándose en la sección que constituye el núcleo central de la declaración constitucional de derechos y aquella que disfruta de la mayor protección constitucional, lo que garantiza que estos derechos esenciales para la persona disfruten de una protección reforzada. A esto se suma el recurso de protección jurisdiccional ordinaria y el recurso de amparo ante el tribunal constitucional del que gozan todos los derechos del capítulo II (Abellán Matesanz, 2003)

Esta protección queda recogida en el artículo 53 CE que viene a establecer que la protección por parte de la jurisdicción de los que son reconocidos como derechos fundamentales (como el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral) se realiza a través de un procedimiento especial, preferente y simplificado, según establece el art. 53.2 CE:

“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”

Estos derechos tienen que necesariamente percibir esta protección reforzada al ser los derechos más básicos y primarios de nuestro texto constitucional. El derecho a la vida presupone una presunción ontológica sin la cual no pueden existir el resto de los derechos (Gálvez Muñoz, 2003). Por su parte, el derecho a la integridad física y moral garantiza la inviolabilidad del ser humano y el respeto a su dignidad (Gálvez Muñoz, 2003).

El derecho a la vida, reconocido en el mencionado artículo, supone el supuesto ontológico sin el cual el resto de los derechos no tendrían existencia posible. (Gálvez Muñoz, 2003). Es el pilar sobre el que se asientan los demás derechos, porque sin este, los demás derechos no tienen razón de ser. Se complementa con otros muchos derechos que la CE reconoce a todas las personas por el mero hecho de existir, y por ello su formulación adquiere mayor trascendencia. Al igual que el derecho a la vida es fundamental para reconocer otros derechos, la existencia y respeto de otros derechos son requisitos indispensables para disfrutar del derecho a una vida digna, que es realmente el derecho al que aquí nos estamos refiriendo: el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, por ejemplo, o el derecho a la salud que se desprende del artículo 43 CE, resultan indispensables para una tenencia plena del derecho a la vida (Iberley, 2021).

Por otro lado, el derecho a la integridad física y moral garantiza la inviolabilidad del ser humano y sienta las bases para su construcción individual y social, así como el respeto de su dignidad. (Gálvez Muñoz, 2003).

A parte de percibir una protección constitucional, ambos derechos tienen también una extensa normativa que desarrolla el contenido de estos. embargo, en relación con el ámbito que en este trabajo nos acontece, cabe destacar los siguientes:

- Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
- RD 1301/2006, de 10 de noviembre por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención y evaluación, procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica

2. DERECHO A LA VIDA

Según la STC 53/1985, de 11 de abril, el derecho a la vida es

“el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”

El derecho a la vida actúa como soporte a través del cual pueden ejercitarse el resto de los derechos humanos. La mencionada sentencia establece también que

“Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art 1º como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes”

Por ende, podemos concluir que el derecho a la vida no puede ser concebido como una mera subsistencia de la persona humana; si no que ha de implicar un modo de vivir humano basado en la dignidad de la persona como núcleo (Rodríguez Mourullo, 2006, p.4) Los avances biomédicos juegan aquí un papel importante pues son muchos los que nos han permitido, si no acabar con varias de las enfermedades hasta hace décadas incurables, al menos paliar los efectos negativos y dolores que las mismas traen consigo, lo que indudablemente origina un modo de vivir más digno, más humano, menos doloroso para los enfermos.

El TC ha declarado en varias de sus sentencias que este derecho actúa como garantía frente al Estado que tiene el deber de, no sólo respetar las vidas humanas, sino también de protegerlas frente a los ataques de terceros.

“el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte, y como fundamento objetivo del ordenamiento, impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese. Así, el derecho a la vida que queda protegido en el artículo 15 CE, actúa como garantía frente al Estado, obligando a este a respetar y proteger la vida de todos” (STC 120/1990)

El derecho a la vida no puede concebirse como un derecho absoluto, es un derecho indisponible. El artículo 15 CE no busca concebir la libre disposición sobre su propia vida a favor del individuo. Así las cosas, el derecho a la vida tiene un contenido positivo que, en principio, parece que nos impide concebirlo como un derecho de libertad que incluya también el derecho a la propia muerte, entendido este como *“la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir”* ni mucho menos ha de concebirse como *“un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador”*, de acuerdo con la STC 120/1990 (Rodríguez Mourullo, 2006, p.17). Sin embargo, la reciente STC 24/2023, reconoce el derecho de autodeterminación a la persona para decidir sobre su muerte en situaciones médicas de carácter terminal o que resulten gravemente incapacitantes. En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional se opone a la corriente de pensamiento que concibe el derecho a la vida como absoluto y al que se liga la obligación de mantenerse con vida. Para el Tribunal el derecho a la vida reconocido en el artículo 15 CE no ha de concebirse más que como *“un derecho de protección de la existencia de la persona, que comporta para los poderes públicos deberes negativos de abstención y positivos de protección, frente a ataques de terceros”* (Tribunal Constitucional, 2023, p.2). Con esto el Tribunal Constitucional ha buscado apoyar la reciente Ley de la eutanasia que respalda, con base a su vez a la facultad de autodeterminación cristalizada en el derecho fundamental a la integridad personal, las posibilidades de solicitar cuidados paliativos en situaciones terminales (que adelantan el

proceso de muerte) y/o el rechazo a tratamientos contra enfermedades mortales (Tribunal Constitucional, 2023, p.2).

Es decir, nuestra carta magna respeta la autodeterminación sobre la propia vida en aquellas situaciones en las que las enfermedades sean incurables, de sufrimiento extremo o intolerable para el individuo y que pongan así en riesgo el derecho a la integridad física y moral humana también reconocidas en el artículo 15 CE. El derecho a la vida que reconoce nuestra carta magna no ha de entenderse como un derecho ajeno a la voluntad de la persona titular de este. El derecho a la vida pasa a incluir también, según la mencionada sentencia del Tribunal, la facultad de usar asistencia de terceros para morir de manera digna, indolora y segura cuando fuera necesario y siempre que se cumplan los requisitos legales establecidos para ello (Tribunal Constitucional, 2023, p.2).

Esto puede resultar importante a efectos del consentimiento que un paciente puede otorgar ante un determinado avance que entrañe un evidente peligro desproporcionado para este derecho del que es titular.

Volviendo al análisis del derecho a la vida reconocido en nuestra carta magna, resulta oportuno desarrollar una definición para este derecho, pues con ello se puede dibujar una línea precisa en relación con la titularidad o naturaleza de este derecho. La vida, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, puede definirse como,

“una realidad biológica que comienza con la gestación y termina con la muerte y se presenta como un devenir o proceso continuo, sometido por los efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen reflejo en el status jurídico y privado del sujeto vital” (STC 53/1985)

Al concebirse la vida como un concepto puramente naturalístico, no podemos hacer depender su valoración de factores sociales o valoraciones personales. Por lo tanto, es evidente que la protección constitucional del derecho a la vida se extiende a todas las personas sin posibilidad de trato desigual por género, raza, edad o nacionalidad (Rodríguez Mourullo, 2006, p.5)

Mayores problemas se generan, sin embargo, en relación con si la garantía constitucional del artículo 15 se refiere únicamente a la vida del hombre ya nacido o también a la del nasciturus, delimitación que resulta oportuno especificar en relación con la fecundación in vitro y la investigación con células madre como avances biomédicos que se van a analizar. El término “todos”, por su ambigüedad, siempre ha dado lugar a distintas interpretaciones sobre el alcance y extensión del artículo 15 CE. El problema está en que según la legislación española, el embrión no es una persona, sino que se le tiene como tal (como bien jurídicamente protegido) a lo solos efectos que le pueden resultar beneficiosos. Los límites están ciertamente desdibujados (Marteos y de Cabo, 2020, p. 203),

“29 CC: el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”

Como el término “todos” del artículo 15 CE también aparece como sujeto del resto de garantías recogidas en el artículo, tales como la garantía de “no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos”; podría argumentarse que este término tiene que hacer referencia necesariamente a las personas ya nacidas sin que su protección pueda extenderse a las concebidos no nacidos. Esto se ve respaldado por el argumento de que solo una persona puede ser titular de los derechos, mientras que el nasciturus no puede ser sujeto de derechos, sino objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico (Rodríguez Mourullo, 2006, p.7)

Son varias las corrientes doctrinales las que sostienen que el embrión no tiene vida humana propiamente dicha en los tres primeros meses de embarazo. Gimbernat y Muñoz Conde, apoyan esta afirmación

“en el embrión no se registra una actividad bioeléctrica cerebral, pues se obtiene un electroencefalograma plano en los tres primeros meses del embarazo. Si se considera que el electroencefalograma plano es la prueba más eficaz para determinar el momento de la muerte, habría que estimar que en el embrión no hay vida mientras en él no se registre una actividad bioeléctrica cerebral” (Marteos y de Cabo, 2020, p.201)

La STC 53/1985 rechazó que el término “todos” diese a entender que el feto es titular del derecho a la vida *per se*. Para el TC esto no implicaba, sin embargo, que el feto haya de ser considerado como un mero apéndice de la madre, del cual esta pueda separarse libremente mediante el ejercicio de su libertad y derechos. La vida del nasciturus sí que queda ciertamente protegida, de ahí que el aborto este penalizado y sujeto a limitaciones legalmente establecidas y que se dé la existencia del artículo 29 CC. Pero, a diferencia de la vida independiente, totalmente protegida; el nasciturus no disfruta de esta protección plena (Canosa Usera, 2017, p.284)

En esta línea, abordar este problema como lo hacen algunos autores, matizándolo según el grado de desarrollo en el que se encuentre la vida humana. Para Díaz Ripollés, por ejemplo, la vida humana es un devenir continuo desde la concepción hasta la muerte. Pero, legalmente hablando, esto no impide que dependiendo de la fase haya un aprecio más o menos intenso por la vida humana. Este aprecio puede ser incluso mayor o menor dependiendo de la fase de la fecundación misma. Así, los límites con respecto del aborto, dependen en de muchos casos en la semana de gestación en la que se encuentre la mujer. Del mismo modo, el TC afirma que “*los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno*” (Marteos y de Cabo, 2020, p.214)

En conclusión, y en relación con el análisis que se va a llevar a cabo en este trabajo, terminamos por concluir que, el nasciturus en todas sus formas (embrión, feto...) sí que goza de cierta protección jurídica, pero que esta no será igual ni se castigará de igual modo cuando el sujeto del derecho es una persona. El uso del término “todos” en el artículo 15 de la Constitución no nos da a entender que el texto constitucional pretende extenderse también a la protección de los nasciturus. E incluso aunque así fuere, tal interpretación del texto constitucional no ha de implicar la necesidad de atribuir el mismo valor, y por tanto la misma protección legislativa, a la vida del nasciturus y a la vida de del hombre ya nacido (Rodríguez Mourullo, 2006, p.12) Por ende, no es lo mismo realizar investigaciones biomédicas en fetos, embriones o células madre que en humanos. Las limitaciones serán más relajadas en el primer caso,

3. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL: INTEGRIDAD FÍSICA E INTEGRIDAD MORAL

El art 15 CE protege la integridad física y moral. En definitiva, viene a proteger la dignidad humana constituyendo cualquier ataque contra este ámbito del individuo una vulneración de un derecho fundamental (Iglesias Carballo, 2002, p.6). Con el término “integridad física y moral” se está queriendo hacer referencia realmente a la integridad personal, que comprende una pluralidad de derechos. Para nuestro estudio, resulta más oportuno hacer referencia a este derecho en su conjunto pues abarca un mayor contenido de derechos al hacer referencia a la *“totalidad de las partes que configuran a una persona”*. Así por ejemplo, las prácticas biomédicas relacionadas con la clonación, los análisis genéticos, las terapias génicas...en definitiva, aquellas que recaen sobre el patrimonio genético individual sólo van a resultar interesantes para nuestro estudio en tanto que la identidad del individuo (de la que forma parte el patrimonio genético) constituye a su vez parte integrante del derecho a la integridad personal como bien jurídicamente protegido (Morente Parra, 2011, p. 348)

La sentencia 120/1990 de 27 de julio, realiza un acercamiento del concepto de integridad personal al afirmar que el artículo 15 CE.

“protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones de esos bienes que carezca de consentimiento de su titular”

La STC 119/2001 nos da una definición que sigue también la misma línea al establecer que el art 15 CE,

“brinda protección a la inviolabilidad de la persona frente ataques tendentes a lesionar su cuerpo o espíritu frente a toda clase de intervenciones en uno de esos bienes que carezca de consentimiento del titular”

El término “inviolabilidad de la persona” si bien es cierto que es utilizado con frecuencia por nuestros tribunales, puede resultar amplio para el estudio que nos ocupa. Resulta oportuno desarrollar un término más preciso. En palabras de Raúl Canosa (2017), la

integridad personal debería entenderse como el conjunto total de todos los componentes que configuran el cuerpo humano. Desde sus genes (abarcando así su patrimonio genético) hasta su anatomía, apariencia, y todas sus potencialidades intelectuales y sensoriales, *“incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o padecimiento psicológico o moral”* (pag 307).

En conclusión, a lo que queremos hacer referencia con esta concepción, es que, con el término integridad personal, nos estamos refiriendo a un conjunto o pluralidad de otros derechos de entre los que cabe citar: el derecho a la integridad física, que viene a constituir el derecho a no ser privado de ningún órgano corporal; el derecho a la salud física y mental, siendo este el derecho de la persona a no ser sometido a enfermedades que eliminen la salud; y el derecho a la identidad (en donde se incluiría el patrimonio genético) y la propia apariencia personal (Rodríguez Mourullo, 2006, p.20)

El derecho a la integridad personal, al igual que el resto de los derechos fundamentales, posee una naturaleza bifronte. En relación con la naturaleza negativa del derecho, se hace referencia a la abstención por parte de los poderes públicos de llevar a cabo acciones no consentidas sobre el titular. En cuanto a la naturaleza positiva del derecho a la integridad personal, nos referimos al poder de autodeterminación de la que goza el sujeto sobre su propio cuerpo. El reconocimiento de esta garantía pretende, por un lado, la abstención de cualquier tipo de injerencia de los poderes públicos en esta esfera que es de carácter totalmente privado; y por otra, busca que el individuo sea un ser digno y autónomo, que pueda desarrollar libremente su personalidad (Morente Parra, 2011, p. 352)

Ha de advertirse, no obstante, que ese ejercicio de libre determinación se encuentra limitado. Al igual que ocurre con la garantía constitucional del derecho a la vida, la consagración a la integridad personal del individuo no tiene el sentido de otorgarle un derecho sujeto que le dé una plena facultad de disposición sobre su propio cuerpo. Encontramos tanto un límite de edad como un límite relativo a la naturaleza propia de las acciones (Morente Parra, 2011, p.354) Esta limitación resulta relevante pues puede darnos una primera solución ante aquellas situaciones en las que un avance biomédico entre en conflicto con la integridad personal como derecho constitucional y fundamental.

Tanto las mutilaciones consentidas, la venta de órganos propios, las intervenciones genéticas con finalidad de mejora o perfeccionamiento genético y la clonación reproductiva son acciones que, por lo general, se encuentran totalmente prohibidas. Por otro lado, tanto la donación de órganos, la donación de gametos y las técnicas de reproducción asistida son supuestos concetos muy limitados por ley al consentimiento del titular de los derechos en juego y al riesgo que los mismos pueden entrañar (Morente Parra, 2011, p. 355).

En relación con el consentimiento, cabe destacar que todas las investigaciones biomédicas, pongan en juego o no los derechos del individuo, están sujetas al consentimiento de la persona que se vaya a someter a ellas. El artículo 8 de la Ley 41/2002 desarrolla el consentimiento informado en el ámbito médico: el mismo será verbal por regla general, aunque se requiere que sea escrito para los procedimientos terapéuticos o de diagnósticos innovadores, las intervenciones quirúrgicas y cuando se apliquen procedimientos que supongan riesgos de notoria repercusión negativa para la salud del paciente (Canosa Usera, 2017, p.282)

La otra limitación existente para aquellos avances biomédicos que afecten a la integridad personal y no estén legalmente prohibidos, la encontramos en el criterio de gravedad que sigue el TC. Todos aquellos avances biomédicos que produzca un un menoscabo físico o mental de cierta gravedad podrían vulnerar el artículo 15 CE. Es necesario un trato lo suficientemente grave para entender que se ha producido un ataque contra el derecho fundamental a la integridad personal del individuo, de otra forma no estaríamos ante una vulneración del precepto constitucional (Iglesias Carballo, 2002, p. 43).

Lo que nos tenemos que preguntar aquí es si el consentimiento legitima intervenciones que sin él podrían suponer graves atentados para la integridad. Es por ello por lo que nuestro estudio resulta relevante. Mientras que algunos avances biomédicos, aun causando afectaciones para la integridad personal del individuo, pueden justificarse dado los beneficios que traen consigo; otros traerán consigo afectaciones tan desproporcionadas que habrán de ser descartados.

III. BIOMEDICINA

1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

Actualmente nos encontramos en lo que podría denominarse como la era biotecnológica. La mayoría de los descubrimientos culmen de lo que llevamos de siglo XXI se han desarrollado en este nuevo campo del saber, que viene a suceder a la precedente revolución industrial (Parra Morente, 2011, p.17)

Siguiendo la definición dada por Carlos Mº Romeo Casabona,

“la biotecnología implica la aplicación de conocimientos de numerosos sectores científicos e ingenierías con el fin de desarrollar procesos productivos, en otros términos, consiste en la aplicación de diversas técnicas sobre materia viva”

También en esta misma línea se posiciona Eric S Grace al entender que

“biotecnología es un término comodín, que se aplica a varias técnicas destinadas a utilizar la capacidad de los seres vivos para proporcionar productos y servicios”

Podemos así afirmar que, en un sentido amplio, la biotecnología supone aplicar a la materia viva (“bios”) conocimientos y técnicas derivadas de la ciencia a efectos de desarrollar nuevos procesos productivos. Por su parte, más concretamente, la biomedicina consiste precisamente en aplicar esos conocimientos científicos y esas ingenierías a la materia viva humana, con el objetivo de evitar enfermedades o, al menos, disminuir sus consecuencias y efectos negativos (Parra Morente, 2011, p. 26)

La biomedicina es así una nueva configuración de la medicina que, a través del conocimiento biológico que se va desarrollando, intenta paliar enfermedades, tanto de origen microbiano como genéticas, que hasta hace pocos años eran incurables. A pesar de que con la biomedicina se persiga un fin lícito no es menos cierto que resulta también un campo idóneo para la realización de prácticas médicas cuyas dimensiones morales pueden ser cuestionadas (Parra Morente, 2011, p,26). Gran parte de la medicina actual se basa directamente en los descubrimientos de estas dos fuentes de conocimiento, razón por la

cual el término “biomedicina” haya cobrado tal protagonismo, afectando así a otras áreas del saber como puede serlo la jurídica o la ética.

2. AVANCES BIOMÉDICOS: TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

En el trasplante de órganos, células madre o tejidos, está en juego el derecho a la integridad personal; más concretamente el derecho a la integridad física, entendida esta como el derecho a no ser privado de ningún órgano corporal. España es pionera en la organización nacional del sistema de donación, extracción e implantación de órganos, tejidos y células madre (Canosa Usera, 2017, p. 283). Así, existe una amplia regulación y legislación al respecto de la que nos podemos guiar a la hora de establecer los límites legales principales de este avance biomédico. Las intervenciones en este campo habrán de adecuarse a los requisitos que de las leyes se desprendan.

El artículo 1 de la Ley de Investigación Biomédica establece:

“4. Quedan excluidas del ámbito de esta Ley las implantaciones de órganos, tejidos y células madre de cualquier origen que se regirán por lo establecido en la Ley 30/1979”

Por ende, para determinar los límites que de este avance pueden generarse en relación con la legislación, nos guiaremos por la Ley 30/1979 y por la pertinente regulación europea. Recientemente el derecho español ha transpuesto la directiva 2004/23 de la comunidad europea con la que se pretende conseguir una mayor calidad en las donaciones de tejidos, órganos y células humanas al garantizar su voluntariedad, confidencialidad y seguridad en los procedimientos que se llevan a cabo (Martínez Vidal, 2015, p.19).

El artículo 1 de la Ley 30/1979 establece como primer requisito que las donaciones de órganos, tejidos y células madre sólo podrán llevarse a cabo si son encontradas justificadas en un fin terapéutico, es decir, si con las mismas se conseguirían mejorar de manera considerable las condiciones de vida del sujeto receptor de dicho órgano o tejido humano (Canosa Usera, 2017, 283). En el ámbito internacional, el Convenio de

Biomedicina estipula también que esta práctica sólo estará autorizada si se lleva a cabo siguiendo un interés terapéutico.

Además del requisito terapéutico ha de existir también uno de solidaridad, estando prohibidos todos aquellos trasplantes de órganos humanos, tejidos o células madre llevados a cabo con ánimo de lucro. No se admite ningún tipo de compensación para el donante y del mismo modo, el donante no puede exigir precio al receptor por el órgano trasplantado. Esto hila con el principio jurídico de prohibición de lucro del cuerpo humano (Martínez Vidal, 2015, p.18)

La legislación española establece además que el trasplante ha de ser consentido, existiendo aquí una doble autorización: la de quien dona el órgano aceptando su imputación y la de quien recibe el órgano aceptando su trasplante (Canosa Usera, 2017, p. 283). Es importante aquí hacer una distinción entre la donación de órganos de personas vivas y la extracción de órganos de personas fallecidas. En el caso de las personas fallecidas, basta con cumplir únicamente con el requisito terapéutico, a no ser que el fallecido hubiese dejado constancia expresa de su oposición. El consentimiento del receptor seguirá siendo un requisito *sine qua non* (Martínez Vidal, 2015, p.18). El trasplante de órganos, tejidos o células madre en el que no haya mediado el consentimiento de alguna de las dos partes será castigado por el ordenamiento jurídico español, si bien la sanción es mayor si se procede en vida (Canosa Usera, 2017, p.283).

Tras este análisis puede concluirse que la donación de órganos como supuesto de autodeterminación del sujeto queda muy limitada por la ley, estableciéndose requisitos a cumplir muy precisos que condicionan el trasplante como práctica médica (Morente Parra, 2011). Sin embargo, si bien es cierto que estas limitaciones condicionan el trasplante de órganos, tejidos y células madre, las mismas no impiden que estas prácticas médicas tengan lugar.

Se da importancia a la autonomía del sujeto y a la libertad de los sujetos pasivos y se mantiene la primacía de los intereses de la persona sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia (Martínez Vidal, 2015, p.42). Los actos médicos sobre el cuerpo humano han de justificarse y ser consentidos. Siguiendo el art 6.2 de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos,

“la investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno”

Sin embargo, aun habiendo establecido que por ley existe libertad de desarrollo y autonomía del paciente frente a estas prácticas al primar el consentimiento de este como afectado, no parece que se termine de dar con una solución apropiada si llevamos a cabo un análisis de la realidad más profundo. Los descriptors del conflicto vuelven a ser los mismos: por in lado, la idea general de que los derechos a la vida o integridad personal deben ser preservados; de otro, la concepción de que hay que velar por la autonomía del sujeto y sus decisiones aún en casos extremos que puedan causar graves daños a su persona (De Miguel Berain, 2012, p.55)

Está claro que cuando juegan las prohibiciones recogidas en la ley, tales como la falta de consentimiento o fin terapéutico, la existencia de una finalidad lucrativa o las mutilaciones consentidas, el consentimiento es irrelevante y la práctica biomédica no puede llevarse a cabo por mucho que se cuente con el sometimiento consentido del titular de los derechos en juego (Canosa Usera, 2017, p.289). Sin embargo, pueden darse situaciones de riesgo grave para la salud del individuo que sí estén incluidas o amparadas en normas de rango de ley. Será ante estas situaciones cuando los derechos a la vida, la integridad física o la misma dignidad humana entren en juego como límite de la mano de los principios de responsabilidad y precaución en los que se indagará más adelante (De Miguel Berain, 2012, p.62)

3. SECUENCIACIÓN DEL GENOMA HUMANO

El genoma humano es el conjunto de material genético contenido en los cromosomas de una célula humana y nos da información sobre cada individuo. Por tanto, los avances biomédicos que se generan en este campo están íntimamente ligados con el patrimonio genético (Parra Morente, 2011, p.35). Es poco probable que las prácticas biomédicas de

este tipo puedan atentar contra el derecho a la vida o integridad física y moral por separado. Sin embargo, si pueden atentar contra la integridad personal en su conjunto si concebimos a la misma, como hemos mencionado en apartados anteriores, como el respeto a la totalidad de las partes que configuran a la persona. La integridad personal abarcaría la protección del cuerpo humano con todos sus componentes, desde el respeto por su autonomía y características sensoriales, físicas e intelectuales; hasta las moléculas que forman sus genes, incluyéndose por tanto la integridad genética como componente de la integridad personal que hay que respetar y proteger (Canosa Usera, 2017, p.307). La conservación y respeto del patrimonio genético están, por tanto, amparadas por el derecho a la integridad personal.

Los avances en la secuenciación del genoma humano han sido, sin duda, fundamentales en el progreso de la medicina de las últimas décadas. Mediante el descubrimiento del genoma humano se ha producido un conocimiento más profundo de las bases genéticas de muchas enfermedades y se ha terminado por identificar así a los genes responsables de padecimientos médicos que hace poco se concebían como incurables. Esto allana el camino para el desarrollo de terapias curativas y de diagnóstico que pueden prevenir muchas enfermedades, o al menos paliar los efectos de estas (Morán Martínez, 2004, p. 166). Sin embargo, debemos tener en consideración que el deseo de perfeccionamiento del ser humano ha estado siempre presente a lo largo de la historia y los descubrimientos recientes en materia genética y su posibilidad de utilización eugenésica pueden suponer un riesgo que no hemos de estar dispuestos a asumir. (Marteos y de Cabo, p. 204)

Por otro lado, aun siendo experimentaciones difíciles de lograr, la clonación humana o los métodos que prometen la modificación del ADN son avances que podrían subvertir la identidad humana como bien inherente a la dignidad de los seres humanos. En consecuencia, la identidad de la persona podría suponer también un límite para la libertad de investigación científica.

Otro tipo de problemas que pueden generarse con los avances biomédicos de esta categoría, que nada tienen que ver con el respeto al derecho a la vida humana e integridad física y moral, son los relativos a la igualdad. Algunos estudiosos como Silver apuntan a que los avances en este campo biomédico van a ser capaces de dividir la sociedad humana en dos clases totalmente diferentes, pues la ingeniería genética de mejora tiene una

capacidad alcanzable de crear seres humanos más guapos, más inteligentes, más fuertes y resistentes, menos enfermizos... Algunos futurólogos de gran prestigio, como los es Fukuyama, han llegado a incluso afirmar que los avances biomédicos en este campo serán tales mejorará hasta el punto de que surgirá un nuevo ser humano (post humano).

La legislación en España sobre esta materia es bastante restringida, a diferencia de la existente en otros países como EEUU que parece bastante más laxa.

Así por ejemplo, nuestra Ley 35/1988 señala como infracciones muy graves

“la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de sus variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar seres humanos idénticos (20.2. b)”

Además, España forma parte del Convenio de Oviedo, aprobado el 19 de noviembre de 1996 por el Consejo de Europa, por el que se establecen una serie de principios éticos y legales tendentes a garantizar que los avances científicos y biomédicos en este campo se utilicen para el beneficio de la humanidad y de manera responsable respetando los derechos humanos y la dignidad de la persona (Marteos y de Cabo, p.204). Este convenio es la primera regulación internacional sobre esta materia que posee carácter jurídico vinculante, por lo que su análisis resulta relevante para el desarrollo de nuestro estudio y para establecer las limitaciones legales pertinentes sobre este campo de la biomedicina (Canos Usera, 2017, p.288)

En relación con el progreso biomédico que se está analizando, el artículo 11 del Convenio, veda toda forma de discriminación a causa del patrimonio genético de una persona. Por su parte, el artículo 12 del convenio proscribte las pruebas genéticas predictivas, salvo que tengan fines terapéuticos o de investigación médicas (Canosa Usera, 2017, p. 289)

Continuando en el ámbito internacional, la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos también puede servir como instrumento legal para fijar límites a la investigación y experimentación en materia génica. Esta declaración cuenta con un apartado especial referido a las *Investigaciones sobre el genoma humano*. En su artículo 10 establece que ninguna investigación relativa al genoma humano ha de prevalecer sobre

los derechos y dignidad humana. El artículo 11 de la misma sigue una orientación similar instando a los estados y organizaciones internacionales a que identifiquen aquellas prácticas, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos, contrarias a la dignidad humana y que adopten medidas pertinentes ante los mismos acuerdos con los principios generales del derecho.

El artículo 12 b) se afirma que

“la libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de pensamiento. Las aplicaciones de investigación sobre el genoma humanos, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo o de toda la humanidad”

Nos encontramos, una vez más, con una situación similar a la generada en el trasplante y donación de órganos, tejidos humanos y células madre como avance biomédico: estas experimentaciones están sujetas también al consentimiento del titular cuyos derechos están en juego y; si bien es cierto que se recogen determinadas prohibiciones, se señala también que la dignidad y derechos humanos entran también en juego como límite. Se hace pues de vital importancia entrar a analizar con más detalle cómo estos atributos inherentes a la persona humana actúan como frontera ante las investigaciones científicas y biomédicas.

4. FECUNDACIÓN IN VITRO E INVESTIGACIÓN CON EMBRIONES HUMANOS

Las posibilidades que trae consigo la investigación con embriones humanos ha generado importantes avances en la exploración de las causas de muchas enfermedades humanas así como su curación (Martínez Vidal, 2015, p.19). La selección de embriones humanos mediante el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) para la detección precoz de enfermedades de aparición temprana que afectan gravemente al desarrollo humano es un método regulado firmemente en España. Si bien es cierto que a través de estas experimentaciones se lucha contra enfermedades y sufrimientos; por otra, posibilita también el instrumentalizar al ser humano incluso antes de su nacimiento (Vidal Martínez,

2015, p.29). Por su parte, el artículo 18.2 del Convenio de Oviedo prohíbe el crear embriones con fines de experimentación exclusivamente, pero; no prohíbe la creación de embriones humanos mediante las técnicas de experimentación in vitro ni la experimentación con embriones no viables (Canosa Usera, 2017, p.289)

En relación con esta situación, el art 33 de la LIB establece la siguiente prohibición legal que ha de limitar este avance biomédico,

“1. Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación.

2. Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”

Por otro lado, el creciente progreso de las técnicas de fertilización humana abrió la posibilidad de tener descendencia a personas infértiles. Si bien es cierto que las técnicas de fecundación in vitro se originaron primeramente para actuar como remedio contra la esterilidad, actualmente no han de solo tenerse en cuenta su solución de problemas contra la esterilidad, sino también la importancia que cobra en el desarrollo de otras técnicas complementarias para prevenir y evitar la aparición de enfermedades que carecen de tratamiento curativo en personas nacidas (Proenca Xavier, 2006, p.147). La fecundación in vitro ha dado así un paso más allá y también puede utilizarse para la planificación familiar y el garantizar la salud del nacido. Así se establece en el Prólogo mismo de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida que desarrolla lo siguiente,

“se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo. El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de

tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo”

Sin embargo, es importante tener en cuenta que esto no implica que las restricciones entorno a este avance biomédico sean escasas o laxas. El legislador español limita el uso de las experimentaciones biomédicas en el ámbito de la fecundación in vitro al tratamiento médico (Proenca Xavier, 2017, p.144)

Esto puede tener cierto sentido. La FIV es un procedimiento caro y de eficacia escasa, pues son pocas las transferencias de embriones de un embarazo que consiga llegar a buen término. Si acudimos a las estadísticas más recientes, podemos comprobar que las más favorables sitúan la tasa de efectividad de la fecundación in vitro en un 45%, siempre que el individuo que se someta a las mismas acepte someterse a un mínimo de cinco transferencias de embriones aproximadamente. Son muchos los que argumentan que la técnica de la fecundación in vitro sólo podría ser considerada como admisible cuando tuviera una eficacia probada y superior a la actual y no provocara los gastos y molestias que actualmente genera (Pardo Caballos, 2003)

En España la fecundación in vitro y las investigaciones con embriones humanos quedan reguladas por la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida. Esta ley ha llevado a cabo una refacción completa de la ley 35/1988 con el objeto de introducir novedades y limitaciones importantes porque el objetivo de que las técnicas sean un remedio contra la esterilidad, como hemos podido comprobar, ha desaparecido (Vidal Martínez, 2015, p.20)

A modo de esbozo podemos señalar algunos de los puntos más importantes de la ley. Se especifica que las técnicas de reproducción humana asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan un grave riesgo para la salud física, psíquica de la mujer o de la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer. En cuanto a los usuarios establece que podrán acceder a ellas cualquier mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. También se permite el uso de métodos de diagnóstico de preimplantación embrionaria in

vitro con fines terapéuticos con el permiso especial de la autoridad médica competente (Vidal Martínez, 2015, p.20)

IV. NORMATIVA APLICABLE EN INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA Y JURISPRUDENCIA

1. EL DERECHO A LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

El artículo 20 CE reconoce el derecho a la libertad de investigación científica:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

b) a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”

El derecho a la investigación biomédica podría considerarse como una de las ramas del derecho subjetivo de las personas a la libertad de investigación científica, y como tal ha de ser respetada (De Miguel Beriain, 2012, p.41).

En el ámbito internacional y de la UE, el derecho a la investigación biomédica queda también reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales UE (art. 13):

“Las artes y la investigación científica son libres”

y en el Convenio de Oviedo (art 15),

“La investigación científica en el ámbito de la biología y la medicina se efectuará libremente, a reserva de lo dispuesto en el presente convenio y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección del ser humano”

En conclusión, la libertad de investigación constituye un derecho humano subjetivo y el papel del Derecho es el de respetar y proteger el derecho a la investigación Biomédica. (De Miguel Beriain, 2012, p.45), haciendo valer una serie de limitaciones para que éste se desarrolle libremente. Sin embargo, este derecho subjetivo a la libertad de investigación científica no es absoluto. Cuando este derecho entra en conflicto con otros, se requiere de una intervención del derecho mucho más activa en lo que se refiere a este

campo (De Miguel Beriain, 2012, p.45). Así lo señala el TC en su sentencia 235/2007¹, al afirmar que el principal límite a esta libertad viene constituido por la dignidad humana que se proclama en el art 10.2 CE y los derechos fundamentales y libertades que se recogen en nuestra carta magna (De Montalvo Jääskelainen, 2013, pag. 77). Según señala De Castro Cid (2017), el ejercicio del derecho a la investigación biomédica puede entrar en conflicto con otros derechos superiores cuando el ejercicio de esta libertad implique riesgos para los titulares de estos (p. 23).

Fuera de estos supuestos de conflicto entre derechos, la libre investigación científica y todas las ramas que de la misma derivan han de, no sólo ser respetadas por el Estado; si no también promovidas como bien originario de la autonomía individual y bien constitucionalmente protegido (De Castro Cid, 2017, p. 23).

Esto queda reconocido en el artículo 44.2 de nuestra carta magna que establece:

“Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica del interés general”

Podemos concluir así que el derecho no sólo debe vigilar el respeto a la investigación científica, sino promover activamente que esta llegue a buen término (De Miguel Berain, 2017, p.46). La propia funcionalidad de los derechos humanos incluye el compromiso de impulsar la aplicación de tales avances en la medida en que estos puedan contribuir a mejorar la calidad de vida de los hombres (De Castro Cid, 2017, p.23). La eficacia curativa y la posibilidad de diagnósticos de muchas enfermedades actuales se deben precisamente a la tenacidad y rigor científico de la investigación biomédica (Morán Martínez, 2009, p.169). La necesidad de la investigación biomédica para el progreso de las ciencias y el bienestar social es así indudable. Siguiendo a Porras del Corral, “todo aquello que produzca un beneficio para el hombre, una ayuda al desarrollo armónico e integral del mismo como ser humano, como fin, en definitiva, algo que le permita una vida más digna, más libre, más justa y más humana” se entiende como progreso y, por tanto, tiene que ser

¹ Si bien es cierto que la mencionada sentencia ocupa un ámbito distinto, como lo es el revisionismo histórico de los crímenes del social nacionalismo, puede resultar de interés para nuestro debate. La conclusión a la que lleva el Alto Tribunal puede ser perfectamente trasladada a la creación de libertad científica y a los límites que la misma tiene, sin que constituya así un derecho absoluto.

tanto protegido como impulsado por los Estados de Derecho. (Parra Morente, 2011, p. 39)

Por todo ello, no ha de entenderse la relación existente como conflicto, si no como relación de complementariedad. Es para el caso de que existan conflictos, cuando surge la necesidad de aplicar unos límites o principios rectores que de los propios derechos a la vida e integridad personal se esgriman (De Castro Cid, 2017, p. 23). El que hayamos reconocido la importancia del derecho a la libertad de investigación científica no puede justificar de ningún modo que se convierta en fuente de lesión de otros derechos (Morán Martínez, 2009, p.189) y es por ello por lo que ha de existir un control estatal y legislativo para los casos en los que se produzcan afecciones a los derechos los demás individuos.

Si bien es cierto que reconocemos que existe un derecho individual a la libertad de investigación científica, en lo que respecta a nuestro análisis, lo concebiremos como un bien común constitucionalmente protegido al que se liga la obligación por parte del Estado a fomentar la investigación científica, y no como un derecho individual del investigador (De Miguel Berain, 2012, p47)

La Ley de Investigación Biomédica, que analizaremos a continuación, incorpora ciertos límites a la libertad de investigación biomédica, más allá de los criterios jurídicos que también han de incorporarse para resolver los conflictos entre la libertad de investigación biomédica y el resto de los derechos individuales y comunitarios que se invocan, como veremos más adelante (De Montalvo Jääskelainen, 2013, p.79),

2. NORMATIVA APLICABLE A LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

A la hora de establecer los límites que hay que fijar a la libertad de investigación biomédica como bien jurídico protegido, no podemos guiarnos por el principio propio que opera en los derechos humanos de cuarta generación de que todo lo no prohibido está explícitamente permitido pues parece no tener plena eficacia (De Montalvo Jääskelainen, 2013, p.79). Por lo tanto, todo profesional del derecho que aborde un conflicto relacionado con la materia biomédica debe hacer uso, por lo menos, de las siguientes normas que regulan los diferentes avances biomédicos que se llevan a cabo en un área tan especialmente dinámica.

Nuestro ordenamiento cuenta con un importante número de normas que regulan determinados ámbitos de la investigación biomédica, como hemos visto en el apartado anterior. La Ley 30/1979, regula los trasplantes de órganos y tejidos humanos manteniéndose hasta la actualidad con muy buenos resultados. El trasplante, donación y procesamiento de células, por su parte, ha sido objeto de reciente regulación mediante la transposición de la directiva 2004/23/ de la Comunidad Europea. La actual ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida también es de constate aplicación en nuestro ordenamiento jurídico (Martínez Vidal, 2015, p.19) Cualquier profesional del derecho que aborde una disputa en este sentido debe, al menos, considerar las prohibiciones y principios que de estas normas se desprenden adaptándose a la evolución de los avances biomédicos y cambios constantes en los principios propios de la bioética (Fernández Antelo, 2010, p.6)

Los conflictos que pudieran derivarse de la falta de regulación de un campo biomédico en base a la legislación mencionada han de ser objeto de estudio, pues en un área que tiene un impacto tan significativo en los derechos humanos y dignidad como lo es la biomedicina, es importante evitar lagunas legales y vacíos normativos. En esta línea, una sentencia del Tribunal de Kassel consideró que es categórico que el legislador decida acerca de la actividad biomédica sin que la misma pueda desarrollarse en un periodo de ausencia de regulación. Así, ante los conflictos que pudieran derivarse de la falta de regulación de un campo biomédico o ante la existencia de intereses enfrentados, hemos de acudir a la Ley de Investigación Biomédica y doctrina y tribunales de nuestro entorno, quedando estas cuestiones si no limitadas, al menos solventadas (De Montalvo Jääskelainen, 2013, p.80).

La Ley de investigación biomédica 14/2007 de 3 de julio (en adelante LIB) tiene por objeto dotar de protección jurídica a los nuevos avances que se generan en el ámbito de la biomedicina en España a la vez que crea un marco que garantice que la investigación científica en cuestión sea segura y respetuosa para los titulares de los derechos en juego (Martínez Vidal, 2015, p.24). La LIB regula en particular (art 1 LIB),

“a) Las investigaciones relacionadas con la salud humana que impliquen procedimientos invasivos

- b) la donación y utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicables clínicas*
- c) el tratamiento de muestras biológicas*
- d) el almacenamiento y movimiento de muestras biológicas*
- e) los biobancos*
- f) el comité de bioética en España y además órganos con competencias en materia de investigación biomédica*
- g) los mecanismos de fomento y promoción, planificación, evaluación y coordinación de la investigación biomédica”*

La ley cumple así bastante satisfactoriamente con el principio de seguridad jurídica que se busca pues, al recoger limitaciones relativas a todos los avances biomédicos que se están generando en los últimos años, evita que se produzcan vacíos normativos o situaciones que pudieren resultar perjudiciales o conflictivas para los derechos y dignidad humanas. A esto se añade además un importante artículo (art 3 LIB) de la misma que recoge definiciones legales de figuras creadas *ex novo*, lo que permite adaptar la ley a las situaciones conflictivas concretas que de los diferentes avances biomédicos se generan al establecer qué se entiende legalmente por análisis genético, feto, dato genético de carácter personal.... entre otras varias definiciones (De Montalvo Jääskelainen, 2013, p.80)

La ley sigue una protección que converge con nuestra hipótesis. El art 1 de la Ley decreta que la LIB tiene por finalidad el respetar la dignidad y derechos inherentes a la persona. En la misma línea el artículo 2 establece que,

“La realización de cualquier actividad de investigación biomédica comprendida en esta Ley estará sometida a la observancia de las siguientes garantías:

- a) Se asegurará la protección de la dignidad e identidad del ser humano con respecto a cualquier investigación que implique intervenciones sobre seres humanos en el campo de la biomedicina, garantizándose a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a la integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales.*

b) La salud, el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad o de la ciencia.

c) Las investigaciones a partir de muestras biológicas humanas se realizarán en el marco del respeto a los derechos y libertades fundamentales (...)”

El art 2 reitera la importancia que cobran el respeto por la dignidad, identidad y demás derechos y libertades del ser humano en las limitaciones a imponer a la libertad de investigación biomédica. Sin embargo, no olvida garantizar también la libertad de investigación, señalando que se llevará a cabo de acuerdo con el principio de precaución para evitar enfrentarnos a situaciones riesgosas para los derechos a la vida, salud o integridad personal (Martinez Vidal, 2015, p.24)

“d) Se garantizará la libertad de investigación y de producción científica en el ámbito de las ciencias biomédicas

f) La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud”

Los principios generales a los que han de estar sujetas las investigaciones biomédicas quedan establecidas en el artículo 14 de la LIB, que establece que la investigación sólo podrá llevarse a cabo si los riesgos o molestias para el titular de los derechos en juego no resultan desproporcionadas en relación con los beneficios a obtener y si no hay alternativa posible de eficacia comparable. A estos principios generales añade unas prohibiciones o limitaciones específicas para cada avance biomédico.

En relación con la fecundación in vitro y las investigaciones sobre preembriones, embriones y fetos humanos, cabe destacar en primer lugar, el artículo 30 de la LIB que limita las investigaciones con embriones y fetos vivos únicamente a aquellas situaciones en las que exista un propósito diagnóstico o terapéutico en el propio interés del nasciturus. En la misma línea, el artículo 33 prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos únicamente tendentes a finalidades de experimentación. De importancia resulta también el artículo 28 de la LIB, que regula las posibilidades existentes en relación con la donación de embriones y fetos humanos, previendo las siguientes cuestiones,

- “1. Los embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, así como los embriones o fetos humanos muertos, podrán ser donados con fines de investigación biomédica u otros fines diagnósticos*
- 2. La interrupción del embarazo nunca tendrá como finalidad la donación y utilización posterior de los embriones o fetos de sus estructuras biológicas (...)*
- 3. Los fetos expulsados de prematura y espontáneamente serán tratados clínicamente mientras mantengan su viabilidad biológica, con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital”*

Además de esto, el artículo 29 de LIB establece el consentimiento expreso y escrito del donante como condición necesaria.

Por su parte, en relación con los experimentos relativos a la clonación, secuenciación del genoma humano y genética cabría destacar el capítulo II de la Ley que establece condiciones necesarias para llevar a cabo análisis genéticos y establece límites en los datos genéticos de carácter personal a efectos de velar por la intimidad e identidad del paciente.

Así por ejemplo establece también como condición necesaria, que como hemos podido evidenciar está presente en cualquier investigación en este campo, el consentimiento expreso y específico del titular que se va a someter a un análisis genético o experimentación similar.

La LIB incluye así desde limitaciones generales que aplican a todos los avances biomédicos hasta prohibiciones específicas para cada uno de ellos. Es evidente que cuando se trata de una prohibición la práctica no podrá realizarse y el consentimiento del titular de los derechos afectados resultará irrelevante aunque el mismo desee someterse a la investigación o procedimiento biomédico. Sin embargo, las limitaciones expuestas, condicionan, pero no impiden el desarrollo de estas prácticas biomédicas. Tienen que ver con el respeto de la libertad de los sujetos pasivos frente a estas y se manifiestan en la exigencia del consentimiento de los afectados que como hemos comprobado, es requisito *sine qua non* en todos los avances biomédicos que puedan tener lugar. (Canosa Usera, 2017, p. 289)

Ante esta situación conviene estudiar de manera más detallada de qué manera operan los principios generales expuestos en el artículo 19 de la LIB, que parecen seguir la línea propia del principio de proporcionalidad: si bien permitidas, o al menos no expresamente prohibidas, en algunos casos, las investigaciones biomédicas pueden producir afectaciones desproporcionadas para los derechos a la vida, integridad personal y dignidad humanas y por tanto, deben ser, sino excluidas, al menos reemplazadas por medidas menos gravosas para estos derechos.

3. LÍMITES AL DERECHO A LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA: INTRODUCCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD.

Ya hemos reconocido el derecho a la libertad de investigación biomédica que queda reconocido tanto en nuestra carta magna como en el ámbito internacional.

Es oportuno subrayar que, como cualquier libertad, la libertad de investigación biomédica ha de estar sujeta a limitaciones para no invadir la libertad de otros o sus derechos. No puede constituirse, por tanto, como un derecho absoluto tal y como ya hemos ido mencionando a lo largo de este estudio. Como hemos podido evidenciar son varias las situaciones en las que los avances biomédicos pueden tener afectaciones negativas sobre otros derechos de vital importancia como lo son el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal (De Miguel Berain, 2012, p. 48). Es obligación del Estado el regular las condiciones del ejercicio de esta libertad (Morán Martínez, 2004, p.189).

Hemos argumentado que la normativa en este campo tiene como finalidad el proteger la dignidad e identidad del ser humano, así como preservar el respeto de su integridad y de los demás derechos fundamentales, valores todos ellos comprometidos por el mal uso que pueda hacerse de los avances biomédicos. Para ello utiliza dos técnicas: la de la prohibición y la de la limitación, tratando de preservarse siempre el respeto a la libertad de investigación biomédica (Canosa Usera, 2017, p.288).

Es importante analizar con mayor detalle de qué manera opera ese mecanismo de limitación que esgrima nuestro ordenamiento jurídico. Si bien es cierto que ante las prohibiciones no hay nada que hacer, en el caso de las limitaciones, estas no impiden las

prácticas médicas dada la importancia a la libertad de los sujetos pasivos frente a estas prácticas, sólo se trata de condicionar la existencia de las mismas a determinadas situaciones (Canosa Usera, 2017, p.289) Así, la LIB establece que cualquier experimentación en el campo de la biomedicina se llevará a cabo garantizando que se respeten los derechos y libertades fundamentales de toda persona. Este es así el límite principal al que vamos a hacer referencia: ha de restringirse la investigación biomédica cuando esta pueda implicar un ataque a la integridad personal o incluso a la vida del ser humano. (Martínez Morán, 2004, p 190).

Son varias las situaciones que pueden darse en las que los derechos humanos chocan entre sí, lo que hace indispensable establecer una serie de mecanismos que aseguren una mínima coexistencia entre los mismos (De Miguel Berain, 2012, p.50) Para el caso que nos ocupa (la libertad de investigación científica frente a la vida e integridad personal como límites) la LIB esgrime dos mecanismos fundamentales de los que resulta importante entrar a analizar con más detalle. Por un lado, destacamos el principio de precaución, que queda reconocido en el artículo 2 LIB; por otro, reconocemos el principio de proporcionalidad, recogido en el artículo 19 LIB.

Vamos a intentar resumir pues de manera genérica cuáles son los intereses que pueden verse perjudicados por la investigación biomédica, tratando de delimitar hasta qué punto las investigaciones biomédicas son efectivas o no (y por tanto si hay que respetarlas) o, si por el contrario, hay importantes razones por las que dejarlos de lado utilizando para ello los principios mencionados de precaución y proporcionalidad. La investigación biomédica plantea un problema adicional que hay que tener en consideración: no afecta sólo a los individuos que ya existen sino que, puede dañar gravemente a los que aún no se han concebidos e incluso a generaciones futuras. Es pertinente considerar también estos intereses en nuestro estudio (De Miguel Berain, 2012, p.50). Introduciremos también el principio de responsabilidad, que está íntimamente ligado con el de precaución.

Ya hemos visto en las diferentes normas analizadas que el consentimiento y libertad del desarrollo del individuo cobran suma importancia en el tema que estamos tratando. Se exige que las investigaciones biomédicas queden siempre subordinadas al previo consentimiento libre e informado del sujeto afectado (De Castro Cid, 2017, p.20) La autonomía del paciente es un factor clave dentro de las ciencias biomédicas al constituir

el límite más infranqueable a la libertad de investigación científica con independencia de la importancia del proyecto (De Miguel Berain, 2012, p.59) Así queda recogida en la legislación nacional, como en varios convenios de carácter internacional

“la investigación científica sólo debería llevarse a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada” (Art 6.2. de la declaración de bioética y derechos humanos)

El consentimiento del paciente es uno de los límites que se impone a la libertad de investigación biomédica. Ahora bien, ¿qué sucede cuando el respeto por la autonomía del paciente va acompañado de un acto que pone en peligro la integridad de ese? Surgen dificultades en los casos en los que, el propio paciente, consciente de los riesgos desproporcionados que implica la experimentación biomédica, desea, sin embargo, participar en ella pues ante el continuar prolongando de manera indefinida una existencia de vida poco digna; existe la posibilidad, aunque sea ínfima, de mejorar su calidad de vida. Nos referimos aquí a aquellos supuestos en los que el titular de los derechos en juego accede a someterse a la práctica propuesta a pesar del riesgo previsto (De Miguel Berain, 2012, p.53). Imaginemos, por ejemplo, el caso de una madre que consiente que desarrollen una investigación sobre ella, que podría causarle problemas, con el fin de curar a uno de sus hijos

Es cierto que el hombre, en cuanto ser digno, debe gozar de autonomía de la voluntad para decidir sus planes de vida, pero, no debemos olvidar que, tras la autonomía, se esconde una vulnerabilidad aparente. El ser humano debe ser protegido en muchas ocasiones por encima de sus propias decisiones. Esto se manifiesta de manera muy clara en el derecho comunitario que busca proteger, ante la existencia de las nuevas situaciones sociales que se generan por las nuevas tecnologías (medios de comunicación, biomedicina, internet...), la integridad personal de las personas y grupos especialmente vulnerables (De Montalvo Jääskeläinen, 2013, p.78)

Se manejan aquí dos posturas. Por un lado, la idea general de que la vida, el derecho a la salud o la integridad personal, son bienes que deben ser preservados. De otro, que la importancia que nuestro ordenamiento jurídico da a la autonomía del sujeto nos obliga a respetar sus decisiones aun cuando puedan resultar riesgosas para el este (De Miguel

Berain, 2012, p.55). Ante esto, hay que llevar un análisis caso por caso, pues las circunstancias que rodean a un determinado supuesto pueden resultar determinantes para adoptar una actitud u otra. Para todas aquellas situaciones en las que el derecho a la libertad de investigación biomédica, conjugada con el consentimiento del titular, queda confrontado con otros derechos, no hay una solución universal que pueda ser de aplicación. Analicemos esta situación más en detalle desde el punto de vista del derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, que son los derechos objeto de nuestro estudio

A) DERECHO A LA VIDA COMO LIMITE

Ya hemos establecido en apartados anteriores que en lo que concierne a este estudio, nos estamos guiando por una concepción más específica del derecho a la vida que, no implica sólo el mero subsistir biológico, sino que ha de darse una existencia de vivir digna. Seguimos aquí la Declaración Universal de los Derechos Humanos que proclama que todo individuo por el mero hecho de ser persona ha de tener “derecho a un nivel satisfactorio de vida”. Dado que las investigaciones biomédicas siempre terminan teniendo un impacto considerable en la esperanza de vida de los hombres y en la calidad de esta, es evidente que tienen mucho que ver con el alcanzar ese nivel satisfactorio de vida (De Castro Cid, 2017, p.17)

Siguiendo el principio de precaución anteriormente mencionado, no debería llevarse a cabo ninguna investigación biomédica que cree un grave riesgo de muerte para el individuo que se someta a ella o que directamente cause la muerte (De Miguel Berain, 2012, p.52). Así, todas aquellas acciones dirigidas a causar la muerte de un ser humano de manera menos dolorosa estarían prohibidas. También estarían prohibidas todas aquellas investigaciones que, aunque no persigan como tal el causar la muerte del individuo, su accionar sí que pueda poner en riesgo la vida de este.

Este principio tiene que ser aplicación en aquellos casos en los que la libertad de investigación biomédica entre en conflicto con otros derechos pero, sin embargo, no puede concebirse de una manera absoluta. Restringir, en base a la protección del derecho a la vida de un paciente, la investigación biomédica tendente a causar la muerte puede

atentar contra el derecho a una vida digna y el derecho a la salud, si entendemos que estos incluyen el derecho a evitar sufrimientos innecesarios (De Miguel Berain, 2012, p.52)²

Además, por otro lado, son muchos los experimentos biomédicos que no incluyen en su procedimiento el causar la muerte pero que, sin embargo, entrañan en sí mismos un posible riesgo para la vida humana. Son muchas las experimentaciones biomédicas que provocan riesgos para la vida humana y en las que, a pesar de ello, el titular de los derechos en juego da su consentimiento incluso conociendo los riesgos desproporcionados que esta trae consigo. Si la aplicación del principio de precaución fuese absoluta, estas experimentaciones también estarían prohibidas y el derecho a la libertad de investigación científica estaría limitado de manera excesiva. Es deber del legislador el alcanzar un punto intermedio en el que también se respete y proteja este derecho a la investigación, como ya hemos mencionado (De Miguel Berain, 2012, p.52).

Es ante estas situaciones cuando tenemos que conjugar el principio de precaución con el principio de proporcionalidad, alcanzando un punto intermedio: si bien hay casos en los que hay un impedimento claro que nos imposibilita el llevar a cabo una investigación biomédica que pueda atentar contra el derecho a la vida, en la mayoría de los casos tenemos que ponderar cautelosamente los riesgos a los que nos enfrentamos con los beneficios que podríamos obtener. El respeto por la vida humana nos obliga no ya tanto a impedir cualquier investigación biomédica que suponga una amenaza para la vida del sujeto que se somete a ella, sino a llevar a cabo un análisis del tipo coste-beneficio para así distinguir unos casos de otros (De Miguel Berain, 2012, p.49)

B) DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL COMO LÍMITE

Aquí, las opiniones doctrinales vuelven a ser básicamente las mismas: de un lado, la idea de que la integridad personal como tal, es un bien que ha de ser preservado y protegido; por otro lado, la opinión de que hay que respetar las decisiones del sujeto aun cuando

² Recordemos que en nuestro ordenamiento jurídico la eutanasia pasiva e indirecta nunca va a estar penada. Los cuidados paliativos, íntimamente ligados con las nuevas investigaciones biomédicas, que actúan como medida para aliviar dolores generados por una enfermedad, pero, produciendo un acortamiento de la vida al mismo tiempo, nunca estarán penados. Asimismo, la eutanasia activa y directa tampoco será castigada siempre y cuando se cumplan con unos requisitos tasados legalmente. Así las cosas, el prohibir cualquier acción u omisión relativa a causar la muerte digna de un individuo (siempre que cumpla con los requisitos establecidos), atentará directamente contra la dignidad de este y su derecho a una vida digna.

estas puedan resultar riesgosas para el mismo en relación con el principio de la autonomía de la voluntad que proclama nuestro ordenamiento jurídico. Hablamos aquí de situaciones en las que una persona presta su consentimiento a una aplicación biomédica que pueda ocasionar graves riesgos para los derechos de los que es titular porque, a cambio, quiere obtener otro bien o beneficio gracias a la experimentación (De Miguel Berain, 2012, p5)

No se puede afirmar con certeza que todas las investigaciones biomédicas encaminadas a mejorar las condiciones psicofísicas de aquel que se someta a ellas puedan quedar amparadas por el principio de la autonomía de la voluntad del sujeto y el criterio del mayor beneficio para este, pues en ocasiones las experimentaciones biomédicas pueden, en vez de atender a fines exclusivamente científicos o médicos, atender a fines no aceptables desde el punto de vista ético que obedecen a una instrumentalización del ser humano. Por otro lado, tampoco parece razonable invocar el derecho humano a la integridad personal para impedir cualquier investigación biomédica que pueda vulnerar o poner en riesgo los derechos del titular (De Castro Cid, 2017, p.24)

Por tanto, en principio, cualquier duda debe ser resuelta aplicando el principio de proporcionalidad, según el cual el cálculo del beneficio para el individuo supere el cálculo del riesgo. (De Castro Cid, 2017, p.25) Existe un deber general de evitar toda investigación biomédica que entrañe un riesgo desproporcionado en relación con los resultados generados, para la salud de los seres humanos implicados en ella, ya sea por acción o por omisión (De Miguel Berain, 2012, p. 5).

Un ejemplo de ello lo encontramos en la STC 221/2002. Aunque la misma no entra a analizar de qué manera opera el principio de proporcionalidad cuando el derecho a la integridad personal entra en conflicto con la libertad de investigación biomédica, sí que lo hace cuando que este entra en conflicto con otro derecho: el derecho de reagrupación familiar de los padres.

En el caso mencionado el TC declaró que, se había vulnerado el derecho a la integridad moral del menor, ya que la decisión de la reinserción en la familia se había tomado sin haber llevado a cabo una valoración adecuada de las circunstancias que podrían afectar a la integridad psíquica del menor. Es, por tanto, una sentencia importante para nuestro estudio porque mediante ella se reafirma la importancia de respetar los valores

fundamentales y el llevar a cabo una fundamentación adecuada valorando y ponderando todas las circunstancias e intereses en juego: el Tribunal Constitucional señaló que el derecho de los padres a la reunificación familiar no podía prevalecer sobre el derecho a la integridad moral/psíquica del menor.

C) OTROS LÍMITES A TENER EN CONSIDERACIÓN

El derecho a una vida digna ha de garantizarse en todos los aspectos posibles. Así las cosas, las actuaciones biomédicas incontroladas, que van más allá de la mera investigación en seres humanos, afectando a plantas, animales o el medioambiente; pueden poner en peligro este derecho complementario al mero subsistir biológico al recortar la biodiversidad tan necesaria para la humanidad para disfrutar de una vida digna y plena. Por otra parte, sin embargo, algunos avances biomédicos cuentan también con la capacidad para resolver algunos de los problemas actuales de nuestra biosfera (De Castro Cid, 2017, p.18).

Esto hila con el principio de responsabilidad, que doctrina y tribunales siempre tienen presente a la hora de decidir sobre un conflicto que involucre este derecho a la libertad de investigación biomédica. Los humanos tenemos la obligación moral de actuar de manera que aseguremos nuestra supervivencia en la tierra en el largo plazo de tiempo (esto es a lo que nos referimos cuando hablamos del principio de responsabilidad (De Miguel Berain, 2012, p.51)

Este principio se ha extendido no sólo a asegurar la propia supervivencia del ser humano, sino también a garantizar que esa supervivencia cumpla con las expectativas de calidad de vida para generaciones futuras. No existe sólo la necesidad de preservar la vida humana, sino también que las condiciones sean idóneas para nuestra existencia como personas dignas. El problema es que no siempre es fácil saber cuándo una investigación biomédica actual puede generar problemas para la subsistencia de generaciones futuras. Es por ello por lo que el principio de precaución está íntimamente ligado con el principio de precaución. Como afirma De Miguel Berain (2012) *“cuando una actividad plantea una amenaza para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones causa y efecto no se hayan establecido de manera científica en su totalidad”* (p. 54)

En conclusión, tras este análisis podemos afirmar que las aplicaciones biomédicas son, en principio, una buena vía para que todas las personas tengan acceso a un mayor y más digno disfrute de sus derechos. Sin embargo, estas no podrán ser consideradas como legítimas cuando planteen riesgos graves e irreversibles para los derechos a la vida e integridad personal (De Castro Cid, 2017). En el supuesto de conflicto entre una determinada actuación biomédica y el pacífico disfrute de un determinado derecho humano, el correspondiente proceso de valoración deberá abrirse, mediante los principios de proporcionalidad, precaución y responsabilidad, a la ponderación de todos los diferentes derechos e intereses básico que puedan estar en juego.

V. PERSPECTIVAS ÉTICAS SOBRE EL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL

1. INSTRUMENTALIZACIÓN EN LOS SERES HUMANOS: EL SURGIMIENTO DEL BIODERECHO

La mayoría de los estudiosos del derecho, como ya hemos visto, fijan el límite a la investigación del ser humano en la dignidad humana. El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, como veremos más adelante, siguen también una línea similar. Optan así por oponerse a la instrumentalización en los seres humanos y rechazar cualquier investigación biomédica que utilice a estos como medios para alcanzar un fin, o al menos, sólo como medios y no como fines en sí mismos, poniendo además en peligro a un grupo de seres humanos sólo por el beneficio de otros (Martínez Morán, 2004, p.171)

Las oportunidades que la biomedicina trae consigo, pueden a su vez acercarnos a una una instrumentalización del ser humano en la búsqueda de un progreso o mejoría en la ciencia, atentando contra la dignidad humana que tanto su busca proteger. Así lo hemos visto a lo largo de la historia, en la que son varios los sucesos en los que se han llevado a cabo experimentos médicos en grupos de personas vulnerables pretendiendo contribuir al progreso científico. Por tanto, es imperioso que las posibilidades que la investigación biomédica trae consigo se desarrollen a la par que el estudio de la ética (Martínez Morán,

2004, p.168). Son dos las corrientes éticas principales que vamos a manejar en este trabajo académico: la ética kantiana y el utilitarismo.

El utilitarismo es una teoría ética que argumenta que la moralidad de una acción queda determinada por las consecuencias que la misma trae consigo y no tanto por su cualidad como tal (Germán Zurriarán, 2008, p.19). Siguiendo aquí con Betham, una de las figuras más representativas de la corriente utilitarista, de entre las posibles acciones que podemos llevar a cabo, hay que escoger aquella cuyas consecuencias o resultados generen la máxima utilidad posible al mayor número de personas (Germán Zurriarán, 2008, p.20). De manera general, para el utilitarismo la moralidad de un acto no viene dada por su objeto, sino por la felicidad o satisfacción que la misma genera en todos aquellos afectados por sus consecuencias. Así, según lo expuesto hasta ahora, la ética utilitarista podría desembocar en una justificación de la instrumentalización del ser humano, en lo que a la investigación biomédica se refiere, si este pudiese resultar un medio para alcanzar una optimización universal (Germán Zurriarán, 2008, p.23)

En lo que nos concierne, el derecho a la libertad de investigación biomédica bajo este tipo de ética se concibe como un área del saber instrumental: “*se ha de hacer lo que técnicamente puede hacerse*”. Las acciones o investigaciones biomédicas pasan a ser vistas como medios, y lo que se entra a valor no es tanto su moralidad, sino su eficacia. Bajo este tipo de pensamiento ético, racionalidad y eficacia son sinónimos. Algo será racional, y por tanto estará justificado, cuando sea un medio eficaz para alcanzar un fin que cause un beneficio para el mayor número de personas (Germán Zurriarán, 2008, p. 24). En otras palabras, la justificación de las investigaciones biomédicas reside en que tanto actúan las mismas un medio adecuado para alcanzar el fin propuesto, ha de producirse un ajuste perfecto entre los medios utilizados y los objetivos establecidos (Germán Zurriarán, 2008, pag 25)

A lo largo de nuestro estudio, sin embargo; hemos optado por guiarnos por una concepción de la ética a aplicar kantiana. Hemos acotado los límites a los que debería someterse el derecho a la libertad de investigación biomédica sosteniendo que este debe conocer como límite los derechos de otras personas. Esta concepción, de modo más específico, es la que se conoce como “usos humanistas de las biotecnologías” y se guía precisamente por ese rechazo a la instrumentalización del ser humano que apoyaba Kant.

El humanismo científico se postula a favor de una protección y respeto totales a la dignidad humana. Así simplemente busca el lograr una mejora psicofísica humana en el campo de la medicina a raíz de las investigaciones biomédicas, pero sin sacrificar la dignidad inherente a la persona (Morente Parra, 2011, p.45)

No hemos desarrollado, sin embargo, con mayor precisión la cuestión de titularidad relativa a este punto y es, sin embargo, una cuestión de análisis esencial. Dos estudiosos del derecho pueden estar completamente de acuerdo con la teoría desarrollada hasta ahora, pero no alcanzar una decisión normativa concreta, precisamente porque el concepto que tienen de persona difiere entre ellos. Así por ejemplo, quienes creen que un embrión no es humano aceptarán que es éticamente correcto el destruir a estos organismos para obtener células madre de ellos. Sin embargo, cualquiera que crea que sí que estamos tratando con una entidad con personalidad humana, condenará muy probablemente dicha práctica (De Miguel Berain, 2012, p.66)

Por ejemplo, Peter Singer, importante autor personalista, argumenta que podemos hacer una distinción entre ser humano y persona. Afirma que son las personas y no los seres humanos los que verdaderamente tienen derechos (Polo Santillán, 2004, p.62)

En palabras de Polo Santillán (2004), Peter Singer, caracteriza a las personas humanas como aquellas que tienen autoconciencia. Por tanto, los embriones, niños o dementes, aunque sí podrán ser consideradas como seres humanos: no serán consideradas como personas por este autor por no tener autoconciencia (p.68). El autor hace por tanto, una distinción importante aquí. Para Peter Singer, los embriones o las personas mentalmente discapacitadas, por ejemplo, sí son consideradas como seres humanos desde el punto de vista de la especie biológica, pues han sido engendrados por un óvulo y espermatozoide humanos (p.63). Sin embargo, hay otro tipo de ser humano que tiene unos determinados indicadores, como pueden serlo la autoconciencia, la capacidad para relacionarse o el control sobre uno mismo, que será aquel que disfrute de la condición de persona (p.68) Aquí está la diferencia entre una persona y la mera especie biológica.

Singer con su teoría lleva el pensamiento del personalismo al extremo: los seres humanos que no son considerados personas al carecer de autoconciencia son iguales que los animales y, por tanto, no gozan de derechos (Polo Santillán, 2004. p,69)

Esta concepción tiene así importantes efectos para nuestra hipótesis. La respuesta a la pregunta de si todos los seres humanos son personas titulares de derechos que han de ser objeto de protección tiene importantes implicaciones éticas no sólo para la teoría filosófica sino también para la práctica biomédica, particularmente en aquellas cuestiones relativas al comienzo y fin de la vida. Para Singer es fundamental reconocer el valor de la vida humana en lo que a la bioética se refiere y para él, aquellos con los indicadores de persona mencionados anteriormente, tendrán valor, dignidad y sus derechos habrán de ser protegidos; mientras que aquellos sin estos rasgos serán identificados como simples seres biológicos con poco valor (Polo Santillán, 2004, p.68)

Son varios los autores que siguen ideas similares que las de Singer (corriente personalista). Arthur Danto, por ejemplo, sostenía que persona sólo es aquella que posee “derechos y deberes jurídicos” llegando a la conclusión de que no todo ser humano es persona (Polo Santillán, 2004, p.77)

Las críticas a esta concepción, y las que nos permitirán alcanzar una respuesta al problema de la titularidad son varias. En primer lugar, es necesario enfatizar que la visión del personalismo, que otorga solo valores y derechos a lo que esta concibe como “personas” es arbitraria y, por lo tanto, injusta. Colectivos de personas como niños, ancianos, personas con discapacidad a las que el derecho debe de defender, quedan en una situación de vulneración y desprotección bajo esta corriente de pensamiento. Así pues, aceptar esta corriente de pensamiento como solución a nuestro conflicto en relación con la titularidad, implica nuevas formas de marginación e injusticia. La idea de derechos universales, igualdad y justicia, es imposible bajo las ideas personalistas (Polo Santillán, 2004, p.77)

Además, hay una extensa regulación en relación con la prestación del consentimiento de menores e incapaces en las investigaciones biomédicas lo que indudablemente implica que los derechos de este grupo de seres sí que es protegido que es protegido por el derecho, pues las mismas son concebidas como personas por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En conclusión, desde un punto de vista ético y moral, tanto nuestra legislación como la legislación internacional, son más afines a la ética kantiana como corriente de

pensamiento. Se protegen de manera férrea la dignidad humana y los derechos que de la misma emanan y se rechaza la instrumentalización del ser humano que, sin embargo, sí que quedaría justificada por un pensamiento utilitarista.

Cabe añadir además que se rechaza el personalismo como corriente para determinar o fijar a aquellos individuos objeto de protección. Si bien es cierto que los embriones o de los fetos no gozan de una protección tan reforzada como pueden tenerlo las personas con personalidad jurídica, esto no impide que nuestro ordenamiento no busque dotarlos de protección como bienes constitucionalmente protegidos. Sin embargo, siguiendo corrientes de pensamiento como el utilitarismo o personalismo, podría justificarse más fácilmente el investigar sobre un ser humano en los primeros momentos de su concepción, aun causando sobre el mismo graves afecciones, porque los embriones no se considerarían más que medios para la obtención de fines promovidos o buscados por terceras personas (Germán Zurriarán, 2008, p.25)

VI. DOCTRINA DEL TC: DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Ya hemos establecido que los principios bioéticos de proporcionalidad, precaución y responsabilidad han de guiar al legislador y al Juez, quienes deberán de interpretarlos y aplicarlos a cada caso concreto teniendo en cuenta las circunstancias y la realidad social. Las diferentes herramientas legislativas han de afinarse y adecuarse para tomar el control sobre el poder actual que tiene la biomedicina, abordando temas que trascienden cada vez con mayor fuerza en la sociedad (Vidal Martínez, 2015, p.31)

Analizaremos en este epígrafe, con mayor detalle, la aplicación de los principios de precaución y proporcionalidad en situaciones en las que se dan conflictos entre derechos. Analizaremos cómo los principios de precaución y proporcionalidad actúan para resolver diferentes situaciones de conflictos entre derechos fundamentales, lo que se podrá extrapolar también a aquellos casos en los que el derecho a la libertad de investigación biomédica entre en conflicto con otros derechos.

A) APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El principio de precaución se utiliza cuando no se tiene la certeza científica de que una nueva tecnología puede causar un daño para la salud y el medioambiente y, así las cosas, no debe confundirse con el principio de prevención (Roque MV, Macpherson I, Gonzalvo Cirac M, 2015, p.135).

La aplicación de este principio es abundante tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en los sistemas internacionales pues este se aplica con independencia de que se haya probado la relación causa-efecto de manera concluyente desde un punto de vista científico. Según declaró la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa de 27 de mayo de 2011, *“el principio de precaución debe aplicarse incluso cuando la evaluación científica no determina el riesgo con suficiente certeza”* (Roque MV, Macpherson I, Gonzalvo Cirac M, 2015, p.136).

El principio de precaución resulta así oportuno para proteger los derechos de los individuos, especialmente los de la salud, integridad personal y vida; así como para delimitar las nuevas tecnologías biomédicas. En el ámbito biomédico ha de terse un nivel de precaución determinado, que nos ha de hacer entender que no podemos actuar en el límite de lo que puede suponer riesgoso para los derechos individuales de las personas que también han de quedar protegidos. Es necesario analizar el mejor modo de lograr la finalidad que estamos persiguiendo y no puede idearse una determinada medida para ello sin antes analizar con prudencia todas las consecuencias (incluidas las de futuro) que con la misma se puede generar. Este principio tiene, por ende, la característica de anticipativo (Gonzalvo Cirac M, 2015, p.135).

Es evidente que contamos ya con una legislación que previene o reduce los daños y riesgos asociados con la investigación biomédica, pero aquella no es una garantía absoluta contra abusos de carácter grave. Por tanto, el objetivo principal de este principio ha de entenderse como el determinar el nivel de mitigación requerido para proteger a la sociedad de amenazas innecesarias (Gonzalvo Cirac M, 2015, p.136).

B) APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad ha quedado ya definido al inicio de esta investigación. Sin embargo, resulta oportuno entrar a analizar la estructura que se sigue con este principio cuando se aplica ante un conflicto entre dos derechos constitucionalmente protegidos, pues bajo la misma operan a su vez tres subprincipios o reglas.

La primera de ellas es la regla de la idoneidad. Con la misma se busca analizar si la medida, o en este caso investigación biomédica, es adecuada para promover la finalidad que se persigue con ella; así como legítima, entendiéndose por esto último como aquella norma que no está prohibida *prima facie*, ni tampoco lo está su finalidad (recordemos que hay varias experimentaciones biomédicas que están *per se* prohibidas por algunas de las leyes ya mencionadas) (Díaz García, 2011, p.177). Por otro lado, resulta oportuno destacar que deberá ser el órgano jurisdiccional competente el encargado de evaluar la utilidad de la investigación biomédica y su adecuación para promover los fines que con esta se pretenden (Díaz García, 2011, p.178).

La segunda regla es la de necesidad, con la que se evalúa la eficacia de la medida: si hay otras medidas más eficientes, para el caso que nos referimos, otras aplicaciones médicas más eficientes a la que se pretende implementar, esta no habrá superado el juicio de necesidad y por ende habrá de ser rechazada (Díaz García, 2011, p.186). Se compara la adecuación de la medida biomédica y las alternativas existentes, ya que esta debe tener al menos la misma probabilidad de lograr el objetivo deseado que las otras (Díaz García, 2011, p.185).

La última regla es la de la ponderación. Mediante esta regla se estudia si los beneficios que con la medida se pretende producir son mayores o menores que los riesgos o perjuicios que genera a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos con los que entra en conflicto. Aquí la medida biomédica será reconocida como constitucional si el beneficio que genera para los derechos fundamentales es mayor que los riesgos o consecuencias negativas que generan para, en este caso, el derecho a la vida y/o integridad personal. Por el contrario, y aun cumpliendo con el resto de subprincipios mencionados, si el sacrificio es excesivo, la medida deberá ser rechazada. En resumen, con la regla de la ponderación se estudia qué intereses constitucionales deben prevalecer (el derecho a la

investigación biomédica o los derechos a la vida e integridad personal) en función de las circunstancias del caso particular (Díaz García, 2011, p.195)

VII. CONCLUSIÓN

La ciencia biomédica, desde sus inicios, ha tratado de alcanzar una mejoría en las condiciones de vida del ser humano. Hallando las causas de enfermedades que se consideraban incurables, así como soluciones a las mismas, ha logrado restablecer el derecho a la salud; lo que ha dado lugar a su vez, a mejorías tanto en el derecho a la vida como en el derecho a la integridad personal de los individuos pues se ha terminado por alcanzar un modo generalizado de vivir más digno al paliarse las consecuencias negativas que de las diferentes enfermedades, de carácter terminal o grave, se podían derivar (Roque MV, Macpherson I, Gonzalvo Cirac M, 2015, p.133).

Sin embargo, ha podido comprobarse también cómo a lo largo de los años, ese carácter inicial de la biomedicina se ha ido desdibujando hacia otras realidades como la búsqueda de una vida sin dolor o el perfeccionamiento de la especie humana. Esto ha dado lugar a situaciones en las que el individuo, poniendo en riesgo otros derechos de los que es titular, ha optado por someterse a investigaciones biomédicas riesgosas porque existía una posibilidad (en algunos casos mínima) de mejorar su calidad de vida. Asimismo esa constante búsqueda por la perfección y la autonomía está produciendo un rechazo hacia la dependencia que siempre ha caracterizado al hombre, lo que resulta preocupante desde un punto de vista social. No nos olvidamos además de mencionar la facilidad que se da prácticas selectivas que afectan directamente la integridad psicofísica de ciertos individuos de la sociedad, gracias a los avances biomédicos más actuales relacionados con la secuenciación del genoma humano.

No queremos con estas afirmaciones iniciales rechazar el concepto de progreso biomédico, y así lo hemos ido clarificando a lo largo de este estudio. Se ha tratado de defender de manera férrea la necesidad de que exista un progreso en este ámbito del saber y lo peligroso que resulta para el conocimiento y el avance de la humanidad el considerar como peligrosas determinadas experimentaciones o ideas per se. Es más, se ha concebido al derecho a la libertad de investigación biomédica como un bien constitucionalmente protegido al que se liga además la obligación de fomentar por parte del Estado.

Citando aquí a Roque, Macpherson y Ciran (2015), *“la idea de progreso y riesgo en las investigaciones biomédicas son dos caras de una misma moneda. Frente a los numerosos beneficios que producen muchas de ellas, aparecen también efectos indeseados y fracasos (p.133)”* que ponen en riesgo o afectan a otros derechos fundamentales, como lo son el derecho a la vida o a la integridad personal, ambos reconocidos en el artículo 15 CE. Ante esta situación, surge la imperante necesidad de identificar los riesgos que se generan con la biomedicina y establecer los límites precisos para este avance en la búsqueda por reducir las amenazas y consecuencias que se generan.

Así, efectivamente, de entra las hipótesis expuestas al inicio parece que la tesis de la limitabilidad es la que cobra mayor sentido. Es también la tesis defendida y apoyada por nuestro ordenamiento jurídico establece que el derecho a la libertad de investigación biomédica no puede concebirse como un derecho absoluto y ha de estar sujeto a limitaciones.

La primera de estas limitaciones, y la más evidente, la encontramos en el consentimiento del titular de los derechos en juego: todas aquellas investigaciones biomédicas que no cuenten con el consentimiento del titular de los derechos en juego han de ser inmediatamente rechazadas y declaradas inconstitucionales. El ser humano, en cuanto ser digno, goza de autonomía de voluntad y libre desarrollo de voluntad para poder decidir sobre sus planes de vida. Sin embargo, como oportunamente se ha señalado, el hombre es un ser vulnerable que en muchas ocasiones debe ser protegido por encima de sus intereses.

Es por ello por lo que hay muchas prácticas biomédicas que, aun contando con el consentimiento del titular, están prohibidas. Esto no ocurre únicamente en el campo de la biomedicina, si no que se puede extrapolar a otros ámbitos de lo social. Así, por ejemplo, la prostitución queda también prohibida en nuestro ordenamiento jurídico aunque se cuente con el consentimiento de aquella persona que se prostituye. Esto tiene que ver con la ética kantiana sobre la que parece se estructura nuestro ordenamiento jurídico al oponerse a la instrumentalización del ser humano que, en cuanto ser digno, sólo puede ser considerado como un fin en sí mismo y nunca como un medio para alcanzar un fin. Cobra así sentido el porqué de determinadas prohibiciones en nuestro ordenamiento

jurídico como puede serlo la existencia de los vientres de alquiler, tan en boca en los últimos días tras el caso de Ana Obregón.

Para proteger la vulnerabilidad del ser humano, a parte de la técnica de la prohibición, nuestro ordenamiento también hace uso de la técnica de la limitabilidad, tratando siempre de preservar el respeto a la libertad de investigación biomédica. Según se establece, las investigaciones biomédicas encuentran su límite en la dignidad humana y en los derechos que le son inherentes. Las diferentes leyes promulgadas en relación con las investigaciones biomédicas se basan en esta regla general como base.

Sin embargo, a lo largo de este trabajo, hemos comprobado cómo no siempre la dignidad humana y derechos fundamentales que le son inherentes actúan como un límite de plena eficacia ante los avances biomédicos que se generan. Los derechos a la vida e integridad personal tampoco pueden concebirse como derechos absolutos y, en ocasiones, cederán ante el derecho a la libertad de investigación biomédica. Para todas aquellas situaciones en las que la libertad de investigación biomédica (acompañada del necesario consentimiento del titular de los derechos en juego), entre en conflicto con otros derechos, no existe un enfoque único pues las circunstancias de un caso particular pueden ser determinantes para tomar una decisión u otra y, por lo tanto, es necesario realizar un análisis individual, conjugando los principios de proporcionalidad, precaución y responsabilidad.

Por último, cabe destacar cómo el conflicto de la titularidad ha sido también relevante para nuestro estudio y de qué manera se ha dado también solución a esto desde un punto de vista ético: parece que nuestro ordenamiento jurídico se opone al personalismo como corriente de pensamiento, al rechazar el concepto de “persona” que esta corriente de pensamiento esgrima y al extender su protección a fetos, embriones o personas con discapacidad que, bajo el personalismo, no disfrutarían de protección y podrían quedar sometidos a las investigaciones biomédicas en nombre del progreso científico.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Constitución Española

Código Civil

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

Declaración Universal de la Unesco sobre el Genoma y los Derechos humanos, de 11 de noviembre de 1997.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respeto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE 29 de abril de 1986)

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (BOE 6 de noviembre de 1979)

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006)

Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (1997). Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (2005). Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 53/1985, de 11 de abril (versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. BOE núm.119, de 18 de mayo de 1985)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/1990, de 27 de junio (versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/2001, de 24 de mayo (versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. BOE núm. 137, de 08 de junio de 2001)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 221/2002, de 25 de noviembre (versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007, de 7 de noviembre (versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 24/2023, de 12 de enero (versión electrónica – base de datos VLEX)

3. OBRAS DOCTRINALES

Abellán Metesanz, I.M. (2003). *Sinopsis artículo 53. APP CONGRESO*

Araujo-Cuauro, J.C. (2019) *La biojurídica o el bioderecho como mediador de los nuevos dilemas biomédicos*. TELOS. Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales.

Barnes Vázquez, Javier (1998). *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. Revista Cuadernos de Derecho Público 5

Canosa Usera, R. (2017). *La protección de la integridad personal*. Revista de Derecho Político.

De Castro Cid, B. (2017). *Biotecnología y derechos humanos: ¿complementariedad o conflicto?* UNED

De Miguel Beriain, I. (2012). *El derecho a la investigación biomédica. Intereses en conflicto*. En F. J. Torre Díaz (Ed.), *Dilemas bioéticos actuales: Investigación biomédica, fin y principio de la vida* (40-72). Dykinson.

De Montalvo Jääskeläinen, F. (2013). *La ley de investigación biomédica: una aproximación crítica a algunos aspectos relacionados con la investigación*. Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE)

Díaz García, L.I. (2011). *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud e ilicitud de una restricción a los derechos fundamentales*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Fernández Antelo, L. (2010). *Biomedicina y práctica jurisdiccional: globalización y solapamiento de jurisdicciones. Propuesta de protocolo para el ejercicio de acciones ante Juzgados y Tribunales*.

Gálvez Muñoz, L.G. (2003). *Sinopsis artículo 15*. APP Congreso

Germán Zurriarán, R. (2008). *El utilitarismo ético en la investigación biomédica con embriones humanos*. Universidad de la Rioja

Gómez Córdoba, A.I. (2010). *Principios éticos y jurídicos del derecho genético en las declaraciones internacionales relacionadas con las intervenciones sobre el genoma humano*. Vniverisitas. Bogotá (Colombia)

Iberley. El valor de la confianza (2021). *Derecho a la vida y a la integridad física y moral en la CE*. Iberley, Información legal.

Iglesias Carballo, F.J. (2002). *Análisis jurisprudencial del artículo 15 de la Constitución Española*

Marteos y de Cabo, O. (2020). *Los límites del derecho a la vida: el problema del tipo de fuente normativa de su regulación*. Dykinson

Martínez Morán, N. (2004). *La dignidad humana en las investigaciones biomédicas*. UNED

Morente Parra, V. (2011). *Nuevos retos biotecnológicos para viejos derechos fundamentales: la intimidad y la integridad personal*. Universidad Carlos III de Madrid

Pardo Caballos, A. (2003). *La fecundación in vitro*. Revista Mundo Cristiano (UNAV)

Polo Santillán, M.A. (2004). *Bioética y persona en Peter Singer*. Escritura y pensamiento

Proenca Xavier, J. (2017), *Derechos humanos y biomedicina. ¿Quién tiene acceso a las técnicas de reproducción médicamente asistida?* Cuadernos de Derecho Actual nº5.

Rodríguez Mourullo, G. (2006). *Artículo 15: Derecho a la vida*. En O. Alzaga Villamil (Ed.), *Comentarios a la Constitución Española. Tomo II- Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978*. Endersa

Romeo Casabona, C.M. (2017) *El bioderecho y la bioética, un largo camino en común*. Revista Iberoamericana de Bioética

Roque MV, Macpherson I, Gonzalvo Cirac M. (2015) *El principio de precaución y los límites en biomedicina*. Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

Tribunal Constitucional. (2023). *Nota informativa nº 24/2023: El Pleno del TC avala la constitucionalidad de la ley de la eutanasia*

Vidal Martínez, J. (2015). *Acerca del Derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del Derecho español*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm 2.