

TEMA DE ESTUDIO:

BIOÉTICA, POLÍTICA Y SOCIEDAD

LOS DIEZ PRIMEROS AÑOS DEL CONVENIO EUROPEO SOBRE DERECHOS HUMANOS Y BIOMEDICINA: REFLEXIONES Y VALORACIÓN

THE FIRST TEN YEARS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON BIOMEDICINE AND HUMAN RIGHTS: REFLECTIONS AND EVALUATION

Vicente Bellver Capella

*Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Universitat de València (España).
Vicente.bellver@uv.es*

Resumen

En abril de 2007 se cumplieron diez años de la apertura a la firma del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina. Con ocasión de su décimo aniversario, el artículo ofrece una reflexión acerca de la importancia de este documento, tanto a nivel internacional como en España.

Palabras clave: Bioética, Bioderecho, Derechos Humanos, Biomedicina.

Abstract

April 2007 marked the tenth anniversary of the invitation to sign the European Convention on Human Rights and Biomedicine. The author reflects on the importance of this document at international level and, particularly, for Spain.

Key words: Bioethics, Biolaw, Human Rights, Biomedicine.

1. Introducción

En el viaje que Tocqueville realiza por los Estados Unidos en los años treinta del siglo XIX se sorprende de la salud de la democracia americana, que no ha incurrido en el riesgo de la tiranía de la mayoría que asola permanentemente a esta forma de organización política¹. En su opinión, los dos agentes que preservan la democracia de ese riesgo tan grave como probable son la religión y el modo de actuar de los juristas. No es el momento de exponer las razones por las que, según Tocqueville, la religión actúa como agente defensor de la democracia². Con respecto al modo de ser y de actuar de los juristas, dice Tocqueville: «los hombres que han hecho un estudio especial de las leyes han sacado de esos trabajos hábitos de orden, un cierto apego a las formas, una especie de amor instintivo por el encadenamiento regular de las ideas, que les hacen naturalmente opuestos al espíritu revolucionario y a las pasiones irreflexivas de la democracia»³. Gracias a ese modo de ser de los juristas «cuando el pueblo americano se deja embriagar por sus pasiones o se entrega con arrebatos a sus ideas, los legistas le ponen un freno casi invisible que lo modera y lo contiene. A sus impulsos democráticos, oponen secretamente sus propias tendencias aristocráticas; a su amor por la nove-

dad, su respeto casi supersticioso por lo antiguo; a la inmensidad de sus designios, la estrechez de sus puntos de vista; a su desprecio por las reglas, su amor por las formas, y a su prisa, su hábito de proceder con lentitud»⁴.

Si Tocqueville estaba en lo cierto, el Derecho es un elemento fundamental en la salvaguardia de la democracia y de los derechos humanos. Garantiza los derechos de las personas sustrayéndolos a la cambiante voluntad de la mayoría de turno. Puesto que uno de los cometidos fundamentales de la bioética es preservar la dignidad humana y los derechos humanos frente a la biomedicina, el Derecho es un elemento constitutivo de aquella. En consecuencia, las deliberaciones bioéticas no se pueden desarrollar al margen del Derecho (como si fuera suficiente contrastar al final del proceso deliberativo el resultado de la misma con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico). Ahora bien, el carácter constitutivo del Derecho para la bioética tampoco nos puede hacer incurrir en el extremo opuesto, según el cual la deliberación bioética correspondería fundamentalmente a los juristas, como si sólo desde el Derecho —y de la particular interpretación de las normas reguladoras de las actividades biomédicas que hagan los juristas— se pudiera dar respuesta cabal a todos los problemas bioéticos. Este es el drama que vive el Derecho en el campo de la bioética: o queda reducido a una condición marginal o se erige en el protagonista único de los procesos de decisión. Rara vez ocupa el papel fundamental pero no exclu-

1 Concretamente Tocqueville se pregunta qué es «lo que modera en los Estados Unidos la tiranía de la mayoría»; Alexis de Tocqueville, *La democracia en América, vol.1*, Alianza, Madrid, 2002 (trad. de Dolores Sánchez de Aleu), p. 379.

2 Cfr. Alexis de Tocqueville, cit., pp. 414 ss.

3 Alexis de Tocqueville, cit., p. 381.

4 Alexis de Tocqueville, cit., p. 387.

sivo que le corresponde, y que resulta tan urgente encontrar, para que la bioética no se reduzca a norma jurídica pero tampoco a unas prácticas éticas ajenas o al margen del Derecho y de su poder coactivo.

El 4 de abril de 1997 se abrió a la firma en la ciudad de Oviedo (España) el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, Convenio relativo a la los derechos humanos y la biomedicina. Por haber sido Oviedo el lugar de la firma también es conocido como Convenio de Oviedo o de Asturias. Ante esta norma sobre biomedicina, como ante todas las de su especie, las actitudes más frecuentes son las ya descritas: o bien desconsiderar su importancia hasta hacerla insignificante o bien magnificarla hasta excluir otros elementos de reflexión en el proceso de decisión bioética.

En las siguientes páginas trato de ofrecer unas reflexiones y una valoración del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina (CDHB) a lo largo de los diez años transcurridos desde que se abrió a la firma de los Estados. Para ello divido mi exposición en dos partes: en la primera me centro en explicar la importancia del CDHB en sí mismo, mientras que en la segunda me pregunto por la trascendencia el CDHB tanto en el ámbito jurídico internacional como en el ordenamiento jurídico español. El CDHB es la norma más importante para defender los derechos humanos ante la biomedicina que existe a nivel europeo. Y, por ello, es un elemento nuclear de cualquier reflexión y deliberación bioética.

2. La importancia del CDHB en sí mismo

Son varias las razones por las que el CDHB se puede afirmar sin exageración que es la norma jurídica de alcance internacional sobre bioética más importante que existe en la actualidad.

a.- En primer lugar, porque se trata de un convenio y no simplemente de una declaración. En el derecho internacional sobre derechos humanos nos encontramos con ambos tipos de instrumentos jurídicos. Los convenios son normas de obligado cumplimiento para las partes que lo hayan ratificado, mientras que las declaraciones son sólo la expresión de una voluntad, que no obliga coactivamente a los Estados que la aprueban a cumplir con lo manifestado en la misma. Es cierto que, en ocasiones, las declaraciones llegan a tener un influjo extraordinario, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aunque, por ser una simple Declaración, carece del respaldo de la fuerza coactiva para imponerse, es difícil imaginar en la actualidad que un Estado apruebe su Constitución al margen, y no digamos en contra, de aquella Declaración. Ese influjo se basa en el enorme respaldo social que ha suscitado dicho documento a lo largo del espacio y del tiempo desde su aprobación.

Pero más allá de alguna excepción como la que acabo de mencionar, los textos jurídicos internacionales que tienen verdadera influencia son los convenios porque cuentan con el respaldo de la coacción para hacerse cumplir. Y el único aprobado hasta el momento sobre cuestiones de biomedicina en general es el CDHB.

b.- En segundo lugar, porque regula muchas de las materias más importantes en el campo de la biomedicina. Es cierto que, como se verá más adelante, también deja sin tratar muchas otras; aun así, es el texto internacional que regula más materias relacionadas con la biomedicina. Y además lo hace con una claridad y precisión terminológica que contrasta con la vaguedad y ambigüedad que en ocasiones caracteriza a los textos internacionales sobre derechos humanos.

c.- En tercer lugar, porque se trata de un texto concebido con una indudable proyección universal. Así, por un lado, en las reuniones del Comité Director de Bioética (CDBI) del Consejo de Europa -que elaboró el borrador del CDHB y sigue produciendo los borradores de los protocolos adicionales al CDHB- participan, con voz aunque sin voto, Estados no pertenecientes al Consejo de Europa como Estados Unidos, Canadá, Japón, la Santa Sede, etc y también otras organizaciones internacionales. Por otro lado, el CDHB prevé que pueda ser objeto de adhesión por parte de Estados no miembros del Consejo de Europa (art. 34).

A pesar de lo dicho, el balance inicial que cabría hacer del CDHB y de sus diez primeros años de existencia podría ser desalentador por varios motivos:

a.- En primer lugar, como ya he indicado, en el CDHB no se tratan algunas de las materias biomédicas más controvertidas desde el punto de vista ético: las técnicas de reproducción asistida, el aborto, el final de la vida y la eutanasia, el derecho a la atención sanitaria, etc. Ello puede generar cierta perplejidad y

desánimo, porque ese estado de cosas evidencia las dificultades insuperables para consensuar una protección básica de la dignidad humana, incluso en una región geopolítica del mundo, como es Europa, que comparte sólidas bases culturales. Los desacuerdos llegan hasta el punto de que lo que para algunos Estados es lícito, e incluso un derecho, para otros es un atentado contra la dignidad humana.

b.- En segundo lugar, porque las escasas incursiones que hace el CDHB en algunas de esas materias objeto de controversia no han servido para avanzar en el consenso sino para evidenciar las discrepancias existentes entre las partes. Son los casos de las referencias a la atención sanitaria (art. 3) y especialmente de la protección debida al embrión humano (art. 18). Así nos encontramos con que, por ejemplo, el Reino Unido o Bélgica no firmaron el CDHB por entender que la protección reconocida al embrión era excesiva, mientras que Alemania e Irlanda tampoco firmaron por lo contrario: porque consideraron insuficiente esa protección.

c.- En tercer lugar, por el escaso nivel de adhesión suscitado hasta el momento. El CDHB entró en vigor el 1 de diciembre de 1999, después de que fuera sido ratificado por cinco Estados miembros del Consejo de Europa, tal como preveía el propio CDHB (art. 33). De los cuarenta y seis Estados que forman parte en la actualidad del Consejo de Europa sólo veinte lo han ratificado⁵. Muchos de los

5 Por lo general, una vez elaborado el texto de un CDHB, tiene que pasar por un doble proceso de aprobación. En primer lugar, deben ser firmados

países con mayor protagonismo en Europa (como el Reino Unido, Francia, Italia, Alemania, Holanda, Bélgica, Irlanda, Rusia, Austria, etc.) lo tienen sin ratificar o incluso sin firmar. Resulta que algunos de esos Estados son los que participaron más activamente en la redacción del CDHB, y ahora lo siguen haciendo en la preparación de los protocolos. Suelen contar con sólidos equipos de expertos y representan a Estados que mantienen una línea bioética más o menos estable, independientemente de los cambios de gobierno que se realicen. Frente a ello, la mayoría de los países cuentan con representaciones menos estables, tanto por lo que se refiere a las personas que las integran como a las posiciones que mantienen los Estados representados. Llevando lo dicho al extremo, pero sin exagerar en demasía, nos encontramos con que unos Estados elaboran las normas pero no se someten a ellas, mientras que otros, que participan poco en la redacción de los borradores, los ratifican y se obligan a su cumplimiento.

d.- En cuarto lugar, a pesar de la incuestionable importancia jurídica que tiene esta norma, no ha sido tenida suficientemente en cuenta en el campo

por los Estados. Una vez firmados, tienen que ser sometidos a la ratificación, después de la cual pasarán a ser de obligado cumplimiento para el Estado que haya ratificado. Este segundo paso corresponde darlo al Parlamento, en cuanto representante de la soberanía del Estado. De la misma manera que un Estado sólo puede obligarse a las normas que se dé a sí mismo mediante las leyes aprobadas por el poder legislativo, sólo puede obligarse al cumplimiento de las normas internacionales en la medida en que han sido hechas propias por la cámara legislativa.

académico de la bioética. Es improbable que alguien interesado en la bioética desconozca cuáles son los llamados principios de la bioética de Beauchamp y Childress. No será extraño, en cambio, que desconozca los contenidos básicos, e incluso la misma existencia, del CDHB. ¿Cómo puede ser que una norma jurídica, que cuenta con la legitimidad democrática de la organización internacional más destacada en la defensa de los derechos humanos en todo el mundo, sea menos conocida y tenida en cuenta que las ideas de dos profesores universitarios, por muy brillantes que éstas sean? Por otro lado, resulta llamativo el escaso interés que ha suscitado entre la comunidad científica de la bioética —especialmente entre la anglosajona, que es la hegemónica— el CDHB. Que haya sido elaborado en Europa, y no en los Estados Unidos; que tenga un planteamiento menos individualista del que suele ser dominante en la bioética anglosajona; y que se trate de una norma internacional que restringe la libertad de decisión de los Estados son factores que quizá contribuyan a explicar la mencionada falta de interés por este documento en el mundo anglosajón y, consecuentemente, en el resto del mundo. Probablemente también contribuya a la falta de atención que ha recibido esta norma el hecho de que los países del Tercer Mundo suelen mantener unos planteamientos bioéticos de carácter básicamente social, que apenas comparecen en el CDHB. Preguntarse por la regulación adecuada de las intervenciones genéticas en la línea germinal humana cuando la población carece de la atención sanitaria más elemental o sufre

problemas de desnutrición, algunos entienden que es hacer bioética para ricos⁶ o bioética de salón.

Este primer balance, según el cual el CDHB no sólo habría tratado pocas de las materias cruciales en bioética sino que contaría con un modesto apoyo por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa, no puede darse como el balance definitivo. Por el contrario, es imprescindible tener en cuenta otros factores que nos llevan a una conclusión bien distinta: la de que nos encontramos ante una referencia fundamental en el desarrollo de la bioética a nivel universal.

a.- Como se ha dicho, el CDHB regula con notable rigor jurídico muchas de las principales materias bioéticas, y sus preceptos tienen fuerza vinculante para los Estados que lo ratifican. Algunas de las materias que no fueron contempladas por el CDHB lo están siendo a través de los protocolos adicionales al CDHB que se viene aprobando. Se dirá que la bioética, en cuanto que trata del quehacer ético del ser humano, no ha de apoyarse principalmente en la coacción. Y, en ese sentido, el que nos encontremos ante una norma coactiva sería irrelevante para la bioética. Pero no debemos perder de vista que el CDHB no pretende consagrar la excelencia ética en la actividad biomédica, sino algo mucho más modesto pero absolutamente imprescindible en el campo de la ética: debe garantizar la dignidad humana frente a las eventuales y más

graves amenazas que provengan de la actividad biomédica. Para lograrlo resulta necesaria la coacción del Derecho. En la medida en que cumple con esta función, el CDHB se constituye en el núcleo ético que garantiza, incluso recurriendo a la fuerza, los bienes esenciales de la persona frente a las aplicaciones biomédicas

b.- El CDHB está concebido para mantenerse vivo a lo largo del tiempo, contando con los mecanismos que le permiten adaptarse a las nuevas circunstancias, regular nuevas materias e integrar la diversidad de planteamientos de los Estados. Esos mecanismos son los siguientes:

— *Revisiones y enmiendas.* El art. 32 prevé la revisión del CDHB a los cinco años de su entrada en vigor. Aunque es cierto que ya han transcurrido siete años desde su entrada en vigor, y todavía no ha sido revisado, se trata de una magnífica previsión puesto que los cambios en biomedicina son continuos y conviene que las normas se mantengan actualizadas para dar respuestas adecuadas a los nuevos desafíos. El hecho de que ni la mitad de los Estados miembros del Consejo de Europa hayan ratificado todavía el CDHB quizá esté condicionando la demora en la revisión del texto.

También en ese art. 32 se dispone que los Estados podrán presentar enmiendas tanto al CDHB como a los protocolos. Hasta el momento no se ha presentado enmienda alguna.

— *Reservas.* Para que los Estados no entiendan que sus respectivos ordenamientos jurídicos constituyen un problema insalvable a la hora de ratificar el CDHB, está

6 Cfr. Farmer, P. y Gastineau, N., «Rethinking Medical Ethics: A View From Below», *Developing World Bioethics*, 4 (2004), pp. 17-41.

previsto que puedan presentar reservas, cuando sus leyes contengan disposiciones que contradigan algún aspecto del CDHB. Son varios los Estados que han recurrido a esta fórmula. Son los casos de Turquía⁷, Croacia, Dinamarca y Noruega⁸.

— *Protocolos adicionales.* En el momento en que se aprobó el CDHB existían materias que apenas eran objeto de interés por parte del Derecho (por ejemplo, la clonación, que se veía tan sólo como una posibilidad lejana en el tiempo); en otras materias no existía el consenso necesario para acordar una regulación (por ejemplo, el estatuto del embrión humano); y otras, en fin, apenas habían sido desarrolladas por la ciencia y carecía de sentido ocuparse de ellas en ese momento (por ejemplo, los test genéticos). El CDHB dispuso que en el futuro se pudieran regular nuevas materias, de conformidad con los principios consagrados en el CDHB, por medio de los protocolos adicionales. Hasta el momento se han aprobado tres protocolos adicionales: el que prohíbe la clonación humana (abierto a la firma en 1998 y que entró en vigor en 2001), el protocolo sobre trasplante de órganos y

tejidos de origen humano (abierto a la firma en 2002 y en vigor desde 2005) y el protocolo sobre investigación biomédica (abierto a la firma en 2005 y que aún no ha entrado en vigor). En estos momentos, además, el Comité Director de Bioética (CDBI) tiene ya aprobado un borrador de protocolo adicional sobre tests genéticos con fines terapéuticos, que está pendiente de ser informado por la Asamblea Parlamentaria, y de su posterior aprobación por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa.

c.- El CDHB consagra el principio de protección de la dignidad humana como fundamento de toda su regulación. A finales de 2003 Ruth Macklin publicó un Editorial en el *British Medical Journal* que suscitó un considerable revuelo en el mundo de la bioética, al poner en cuestión la utilidad del concepto de dignidad humana⁹. Para ella las constantes apelaciones a este concepto constituyen vagas redundancias o meros eslóganes puesto que, en realidad, no significa más que respeto por las personas o por su autonomía¹⁰. Más allá de si resulta o no razonable equiparar dignidad y autonomía¹¹, como hace Macklin y con ella un

7 En contra de lo dispuesto por el art. 20 del CDHB, que permite que la persona incapaz para consentir done tejido regenerable a su hermano cuando no exista otra alternativa para salvar la vida de éste, Turquía presentó una reserva señalando que su ordenamiento jurídico prohíbe cualquier tipo de extracción de tejido regenerable a personas incapaces para consentir.

8 Presentaron reservas al mismo art. 20 señalando que sus respectivos ordenamientos jurídicos permiten las extracciones de tejidos regenerables no sólo para salvar la vida de hermanos sino también la de los padres, en contra del límite establecido en el CDHB.

9 Macklin, R., «Dignity is a useless concept», *British Medical Journal*, 327 (2003), pp. 1419-1420.

10 «¿Por qué, entonces, hay tantos artículos e informes que apelan a la dignidad humana como si significara algo más allá o por encima del respeto a las personas o a su autonomía?»; Ruth Macklin, cit., p. 1420.

11 Para una crítica a la posición de Macklin, cfr. Roberto Andorno, «La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?», www.contrepointphilosophique.ch, Rubrique Ethique, Mars 2005.

importante sector de la bioética¹² (sobre todo, la que se autocalifica como liberal), lo cierto es que el CDHB distingue con claridad entre protección de la dignidad y de la autonomía. Ello se evidencia especialmente en aquellos supuestos en los que la protección de la dignidad trae consigo un recorte de la autonomía. Son muchas las situaciones contempladas por el CDHB en las que se pone de manifiesto la diferencia, y la relevancia, de la dignidad con respecto a la autonomía:

— Cuando en el art. 9 se regulan las llamadas voluntades anticipadas, se dice que esos deseos expresados con antelación «serán tomados en consideración». Es obvio que si la preeminencia correspondiera a la autonomía, no se habría dicho sólo que serían tomados en consideración sino que serían secundados¹³. ¿O

acaso los testamentos son tan solo tenidos en consideración por los albaceas y no ejecutados escrupulosamente?

— El art. 10 reconoce el derecho del paciente a no ser informada; es el conocido como derecho a no saber. Si hay una condición necesaria para obrar con autonomía es saber, estar informado. Si se reconoce un derecho a no saber se está reconociendo que, más importante aún que proteger la capacidad de autonomía del ser humano en todo momento, es proteger a la persona. La inclusión de este derecho es el reconocimiento de que el grito de la ilustración «Sapere Aude» (Atrévete a saber) no es un absoluto sino que el único absoluto es la defensa del ser humano, de cada ser humano¹⁴.

— El CDHB prohíbe las intervenciones genéticas en la línea germinal humana. Si el principio de autonomía fuera el preferente no tendría sentido establecer una prohibición incondicional a este tipo de prácticas. Según el art. 13, las intervenciones genéticas sólo pueden tener fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos, y nunca podrán tener por finalidad la modificación en el genoma de la descendencia. El CDHB se opone, por tanto, a aquellas prácticas que intentan hacer seres humanos distintos o «mejores» de cómo hemos sido hasta ahora. Se trata de una clara limitación

12 Cfr. Gracia, D., «La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Claves para su lectura», en Gros, H. y Gómez, Y. (coord.), *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Comares, Granada, 2006, pp. 12-13. Sorprende que estos dos autores se apresuren a descartar el concepto de dignidad, a pesar de reconocer la constancia con la que es empleado tanto en el Derecho como en el mundo académico, sencillamente porque resulte difícil de interpretar o cada uno lo interprete a su manera. Los mismos problemas de vaguedad presenta cualquier concepto que tenga cierta carga filosófica y/o valorativa (como, por ejemplo, libertad, igualdad, derecho, ética, etc.) y no se opta por descartarlos automáticamente. La tarea del filósofo consiste, en buena medida, en esclarecer esos problemas de vaguedad conceptual.

13 Sobre cómo la ética profesional puede limitar la autonomía del paciente, rechazando tanto las demandas de eutanasia como de tratamientos fútiles, cfr. García, J.L.A. «Health Versus Harm: Euthanasia and Physicians' Duties», *Journal of Philosophy of Medicine*, 32 (2007), pp. 7-24.

14 En contra de la proclamación del derecho a no saber, cfr. Hottois, G., «Información y saber genéticos», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 11 (1999), pp. 25-56; y también, Hottois, G., «A Philosophical and Critical Analysis of the European Convention of Bioethics», *Journal of Philosophy of Medicine*, 25 (2000), pp. 133-146.

de la autonomía de las generaciones presentes, entre otras razones (pero no sólo) para preservar la autonomía de las generaciones venideras¹⁵.

— El CDHB sanciona el principio general de prohibir la selección del sexo, salvo en aquellos casos en los que sea necesaria para combatir una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo. Este artículo 14 del CDHB se puede interpretar en el sentido de que se ha querido hacer prevalecer la protección de la persona por nacer (que su sexo no sea elegido por nadie) sobre la autonomía de quien querría elegir el sexo de sus descendientes.

— A nadie se le escapa que el embrión humano no puede actuar autónomamente (tampoco un feto, ni siquiera un recién nacido, ni probablemente tampoco un bebé de corta edad). Si el principio de dignidad se identificara con el de autonomía, tendría poco sentido limitar la acción autónoma del ser humano para proteger a los embriones humanos, sobre todo cuando esas acciones tuvieran objetivos altamente beneficiosos para la sociedad. Y, sin embargo, el art. 18 prohíbe crear embriones con un fin estrictamente utilitario, como es la experimentación, no importando la beneficiosa finalidad que se persiga con esos experimentos. De nuevo se pone de manifiesto que el

principio de protección de la persona tiene un contenido distinto del principio de autonomía.

— El art. 21 prohíbe que el cuerpo humano o sus partes sean objeto de lucro. Uno no puede vender sus órganos, ni siquiera sus tejidos regenerables como la sangre. Se podría decir que esta prohibición no pretende limitar la autonomía sino, al contrario, proteger a las personas del riesgo de explotación, es decir, de que no puedan actuar con verdadera autonomía. Pero si esa fuera la finalidad, lo correcto sería regular la compraventa de órganos estableciendo las garantías necesarias para la libertad de los vendedores. Pero parece más acertado entender que el CDHB prohíbe la compraventa de órganos porque considera que utilizar el propio cuerpo como objeto de lucro supone la instrumentalización de la persona y, por tanto, atentar contra su dignidad.

— No se puede acabar con este repaso de situaciones contempladas por el CDHB, que ponen de manifiesto la especificidad y relevancia del principio de dignidad, sin referirnos al art. 1, que empieza diciendo que «Las partes en el presente CDHB protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad...». Precisamente con estas palabras han comenzado los protocolos segundo y tercero aprobados hasta ahora, y parece que esa será la práctica que probablemente se siga en los que se vayan aprobando: invocar al inicio de cada protocolo el principio con que arranca el texto del CDHB. La idea es subrayar en cada nuevo protocolo que la finalidad última

15 En ese sentido, Habermas, J., *El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, Barcelona, 2004 (trad. R. S. Carbó). Una crítica directa a la posición sostenida por el CDHB en el art. 13 en Mori, M., y Neri, D., «Perils and Deficiencies of the European Convention on Human Rights and Biomedicine», *Journal of Philosophy of Medicine*, 26 (2001), pp. 23-33.

tanto del CDHB como de sus protocolos no es otra que la salvaguardia de la dignidad humana. Y para que quede claro que esa salvaguardia no se limita a los seres humanos autónomos, ni tampoco se identifica con la protección de la autonomía del individuo, el informe explicativo al CDHB dice en su n. 19: «El CDHB también utiliza la expresión ser humano para declarar la necesidad de proteger la dignidad y la identidad de todos los seres humanos. Se reconoce que existe un principio generalmente admitido según el cual la dignidad y la identidad del ser humano tiene que respetarse tan pronto como comienza la vida».

Como existen corrientes bioéticas que no consideran necesario, ni quizá posible, la existencia de textos jurídicos que armonicen las regulaciones de los Estados y fijen los principios básicos de cualquier regulación en bioética, no aprecian la existencia del CDHB. Como también existen corrientes bioéticas para las que no hay más principio que el de autonomía (o para las que la protección de la dignidad humana nada tiene que ver con el reconocimiento y protección de una naturaleza humana) es lógico que rechacen un texto como el CDHB. Pero si se aprecian los esfuerzos por alcanzar unas normas universales en bioética, que protejan al ser humano y no sólo su capacidad de actuar según su voluntad, entonces habrá que reconocer que el CDHB constituye un hito en la historia de la bioética y los derechos humanos, que ya ha empezado a dar sus frutos, como veremos a continuación.

3. El CDHB en el contexto internacional

Se ha dicho que la ética médica en el siglo XXI no se manifestará a través de las construcciones teóricas de académicos, como el principialismo de Beauchamp y Childress. El futuro de la ética médica consistirá en la integración de la tradición hipocrática y de las virtudes de los profesionales sanitarios con los principios del Derecho internacional de los derechos humanos¹⁶.

Si damos por buena esta posición, habrá que reafirmar que el CDHB, sin haber sido la primera norma de derecho internacional que se ocupa de cuestiones bioéticas (puestos a remontarse al pasado, podríamos llegar por lo menos hasta las primeras convenciones de Ginebra sobre el trato debido a los militares heridos en tiempos de guerra, de 1864), constituye hasta el momento la norma jurídica internacional sobre bioética de mayor alcance: por el número de Estados a los que compromete, por regular más materias que cualquier otro texto de esas características y por ser jurídicamente vinculante para los Estados que la ratifican. En el camino que conduce a la meta de unas normas jurídicas de alcance universal

16 Faunce, T. A. «Will international human rights subsume medical ethics? Intersections in the UNESCO Universal Bioethics Declaration», *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), pp. 173-178. «No digo que la ética médica corra el riesgo de ser abolida por el derecho internacional de los derechos humanos. Pero si vinculamos sus aspectos normativos con el derecho internacional de los derechos humanos, la ética médica incrementará su credibilidad y podrá asumir con mayor efectividad los desafíos globales contemporáneos» (p. 177).

sobre bioética¹⁷, el CDHB constituye un acontecimiento histórico, y ejercerá una influencia trascendental, como ya la ha ejercido sobre la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, aprobada por la UNESCO en 2005.

La importancia de esta Declaración reside en su alcance universal¹⁸ y en haber incluido en su texto algunos principios que todavía no habían sido recogidos por ningún otro texto jurídico sobre bioética de ámbito internacional. Así sucede con los principios de respeto a la vulnerabilidad humana y a la diversidad cultural, de solidaridad o de protección de las generaciones futuras entre otros. Pero quizá el aspecto más destacable de la Declaración sea el de haber dado con una fórmula por la que se reconoce el derecho a la salud (en su art. 14)¹⁹, algo

que no se había logrado hasta entonces por la resistencia de ciertos Estados, para los que carecía de sentido hablar de tal derecho. El reconocimiento de ese derecho no se limita, además, a la asistencia sanitaria sino que incluye las condiciones que hacen posible que las personas conserven su salud, como la alimentación y el acceso a agua potable, la reducción de la pobreza y el analfabetismo, la mejora de las condiciones de vida y del medio ambiente, y la supresión de la marginación.

Pero esta Declaración presenta tres importantes limitaciones, sobre todo si la comparamos con el CDHB. En primer lugar, no se ocupa de regular materias concretas de bioética, más allá del consentimiento informado en la atención sanitaria y en la investigación. Y la regulación que ofrece del consentimiento informado es una copia poco precisa de lo establecido en el CDHB. Quizá la necesidad de aprobar un texto breve impidió detallar más las garantías para los sujetos de la investigación cuando no son capaces de consentir por sí mismos. Lo cierto es que deja unos márgenes para la discrecionalidad que habría sido mejor evitar. En segundo lugar, carece de los mecanismos para mantenerse viva a lo largo del tiempo: no se dispone ningún procedimiento para su revisión periódica, ni para que pueda ser completada o desarrolla en el futuro. Por último, y como es obvio por tratarse de una declaración, carece de fuerza coactiva para hacerse exigible a los Estados.

Muchas de las declaraciones sobre derechos humanos aprobadas por la ONU o

17 Camino, por lo demás, que algunos creen imposible de recorrer (vease Hedayat entre muchos otros) y otros ver desafortunado o incluso indeseable el intentarlo (Landman y Schuklenk). Frente a estas posiciones, Andorno ha defendido la necesidad y las posibilidades de esforzarse por alcanzar unas normas universales de bioética; cfr. Hedayat, K.M. «The possibility of a universal declaration of biomedical ethics», *The Journal of Medical Ethics*, 33 (2007), pp. 17-20; Landman, W. y Schuklenk, U., «UNESCO 'declares' universals on bioethics and human rights – many unexpected universal truths unearthed by UN body» (Editorial), *Developing World Bioethics*, 5 (2005), pp. iii-vi, Andorno, R. «Global Bioethics at UNESCO: in defence of the Universal Declaration on bioethics and Human Rights», *Journal of Medical Ethics*, 33 (2007), pp. 150-154.

18 Cfr. Makclin, R. «Yet another guideline? The UNESCO draft Declaration», *Developing World Bioethics*, 5 (2005), pp. 244-255.

19 Cfr. Bergel, S.D., «Responsabilidad social y salud», en Gros, H., y Gómez, Y., (coord.), *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Comares, Granada, 2006, pp. 395 ss.

alguno de sus organismos especializados ha sido el primer paso para llegar después a la aprobación de un convenio, es decir, de un texto legalmente vinculante para los Estados. Así sucedió con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, que dio lugar a los *Pactos Internacionales* de 1966, y con muchas otras después. Es previsible, por tanto, que en el futuro se trabaje para llegar a una convención universal sobre bioética y derechos humanos. Si se emprende ese proyecto indudablemente el CDHB y sus protocolos adicionales, junto con el trabajo que viene realizando el Comité Director de Bioética del Consejo de Europa desde hace cerca de veinte años, será una ineludible y valiosa referencia. Aunque el CDHB tiene un alcance regional, resulta difícil pensar que algunos de los principios y reglas consagrados en él tengan sentido sólo en el marco europeo. Otra cosa es que se pueda alcanzar un acuerdo universal sobre todos ellos.

Lo más probable es que un futuro convenio universal sobre bioética contenga mayor ambigüedad; pero, a cambio, probablemente incorporará una mayor pluralidad de principios que resulte enriquecedora para plantear los problemas bioéticos. Así, por ejemplo, el CDHB no presta atención a la perspectiva comunitaria a la hora de afrontar las cuestiones bioéticas y se centra exclusivamente en el individuo. Es difícil imaginar que algo así pueda suceder en un convenio de alcance universal, en cuya elaboración participarán muchos Estados para los que las comunidades constituyen un valor social imprescindible.

4. El CDHB en España

España es uno de los países más destacados en el campo del Derecho biomédico a nivel mundial. Desde la ley 30/1979 de trasplantes de órganos hasta la reciente ley 14/2007 de investigación biomédica, España ha sido, con mayor o menor acierto, pionera en regular los nuevos campos que abría la biomedicina. Igualmente destacable es su papel en los foros internacionales sobre bioética y derechos humanos. En particular, por lo que tiene que ver con la elaboración del CDHB, es de estricta justicia mencionar el papel protagonista que corresponde a dos españoles. Marcelo Palacios, como miembro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa desde 1986, impulsó de forma infatigable la empresa de aprobar un convenio sobre cuestiones biomédicas. Carlos de Sola, que viene ejerciendo como Secretario del Comité Director de Bioética del Consejo de Europa desde que empezó a barruntarse el proyecto del CDHB, hizo un magnífico papel para lograr que ese organismo preparase el borrador del convenio.

España también ha destacado por ser uno de los primeros Estados miembros del Consejo de Europa que ha ratificado el Convenio y los protocolos adicionales aprobados hasta el momento, y por su diligencia a la hora de incorporar a su legislación los principios consagrados en estos documentos. Concretamente la 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, desarrolla y concreta para nuestro ordenamiento jurídico

algunos de los principios consagrados por el CDHB²⁰. Por su parte, el Título I de la ley 14/2007 de investigación biomédica recoge en buena medida los principios y reglas establecidos en el *Protocolo Adicional sobre Investigación Biomédica*, aunque España todavía no lo ha ratificado ni firmado, y aún no ha entrado en vigor²¹.

Más allá de la opinión que puedan merecer unas u otras leyes españolas sobre bioética (que en algunos aspectos considero que han sido brillantes y punteras mientras que en otros han desprotegido bienes fundamentales de las personas), la ley 14/2007 de investigación biomédica prohíbe la

20 Sobre este particular se dice en la Exposición de Motivos de la ley: «Últimamente, cabe subrayar la relevancia especial del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual ha entrado en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000. Dicho Convenio es una iniciativa capital: en efecto, a diferencia de las distintas declaraciones internacionales que lo han precedido, es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben. Su especial valía reside en el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. El Convenio trata explícitamente, con detenimiento y extensión, sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias; en este sentido, es absolutamente conveniente tener en cuenta el Convenio en el momento de abordar el reto de regular cuestiones tan importantes».

21 Para que entre en vigor es necesario que sea ratificado por cinco Estados y, hasta enero de 2008, sólo ha sido ratificado por cuatro: Eslovenia, Eslovaquia, Bulgaria y Hungría.

creación de embriones con fines de investigación pero permite la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear para obtener células madre embrionarias. En otras palabras, se prohíbe crear embriones humanos para investigar, salvo que se haga por clonación, en cuyo caso está permitido. A mi entender, esta disposición resulta contradictoria consigo misma y, por lo que interesa comentar en este trabajo, contraria también al CDHB. Si estoy en lo cierto, y ahora aportaré las razones que me llevan a sostener esa posición, no será exagerado decir que España ha aprobado una ley con una grave deficiencia que, además, quiebra su implicación en la construcción de una bioética europea y consecuentemente universal. Analicemos cada uno de estos dos puntos: (1) la contradicción de la norma y (2) su contradicción con el CDHB.

4.1. Sobre si la ley española resulta contradictoria consigo misma al regular la clonación experimental

La cuestión objeto de discusión se contempla en el art. 33 de la ley. Pero resulta útil para interpretar la norma prestar atención también al comentario de la Exposición de Motivos sobre ese artículo²². Dice el art. 33: «1. Se prohíbe la

22 «La Ley prohíbe explícitamente la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional, en sentencias como la 53/1985, la 212/1996 y la 116/1999, pero permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales embrionarias humanas con fines terapéuticos o de investigación que no comporte 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 de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear».

Antes de entrar en la cuestión de si existe o no contradicción en este artículo, conviene fijarse en un aspecto aparentemente menor. Cuando el art. 33.2 dice que se prohíbe la creación de «preembriones humanos exclusivamente con este fin», ¿a qué fin se refiere? No parece que se esté refiriendo a los fines terapéuticos y de investigación mencionados inmediatamente antes porque entonces habría utilizado el plural «estos» en lugar del singular «este». Lo lógico es pensar que, al utilizar el adjetivo «este» se haya querido referir únicamente al fin de la investigación, lo que supondría una autorización implícita de la posibilidad de crear embriones cuando la finalidad sea terapéutica y no sólo de investigación. Esta interpretación quedaría avalada, según la Exposición de Motivos, por «la concepción gradualista de la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional».

creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin y en los términos definidos en la Ley»; Exposición de Motivos de la Ley 14/2007 de investigación biomédica.

Algunos autores han intentado establecer la gradación de la protección que el CDHB establecería para la vida humana en función de la finalidad para la que eventualmente fuera creada y del estadio de desarrollo en que se encontrara. Concretamente, Romeo Casabona y Urruela Mora sostienen que, según el CDHB, estaría prohibido crear embriones humanos con fines de investigación pero no estaría, en principio, prohibido crearlos con una finalidad terapéutica²³. El art. 33.2 puede interpretarse exactamente en ese sentido: que prohíbe lo que expresamente prohíbe el CDHB y el propio art. 33.1, pero no llega a elevar el nivel de protección de la vida humana sobre el fijado en el CDHB. Discrepando de esta posición, considero que hay elementos para pensar que el umbral mínimo de protección de la vida humana consagrado por el CDHB excluye la creación utilitaria de embriones humanos independientemente de cuál sea su finalidad. Y aún me parece más inconsistente defender que la Constitución española permita esa posibilidad. Porque una cosa es que, como dice la STC 53/1985, la protección de la vida humana no «haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en de-

23 Cfr. Romeo Casabona, C.M^a. y Urruela Mora, A., «Presupuestos y propuestas para una futura armonización legal en Europa sobre la investigación con células embrionarias humanas», en Romeo Casabona, C.M^a. (director invitado), *Monografías Humanitas: Investigación con células troncales*, Fundación Medicina y Humanidades Médicas, Barcelona, 2004, p. 227.

terminados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones» (FJ 7) y otra es que se acepte la negación absoluta de la protección de la vida humana, que es lo que acontece cuando se permite crearla *ex professo* con una finalidad utilitaria, por muy noble que sea²⁴.

Independientemente de que se considere que la Constitución permite o no crear embriones con fines terapéuticos, me parece que no es aceptable permitir una práctica socialmente controvertida de una forma tan ambigua y poco transparente. Da la impresión de que se haya querido abrir esa posibilidad en previsión de futuros escenarios científicos y médicos, pero eludiendo el debate ciudadano e incluso parlamentario.

En todo caso, el debate sobre el contenido del art. 33 se ha centrado en la contradicción o no de prohibir la creación de embriones con fines de investigación, cosa que se hace dos veces en el mismo artículo, y permitir todas aquellas técnicas con las que se puedan obtener células madre embrionarias, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear. Según la ley, sería perfectamente compatible prohibir la creación de em-

briones y permitir la llamada «clonación terapéutica»²⁵. Ante el contenido de este artículo caben dos interpretaciones.

Primera, y la más clara, que el legislador entiende que el resultado de una activación de ovocitos mediante la transferencia nuclear no es un embrión. Desde luego, esa es la opción por la que se inclina el legislador desde el momento en que define los términos embrión y preembrión como seres que sólo pueden proceder de la fecundación²⁶. El problema es que esa posición se enfrenta con la contraria, y mayoritaria, entre científicos y bioeticistas, según el cual el resultado de una transferencia nuclear es un embrión, sea o no viable²⁷. El hecho de que muchas

25 Término que constituye una flagrante manipulación del lenguaje, y que debería sustituirse por el de «clonación experimental»; cfr. Bellver, V., «Razones para el rechazo de la clonación con fines de investigación biomédica», *Cuadernos de Bioética*, 47 (2002), pp. 75-76.

26 Art. 3: «Definiciones (...) 1.- *Embrión*: fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener. (...) s.- *Preembrión*: el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde». Desde luego resulta una alarde de aprecio por la lengua y por la técnica jurídica definir el «preembrión» como «el embrión constituido in vitro...». ¿Cómo se explica que un preembrión, es decir una realidad anterior a la embrionaria, sea definido como embrión?

27 En el primer informe publicado por el *President's Council on Bioethics* en 2002, dedicado a la clonación humana, se trató con detenimiento de la cuestión relativa a la terminología. Todos los miembros del Consejo, que sostenían posturas muy

24 Se me podrá replicar que la protección jurídica de la vida humana no exige la protección de cada vida humana; que basta con que exista una protección global, que garantice que no se van a crear todos los embriones que se quiera y con cualesquiera finalidades. Pero, a mi entender, la protección de la vida humana que se deriva del art. 15 de la Constitución es una protección que afecta a cada vida humana en particular y, como he dicho, esa protección desaparece absolutamente en el momento en que se permite crear vida para destruirla con un fin estrictamente utilitario.

especies animales, incluidos mamíferos, hayan gestado y dado a luz ejemplares producidos como consecuencia de un proceso de transferencia nuclear deja poco espacio para dudar que el resultado de esa técnica no sea un embrión²⁸. Por lo demás, la propia ley evidencia sus limitaciones porque, en su afán por ser coherente consigo misma, a la hora de definir al feto dice que es «el embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación...». Sólo hay feto, por tanto, si ha habido fecundación. Si algún día llegara a clonarse un embrión humano, a implantarse en un útero y a desarrollarse, nos encontraríamos con que ese ser no podría llamarse en feto en España.

La segunda interpretación, que es la única que da coherencia al texto, consiste en decir que el legislador ha decidido

divergentes sobre la valoración de la clonación, estuvieron de acuerdo en denominar al resultado de una transferencia nuclear «embrión humano clónico»; cfr. President's Council on Bioethics, *Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry*, Washington, D.C., 2002, pp. 46-54.

28 Algunos autores han defendido que el resultado de la clonación, si bien podría dar lugar a un ser adulto en caso de ser implantado y gestado, no merece ser considerado como embrión antes de la implantación por dos razones básicamente: porque no ha sido creado por la fusión de los gametos humanos y porque ha sido creado exclusivamente con una finalidad experimental. Entiendo que esta posición es inconsistente porque ni el modo en que haya sido producido ni la intención con que se produzca afecta al producto, que en todo caso sería un embrión; cfr. Vicente Bellver, «Células madre», en Francisco Javier Blázquez (ed.), *10 palabras clave sobre Nueva Genética*, Editorial del Verbo Divino, Estella (Navarra), 2006.

establecer una excepción al principio general que prohíbe la creación de embriones con fines de experimentación: se prohíbe la creación de embriones, salvo que se lleve a cabo por clonación y con una finalidad experimental o terapéutica. Pero si esa era la intención del legislador, lo correcto desde la más elemental claridad jurídica y desde la honestidad para con el ciudadano, habría sido dejarlo patente. Para ello, habría bastado decir algo así como: «se prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación, salvo que se obtengan mediante la técnica de transferencia nuclear y activación de ovocitos».

Exponer las cosas con esa claridad, si bien facilitaba la interpretación y aplicación de la ley, traía consigo dos peligros: que se disparara el debate ciudadano entre los partidarios y contrarios a permitir la creación de embriones con fines de investigación (aunque fuese mediante la técnica de clonación) y que se evidenciara el presunto choque entre la ley española y el CDHB, que es de lo que me ocupó seguidamente.

4.2. Sobre si la ley española es contradictoria con el CDHB

El CDHB entró en vigor en España el año 2000 y, desde entonces, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, no hace falta repetir lo dispuesto en el CDHB en cualquier ley que se apruebe en España sobre esas materias para que sea tenido en cuenta. Digo esto porque resulta chocante que el art. 33 repita por dos veces en tres líneas lo estable-

cido por el art. 18.2 del CDHB, que dice: «Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación». Es obvio que el art. 33.1 no aporta nada sobre el art. 18.2 del CDHB, salvo la confusión de añadir la referencia al pre-embrión —término completamente fuera de uso en el mundo científico (y también en el jurídico, salvo en España)— que la nueva ley, en lugar de descartarlo definitivamente de nuestro ordenamiento, se ha empeñado en mantener. Entiendo que esta superflua reiteración evidencia o bien la torpeza técnico-jurídica del legislador, o bien su mala conciencia (que le lleva a camuflar la autorización de una práctica sumamente controvertida y seguramente contraria a lo dispuesto por el CDHB) o, probablemente, ambas cosas a la vez. Lo más chocante es que se diga por dos veces lo que no era imprescindible decir ni siquiera una, porque ya lo establecía el art. 18.2 del CDHB, para seguidamente decir lo contrario, al permitir la creación de embriones humanos por clonación con fines de investigación.

Si el fruto de la transferencia nuclear no es un embrión, como hemos visto antes, el problema desaparece. Pero contando con que sí lo sea, habrá que preguntarse si existe realmente contradicción entre la ley y el CDHB. En caso de que se estimara que sí existe esa contradicción (cosa que niega el legislador español), lo correcto por parte de España habría sido o bien plantear una enmienda al CDHB, para que se permitiera la clonación de embriones con fines de investigación, o bien denunciar el CDHB dejando así de estar vinculado por él. Las posibilidades

de que prosperara una enmienda en ese sentido habrían sido mínimas. Denunciar el CDHB habría supuesto un cambio radical de actitud de España con respecto al convenio y a sus protocolos adicionales: de ser uno de los países que más lo impulsó y de los primeros en ratificarlo, pasaría al grupo de Estados recelosos con ese texto. Se convertiría en el primer Estado en denunciar el CDHB. Esa denuncia se interpretaría de manera inevitable como un retroceso de España en la protección de los derechos humanos ante la biomedicina. Ninguna de estas opciones —ni la enmienda ni la denuncia— resultaba satisfactoria para la imagen de España en el seno del Consejo de Europa.

Romeo Casabona ha defendido la compatibilidad entre la ley y el CDHB de la siguiente manera²⁹. En su opinión, el CDHB no se ocupa en absoluto de la clonación embrionaria con fines experimentales. Por su parte, el primer protocolo adicional del CDHB, que prohíbe la clonación con fines de crear un ser humano, sólo prohíbe la clonación que dé lugar al nacimiento de un ser humano, y deja la clonación de embriones con fines de experimentación para un futuro protocolo adicional sobre el estatuto del embrión humano. Para llegar a estas conclusiones se apoya en los siguientes argumentos:

29 Cfr. Romeo Casabona, C.M^a. «La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 26 (2006), pp. 75-125.

a.- cuando se elaboró el CDHB nadie pensaba en la clonación experimental y, en consecuencia, los Estados miembros del Consejo de Europa pueden interpretar de manera restrictiva el art. 18.2, en el sentido de que la prohibición de crear embriones con fines de investigación sólo alcanza a los embriones creados por fecundación *in vitro*. Prueba de que este artículo no se refiere a la clonación terapéutica sería un fragmento del Informe explicativo del protocolo adicional que prohíbe la clonación humana, que cito a continuación, según el cual la regulación de la clonación embrionaria quedaría confiada a un futuro protocolo sobre la protección al embrión humano.

b.- El fragmento del informe explicativo al que acabo de referirme dice lo siguiente: «es preciso distinguir entre tres situaciones: la clonación de células como técnica, el uso de células embrionarias en técnicas de clonación, y la clonación de seres humanos, por ejemplo, mediante el empleo de las técnicas de división embrionaria y transferencia nuclear. Mientras la primera situación es completamente aceptable desde el punto de vista ético, la segunda debe ser examinada en el Protocolo sobre Protección del Embrión. Las consecuencias de la tercera situación, esto es la prohibición de clonar seres humanos, queda dentro del ámbito de este protocolo» (n. 2). Según este texto, el protocolo prohibiría la clonación que da lugar al nacimiento de seres humanos, permitiría el recurso a la técnica de clonación para crear células y no se pronunciaría sobre la clonación experimental.

Frente a estos dos argumentos entiendo que el CDHB no deja lugar a dudas respecto a la prohibición taxativa de crear embriones con fines de experimentación. En mi opinión, los mencionados argumentos no son suficientes para dar por válida una interpretación del CDHB distinta de la literal por las siguientes razones:

a.- Si el CDHB hubiese querido impedir sólo la creación de embriones mediante fecundación *in vitro* con fines exclusivamente experimentales lo podría haber dicho con toda claridad. Pero parece obvio que el objeto de protección no era sólo el embrión fruto de fecundación *in vitro*, sino todos los embriones creados con una finalidad experimental, sin importar especialmente el modo en que hubiesen sido creados. A favor de esta tesis se pueden aportar tres argumentos. Primero, que la interpretación literal del art. 18.2 no deja margen para la duda. Segundo, que no hay ni en el CDHB, ni en el protocolo adicional elemento alguno que justifique una diferenciación de trato tan radical entre los embriones procedentes de fecundación *in vitro* y los resultantes de transferencia nuclear. Y, en tercer lugar, que la interpretación teleológica y sistemática nos lleva a concluir que el CDHB quiso proteger al embrión humano de cualquier intento de crearlo con un fin experimental, y no sólo al embrión obtenido por fecundación. El art. 1 del CDHB dice: «Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás

derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina». Al comentar este artículo, el informe explicativo al CDHB dice: «El Convenio también emplea la expresión «ser humano» para afirmar la necesidad de proteger la dignidad e identidad de todos los seres humanos. *Se reconoce la existencia de un principio aceptado universalmente según el cual la dignidad humana y la identidad del ser humano deben respetarse tan pronto como la vida comienza*» (n. 19. el subrayado es nuestro). Según este artículo, y la interpretación que del mismo hace el informe explicativo, parece difícil sostener que el CDHB permita crear embriones humanos por clonación con fines de experimentación. ¿Cómo se va a respetar la dignidad humana tan pronto como la vida comienza si se permite crear vida humana con un fin exclusivamente utilitario? Precisamente porque resultaría poco coherente con lo establecido en el art. 1, el art. 18.2 prohíbe su creación. Para lo que interesa al CDHB, que es la protección de la vida humana, es irrelevante el modo en que se genere una nueva vida humana; lo que le interesa es que no se cree con un fin instrumental. Si se quiere que la protección al embrión clónico sea cualitativamente inferior a la del embrión gamético, es imprescindible explicar por qué. De otro modo, habrá que pensar que se trata de una disposición arbitraria, que otorga un tratamiento distinto a realidades idénticas en función del método (fecundación o clonación) por el que han sido creadas.

b.- El único apoyo explícito para justificar la interpretación restrictiva del art. 18.2 se encuentra en el texto, anterior-

mente transcrito, del informe explicativo sobre el protocolo adicional que prohíbe la clonación humana. Conviene recordar, en primer lugar, que esos textos no son una interpretación oficial de las normas que comentan. En segundo lugar, el texto es lo suficientemente confuso para que no sepamos a qué se refiere cuando se habla del «uso de células embrionarias en técnicas de clonación», que es la actividad que quedaría a merced de lo dispuesto en un futuro protocolo sobre protección al embrión. En tercer lugar, de la lectura del protocolo y del informe explicativo se desprende claramente que la finalidad del protocolo no es otra que impedir la existencia de seres humanos clónicos por entender que ese modo de concebir a un ser humano es contrario a su dignidad y una amenaza para su libertad futura. El protocolo no se ocupa, en principio³⁰, de la protección al embrión humano y carece de sentido interpretar el texto del CDHB relativo a la protección del embrión a partir del informe explicativo de un protocolo adicional que no trata de esa materia.

Aunque no tengan un carácter determinante, no me resisto a mencionar otros tres elementos que pueden ayudar a esclarecer la interpretación del art. 18.2.

30 Digo «en principio» porque el Informe explicativo del Protocolo dice que corresponde a cada Estado determinar lo que entiende por ser humano. En consecuencia, aquellos Estados para los que el ser humano exista tan pronto aparece un embrión (sea por fecundación, por clonación o por el método que sea), podrían interpretar que el protocolo incluye la prohibición de clonar embriones humanos, independientemente de que lleguen a nacer o no.

Primero, hasta la publicación del mencionado trabajo en el que defiende, con los argumentos que sumariamente he señalado, la compatibilidad de la ley de investigación biomédica con el CDHB, el propio Romeo Casabona había sostenido reiteradamente lo que aquí defendemos: que el Convenio prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación *mediante cualquier técnica*³¹.

Segundo, en una Resolución del Parlamento Europeo sobre la clonación humana (07/09/2000), aprobada para persuadir al Reino Unido de que no diera el paso de permitir la creación de embriones humanos con fines de investigación (paso que finalmente dio), se dice lo siguiente: «Considera que la «clonación terapéutica», que conlleva la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, plantea un profundo dilema moral, supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión Europea». Aunque obviamente no se trata de un texto que determine de ninguna manera

la interpretación del art. 18.2 del CDHB, no deja de ser ilustrativo de lo que se puede considerar que es el suelo moral comúnmente aceptado en el marco europeo con respecto a estas materias.

Tercero, ninguno de los Estados miembros del Consejo de Europa que ha aprobado la clonación experimental ha ratificado el CDHB. Si fueran tan evidentemente compatibles el CDHB y la autorización de la clonación embrionaria resultaría difícil de explicar la resistencia de esos Estados a respaldar una norma que constituye un verdadero hito en la protección internacional de los derechos humanos ante la biomedicina y que ellos mismos han apoyado, salvo en lo relativo a la protección del embrión humano. Si no lo hacen, no es sólo porque quieran crear también embriones por fecundación *in vitro* con fines de investigación (cosa que, desde la perspectiva puramente científica, es la más idónea en estos momentos en que todavía no se ha logrado clonar embriones) sino porque entienden que es contrario a la lógica y al Convenio de Oviedo aceptar la clonación embrionaria y prohibir la fecundación *in vitro* con fines de investigación.

5. Conclusiones

(1) A los diez años de su apertura a la firma, el CDHB ni siquiera ha recabado la adhesión de la mitad de los Estados miembros del Consejo de Europa. ¿Cabe concluir que nos encontramos ante un intento fallido por alcanzar una norma eficaz que proteja a nivel europeo los derechos humanos frente a las inter-

31 «De las anteriores reflexiones ya puede inferirse un núcleo suficientemente definido y amplio sobre el tratamiento jurídico que ofrece el CDHB al embrión *in vitro*...: 2º Se prohíbe la creación de embriones humanos *in Vitro* con fines de experimentación, cualquiera que sea la técnica utilizada para la producción de los mismos (art. 18.2)»; Romeo Casabona, C.M^º. y Urruela Mora, A., «Presupuestos y propuestas para una futura armonización legal en Europa sobre la investigación con células embrionarias humanas», cit., p. 226; en el mismo sentido, Romeo Casabona, C.M^º. «Embrión», en Francisco Javier Blázquez (director), *10 palabras clave en nueva genética*, Editorial del Verbo Divino, Estella (Navarra), p. 148.

venciones biomédicas? Nada más lejos de la realidad. Más bien, cabe afirmar que precisamente porque se trata de un texto jurídicamente riguroso; porque regula muchos aspectos de la actividad biomédica; porque determina con claridad los límites entre lo permitido y lo prohibido; porque establece los mecanismos para mantenerse vivo con el paso del tiempo; y, sobre todo, porque tiene como objetivo final proteger la dignidad humana frente a los abusos de la biomedicina, es un texto que tendrá larga vida e influencia en los foros internacionales y en los Estados europeos y de fuera de Europa.

(2) No se puede pensar que la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005 haya disminuido la importancia del CDHB. El CDHB es un convenio y no una simple declaración; regula más materias y con mayor rigor que la Declaración; y ejerció

un influjo manifiesto en los contenidos de la Declaración. Cada norma cumple una función propia y ambas pueden influirse recíprocamente de forma muy positiva, y contribuir a alcanzar un Derecho universal de la bioética.

(3) España ha ejercido un destacado papel en el campo del Bioderecho tanto a nivel nacional como internacional. Por un lado, ha sido pionera en aprobar leyes que regulaban muchas de las novedades de la biomedicina. Por otro, participa activamente en los foros bioéticos internacionales. Ha sido de los primeros Estados en ratificar el CDHB y los protocolos adicionales aprobados hasta el momento, y ha desarrollado mediante leyes algunos de los principios consagrados en esos textos. Sin embargo, esa destacada implicación con el CDHB se ha quebrado con la aprobación de una ley que permite la clonación experimental, en contra de lo establecido por el art. 18.2 del CDHB.

Recibido: 08-04-2008

Aceptado: 29-04-2008

