

EL DEBATE ALEMÁN SOBRE LA INVESTIGACIÓN CON CÉLULAS-MADRE DE ORIGEN EMBRIONARIO

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

Universidad Nacional de Educación a Distancia

El fomento estatal de ciertos desarrollos científicos abre procesos y expectativas que por su naturaleza resultan difícilmente reversibles. Si tales procesos afectan a postulados centrales de la convivencia regulada por la Constitución, resulta conforme al principio democrático buscar en el *foro público* una legitimación de la decisión, que en cualquier caso ha de resultar equilibrada y prudente. Desde tales premisas, y con participación de algunos de los más destacados constitucionalistas, discurre en Alemania el debate público sobre la investigación con *células-madre* procedentes de embriones humanos¹.

En números anteriores de esta Revista hemos dado noticia de otros debates que comprometen profundamente a la doctrina alemana del Derecho constitucional, más allá de los conflictos jurídicos específicos que les sirven de oca-

1. Los debates en torno a otros desarrollos científicos relacionados con la reproducción humana y la biotecnología no han alcanzado por el momento la misma relevancia pública. En cualquier caso, casi todas las tomas de posición y los estudios mencionados en este artículo se pronuncian sobre cuestiones conexas, y en particular sobre el denominado *diagnóstico preimplantatorio*, estudio genético que permite descartar la implantación de embriones obtenidos *in vitro* que sean portadores de graves enfermedades genéticas; específicamente sobre esta cuestión K. Fassbender, «Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz», *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, pp. 2746 ss., y F. Hufen, «Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht», *MedR* 2001, pp. 440 ss. El 24 de abril del 2002 fue rechazada en la Comisión de Sanidad de Bundestag una propuesta del Partido Liberal FPD para permitir y regular tales diagnósticos en Alemania.

sión, y también por encima del acontecer político diario². En ellos se van decantando las orientaciones fundamentales de una doctrina que, en parte gracias a su consistente institucionalización, se muestra capaz de afrontar los problemas con una agilidad y un rigor singulares, y que precisamente por ello continúa sirviendo en muchos aspectos de guía para la española. También la conservación en Alemania de la más amplia perspectiva de los *Staatsrechtslehrer*, que acostumbran a denominar sus cátedras combinando las referencias al Derecho constitucional, público, administrativo, eclesiástico o financiero, a la Filosofía Jurídica o a la Historia del Derecho, enriquece los análisis. Sólo trascendiendo de ese modo artificiosas delimitaciones convencionales cabe cobrar conciencia plena de la posición y de las funciones de la Constitución no ya como norma suprema *dentro* del ordenamiento jurídico, sino también como *orden jurídico fundamental de la Comunidad*³. Y, así, los constitucionalistas se sienten igualmente interpelados por los debates del *foro público*, contribuyendo activamente a moldearlos.

Las últimas tecnologías biológicas y genéticas son igualmente en España motivo de debate y decisiones públicas. Pero siempre queda al margen la Constitución, como si nadie pensara que ésta pudiera aportar criterio alguno⁴. Resulta natural que la atención pública, especialmente de los medios de difusión, se haya suscitado en el marco sea de novedades científicas, sea de decisiones administrativas europeas, estatales o autonómicas relacionadas con la autorización o la financiación de los programas de investigación. Menos comprensible es que los pronunciamientos especializados hayan tenido un perfil exclusivamente científico o ético, sin que el Derecho constitucional haya sido o se haya sentido interpelado. Y, muy especialmente, resulta significativo que las decisiones gubernamentales se gesten sin publicidad alguna; de manera que sus inflexiones, carentes de motivación explícita, se perciben como arbitrarias. Entretanto, el debate político obedece a alineamientos partidarios que difícilmente permiten remontarse a las argumenta-

2. I. GUTIÉRREZ, «Teoría y realidad constitucional en Alemania», *TRC* n.º 1, pp. 197 ss., da cuenta del debate en torno a la denominada *dimensión objetiva de los derechos fundamentales*; I. GUTIÉRREZ, «Un orden jurídico para Alemania y Europa», *TRC* n.º 3, pp. 215 ss., resume las tensiones entre los Derechos nacional y comunitario desde la perspectiva de la posición de las jurisdicciones; A. v. BOGDANDY, «Notas sobre la ciencia del Derecho Europeo», *TRC* n.º 5, pp. 203 ss., aborda los problemas que plantea la construcción dogmática del Derecho comunitario desde la perspectiva constitucional; por último, U. SACKSOFSKY, «Mercado de trabajo e intervención estatal», *TRC* n.º 7, pp. 271 ss., resume un reciente debate de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Político en torno a una cuestión capital en la configuración constitucional del Estado social.

3. K. HESSE, «Constitución y Derecho Constitucional», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons/Instituto Vasco de Administración Pública, 2001, pp. 2 ss.

4. Cfr. sin embargo, a propósito de las Leyes 42/1988, acerca de la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, y 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida, las SSTC 212/1996 y 116/1999; sobre ésta última, J. Chofre Sirvent, «Reproducción asistida y Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 7, pp. 354 ss.

ciones (supuestamente) subyacentes. Si no se desea repetir en esta materia la desafortunada experiencia que en España supuso la Ley que despenalizó en determinados supuestos la interrupción voluntaria del embarazo, sometida a control de constitucionalidad en el marco de un debate ideológico mediado rígidamente por los partidos políticos, con un resultado jurídico, político y ético por demás confuso, seguramente es el momento de volver la vista a Alemania.

Merece la pena detenerse no sólo en los argumentos doctrinales presentes en el debate alemán, en sus presupuestos metodológicos y sus implicaciones jurídicas; a ellos dedicaremos el epígrafe II de este estudio. Ciertos aspectos de la génesis y el desarrollo de la discusión sorprenderán quizá más al espectador español. Conviene comenzar, pues, describiendo cómo asumen el problema la doctrina constitucional y la opinión pública, qué características tiene la intervención parlamentaria, que culmina en una Ley, y cuáles son las propuestas que se hacen para articular e institucionalizar la prosecución del debate público (I). Al final del texto (III) se extraerán algunas conclusiones sobre la relación entre dogmática constitucional, debate público y tareas del legislador.

I. En la tradición alemana de debate público institucionalizado, el *Día de las Iglesias Evangélicas Alemanas (Kirchentag)* constituye un hito capaz de articular cada dos años el *foro público* en torno a tomas de posición relevantes. En junio del año 2001, en el marco de los debates sobre las nuevas tecnologías genéticas, tuvo especial eco el pronunciamiento del antiguo Presidente del Tribunal Constitucional Ernst Benda. Este jurista, de prestigio ampliamente reconocido, impugnó en nombre de la dignidad humana reconocida en el artículo primero de la Ley Fundamental la supuesta apertura de la Constitución al debate ético, político y científico en torno a la investigación a partir de embriones humanos: el Derecho constitucional habría de adoptar también posición, que tendría naturalmente una específica fuerza normativa⁵. El desafío intelectual de Benda fue acogido por la doctrina.

Frente a la aceptación pasiva, no pocas veces esperanzada, del carácter irresistible de tales progresos científicos, también la Ministro de Justicia Herta Däubler-Gmelin había asumido como reto de su mandato que las decisiones

5. Cfr., por ejemplo, la p. 5 del *Franfurter Allgemeine Zeitung* del 15 de junio (que recoge igualmente las posiciones del Presidente Federal Johannes Rau, el Ministro-Presidente de Renania del Norte-Westfalia Wolfgang Clement y el Ministro Federal de Cultura Julian Nida-Rümelin), y la nota de C. Geyer en la p. 41 del *Feuilleton* del mismo día, así como las pp. 4 y 51 del día 18 de junio. Cfr. igualmente E. BENDA, «Recht als verwirklichung von Moral – eine Überforderung?», Conferencia pronunciada el 28 de enero del 2002 en el Congreso de las Iglesias Evangélicas *Zum Bild Gottes geschaffen. Bioethik in evangelischer Perspektive*, celebrado en Berlin (www.ekd.de/EKD-Texte/2086_bioethik_benda_020128.html); y, muy especialmente, su fundamental Capítulo «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho constitucional*, cit. en n. 3, pp. 117 ss.

al respecto estuvieran legitimadas por el debate público⁶. En él intervienen personalidades con capacidad para determinar la orientación del *foro público*, con planteamientos rigurosos que son recogidos con detalle y profundidad por la prensa; se trata de un caso paradigmático de formación de *opinión pública* de acuerdo con cánones ilustrados. Sin olvidar, por ejemplo, los dispares pronunciamientos del Presidente Federal Johannes Rau y del anterior Presidente Roman Herzog, puede considerarse como hito más relevante, en cuanto punto de referencia para toda la discusión posterior, la toma de posición de Jürgen Habermas⁷.

Finalmente, el debate resulta mediado en sede parlamentaria, poniendo de manifiesto unas posibilidades de la democracia representativa que apenas cabría intuir a partir de la experiencia española. En efecto, el Bundestag había creado en marzo del año 2000 una Comisión de estudio bajo la rúbrica *Derecho y ética de la medicina moderna*, celebrándose un primer debate plenario el 31 de mayo del año 2001. La Comisión, convenientemente asesorada⁸, publica el 12 de noviembre de ese año un informe sobre la investigación con células-madre⁹, cuya parte central se dedica a los aspectos éticos y jurídicos

6. De sus numerosos pronunciamientos y entrevistas que gentilmente nos ha facilitado junto con otros materiales de indudable interés, quizá quepa destacar «Die Würde des Embryos ist unbezweifelbar» (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22 de mayo del 2001) y «Selektion ist nicht akzeptabel» (*Die Zeit*, 26 de julio del 2001); cfr. también «Der Mensch ist ein Individuum, kein Industrieprodukt» (*Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung*, 4 de febrero del 2001), «Jetzt ist die Wissenschaft am Zug» (*Die Welt*, 16 de julio del 2001), «Letzendlich braucht man gesetzliche Regelungen» (*Frankfurter Rundschau*, 7 de diciembre del 2001), «Wenn sich Designer-Babys durchsetzen, gnade uns Gott» (*Oldenburgische Volkszeitung*, 28 de junio del 2002).

7. J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Wege zu einer liberalen Eugenik*, Frankfurt am Main, 2001; cfr. igualmente la extensa entrevista publicada inmediatamente antes del debate parlamentario al que más adelante se hará referencia en *Die Zeit*, 24 de enero del 2002, pp. 33 ss., bajo el titular «Auf schiefer Ebene».

Los diferentes puntos de vista de los investigadores pueden ser aquí representado por E.-L. Winaker, Presidente de la Asociación Alemana de Investigación (institución independiente de garantía de la excelencia investigadora, que controla los fondos públicos dedicados a la investigación), W. Frühwald (Presidente de la Fundación Alexander von Humboldt y, entre 1992 y 1997, de la Asociación Alemana de Investigación), y H. Markl, Presidente de la poderosa Max-Planck-Gesellschaft. Cfr., de este último, «Das Genom, nicht der Mensch wurde entziffert», *Humboldt-Kosmos* 77, pp. 18 ss., pero muy especialmente su discurso en la Asamblea de la Sociedad Max-Planck, el 22 de junio del 2001, publicado el 25 de junio tanto en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, p. 52 («Von Caesar lernen heisst forschen lernen») como en *Süddeutsche Zeitung*, p. 14 («Rom liegt jenseits des Rubikons»); la intervención está directamente construida como contrapunto de la del Presidente Federal Johannes Rau del 18 de mayo; en cualquier caso, también éste tuvo ocasión de reproducir sus argumentos en esta Asamblea, de nuevo en Berlín. Cfr. el expresivo resumen de la polémica por parte de U. RAULFF, «Das Leben, ein Diskurs. Bioethik: Zum jüngsten Humanistenstreit in Deutschland», *Süddeutsche Zeitung*, 8 de agosto del 2001, p. 13.

8. Entre otros, emiten dictámenes tan rigurosos como detallados dos constitucionalistas, Wolfram Höfling, de la Universidad de Colonia, y Ute Sacksofsky, de Frankfurt am Main.

9. *Zweiter Zwischenbericht der Enquête-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin (Teilbericht Stammzellforschung)*, Bundestagsdrucksache 14/7546; nueve de sus ciento cincuenta páginas, en un tipo de letra menor, contienen las ciento sesenta referencias bibliográficas de este informe parcial. Dejamos a un lado un primer informe, de 25 de enero del 2001, ligado a la problemática de las patentes científicas y biológicas (Bundestagsdrucksache 14/5157); cfr. K.

del problema; en especial, a determinar el status moral del embrión y las consecuencias constitucionales del mismo a partir del postulado de la dignidad humana consagrado en la Ley Fundamental. El informe no llega a conclusiones unívocas, sino que expone las diferentes posiciones representadas en el debate social y parlamentario de manera equilibrada, dejando patentes a través de una cuidadosa comparación los elementos de acuerdo y de discrepancia¹⁰. Así queda claro, como se señala en la presentación del informe, dónde existe consenso, dónde éste termina y cuáles son las cuestiones disputadas que exigen una decisión; cada miembro del Bundestag estará en condiciones de formar su propio criterio.

Tal informe es sometido a debate en el Pleno del Bundestag en la tarde del 30 de enero del 2002, junto con tres propuestas de resolución presentadas la víspera. Descartada en principio la producción de células-madre en Alemania a partir de embriones, cuya destrucción parecía incompatible con la necesidad de mantener un mínimo consenso en la materia, el problema había quedado centrado en la posibilidad de importar células-madre existentes en el extranjero. Tras cinco horas y media de debate y unas cuarenta intervenciones, en la primera votación 263 diputados apoyaron la prohibición total de importar células-madre, 225 optaron por una regla similar atenuada mediante excepciones sometidas a severos condicionamientos, y 106 votaron a favor de permisos más amplios; esta última propuesta incluía una cláusula según la cual, al cabo de cierto tiempo y a la vista de la experiencia y de los desarrollos científicos, se podría considerar incluso la producción en Alemania de células-madre. En segunda votación, ya sólo entre las dos primeras propuestas, la segunda alcanzó 339 votos, acumulando los emitidos anteriormente a favor de una mayor liberalización, y 266 optaron por la prohibición total. Lo más significativo de esta sesión, celebrada en los últimos meses de la legislatura, es que, como hacía prever la pluralidad en el origen y la defensa de las propuestas, la relación nominal de votos indica que los diputados de los diferentes grupos parlamentarios actuaban al margen de cualquier disciplina de

FRAHM y J. GEBAUER, «Patent auf Leben? – Der Luxemburger Gerichtshof und die Biopatent-Richtlinie», *Europarecht* 2002, pp. 78 ss., que comentan desde la perspectiva de la protección constitucional y europea de la dignidad humana la resolución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de octubre del 2001 sobre la directiva en materia de protección jurídica de los descubrimientos biotecnológicos; el texto de la sentencia se recoge en pp. 67 ss.

10. *Zweiter Zwischenbericht*, cit., pp. 44 ss. Resulta igualmente significativo que el Consejo Nacional de Ética, puesto en marcha por el Canciller Schröder en mayo del 2001 bajo la presidencia de Spiros Simitis, y del que forma parte el constitucionalista H. Dreier, tampoco alcanza una posición común en torno a la importación de células-madre de origen embrionario, y termina ofreciendo en su informe del 20 de diciembre de 2001 (*Stellungnahme zum Import menschlicher embryonaler Stammzellen*) cuatro opciones: desde la que admite desde un punto de vista ético la producción en Alemania de células-madre (nueve miembros del Consejo) o al menos su importación condicionada (quince miembros, comprendidos los nueve anteriores), hasta la que pretende posponer (diez miembros) e incluso rechazar definitivamente (cuatro de ellos) esta posibilidad.

partido¹¹. Entre quienes pierden finalmente la votación se encuentra la Ministra alemana de Justicia, Herta Däubler-Gmelin. Angela Merkel, presidente de la democristiana CDU, vota desde un principio a favor de la propuesta segunda, junto con el Canciller Federal Gerhard Schröder. Tanto los ex-presidentes de la democracia cristiana Wolfgang Schäuble y Rita Süßmuth como el líder del Partido de los Socialistas Alemanes (PDS) Gregor Gysi pasan de apoyar la máxima liberalización a sumarse a la propuesta vencedora.

El 27 de febrero se presenta una proposición de Ley orientada a ejecutar dicha resolución. Largamente debatida en el Pleno del Bundestag en la sesión del 25 de abril, tras un procedimiento que ya había resultado ciertamente complejo, es aprobada con 360 votos a favor (el Canciller Schröder cambió para la votación su asiento privilegiado por un puesto entre los diputados) y 190 en contra, de nuevo al margen de la disciplina de partido. La Ley, finalmente promulgada el 28 de junio del 2002, prohíbe la importación de células-madre, pero admite excepciones para realizar investigaciones de relevancia especial, bajo el control del Ministerio de Sanidad y de una nueva Comisión Ética, y sometidas a otras condiciones relevantes; por ejemplo, las líneas de las que proceden las células importadas deben haber sido obtenidas antes del 31 de diciembre del 2001, el embrión ha de haber sido generado con fines reproductivos y no directamente para la investigación, su rechazo para la implantación en el útero materno no puede haber dependido de cualesquiera características propias del embrión, y el acuerdo de los donantes de los gametos debe haber sido obtenido sin contraprestación económica alguna.

Sin embargo, la Ley no se concibe como un modo de zanjar el debate ético y social por parte de las instituciones; antes bien, el propio Bundestag alienta su prosecución. El informe final de la Comisión, publicado el 24 de marzo del 2002, se orienta hacia los problemas del diagnóstico pre-implantatorio y de la protección de los datos genéticos; mas retorna igualmente a los aspectos generales y, por lo que importa en este momento, añade un epígrafe sobre los modos de articular e institucionalizar el debate de conformidad con las exigencias del principio democrático, así como recomendaciones específicas derivadas de la experiencia directa de la Comisión¹².

11. Así, ya en la primera votación el partido socialdemócrata alemán (SPD) apoya mayoritariamente la segunda propuesta, finalmente vencedora; pero también reparte votos entre la primera (77, casi el 30% del total) y la tercera (11). La primera propuesta es apoyada mayoritariamente por los votos de la coalición democristiana CDU/CSU (pero 39 diputados apoyan la segunda y 48 la tercera, en total más de un tercio de sus votos), los Verdes (pero 14 votos, un tercio del total, van a la segunda propuesta) y el PDS, partido originario de la antigua República Democrática Alemana (con 3 votos a la segunda propuesta y 9 a la tercera, de nuevo un tercio de votos). Sólo el liberal FPD apoya mayoritariamente la propuesta tercera.

12. *Schlussbericht* (Bundestagdrucksache 14/9020), pp. 179 ss., 205 ss. El Informe consta de doscientas setenta y nueve páginas en el apretado formato a doble columna típico de las publicaciones parlamentarias; diecinueve de ellas contienen una bibliografía que multiplica aproximadamente por cuatro las referencias del informe anterior.

El informe pone de manifiesto, en efecto, que los desarrollos de la medicina plantean nuevos problemas y exigencias a las instituciones del Estado constitucional democrático, y no sólo a causa de la aceleración del progreso científico y la complejidad de sus logros. El lenguaje heredado encuentra dificultades para disciplinar en sus categorías los desarrollos más innovadores, que sin embargo sólo a través del lenguaje pueden ser comprendidos y valorados; apenas es posible desarrollar una terminología adecuada que resulte valorativamente neutral. El disenso ético alcanza incluso a los presupuestos metodológicos del debate, visto como una argumentación sea sobre principios susceptibles de ponderación, sea sobre límites morales absolutos. La regulación jurídica sustantiva dependerá finalmente de orientaciones morales y culturales, pero igualmente cabe al Derecho promover una discusión pública que permita desarrollar y asentar un entendimiento compartido de los principios que sustentan el Estado democrático de Derecho. Las convicciones colectivas sólo pueden consolidarse en procesos de debate que, más allá de las instituciones oficiales, comprometan a todos.

A partir de tales consideraciones, la Comisión analiza de manera exhaustiva la experiencia de múltiples países, en especial canalizada desde los años ochenta mediante Comisiones permanentes o *ad hoc* creadas en el entorno de las instituciones públicas o de iniciativa social; sus diferencias de composición y estructura, objetivos y competencias, legitimación y fuerza vinculante. A la postre, se distinguen tres modos de institucionalizar el debate público: en comités de expertos, en un marco que permita componer los conflictos de intereses entre los grupos de afectados por las decisiones que se hayan de tomar, o finalmente a través de un modelo republicano orientado al desarrollo de *ideales de bien común* compartidos por los ciudadanos. Tras valorar sus ventajas y debilidades, la Comisión concluye recomendando una cierta combinación de los modelos *de expertos* y *republicano*. A su juicio, debe promoverse la discusión pública sobre las implicaciones éticas, sociales y jurídicas de la medicina moderna mediante procesos participativos en los que queden comprometidos, mediante la transparencia, la publicidad y la apertura al disenso público, las Comisiones *ad hoc* o los Comités permanentes que se puedan crear, preferentemente en el ámbito parlamentario. Se debe garantizar la participación equilibrada no ya de las distintas áreas del saber eventualmente implicadas, sino igualmente de las diferentes concepciones culturales, y especialmente de los grupos sociales menos dotados de influencia y recursos. En cualquier caso, las cuestiones que afecten a todos no pueden quedar formal o informalmente deferidas a instancias que carecen de legitimación constitucional para decidir; el discurso público republicano ha de quedar siempre abierto, y por tanto no puede producir decisiones finales con eficacia vinculante; el lugar adecuado para culminar el proceso democrático de formación de voluntad es el Parlamento¹³.

13. Un comportamiento modélico desde el punto de vista del respeto al desarrollo del debate público y a su decisión parlamentaria había dado ya la Sociedad Alemana de Investigación. El 3 de mayo del 2001 (*Empfehlungen der Deutschen Forschungsgemeinschaft zur Forschung mit*

II. Ha llegado el momento de valorar, de acuerdo con los criterios que utiliza la dogmática alemana, el resultado de este debate.

La reflexión jurídica puede partir de un problema concreto¹⁴, cual es el de la legitimidad de una intervención en la libertad de investigación científica, constitucionalmente garantizada (art. 5.3 de la Ley Fundamental), y que en principio comprendería la utilización de células-madre. Tal intervención necesita tener un fundamento constitucional, que en este caso se busca en el *deber de protección* anejo a los derechos fundamentales de los que pueda ser titular el embrión, necesariamente destruido para la obtención de tales células; en particular, el derecho a la vida (art. 2.2 LF) y la dignidad humana (art. 1.1 LF). Las restricciones a la libertad de investigación podrían resultar así no sólo constitucionalmente legítimas, sino incluso inexcusables. De acuerdo con ello, ha de plantearse no sólo si tiene fundamento constitucional la primera conclusión del legislador alemán, según la cual en Alemania es inadmisibles la producción de células-madre destinadas a la investigación a partir de embriones humanos. Igualmente debe justificarse la segunda¹⁵, que permite utilizar en Alemania para fines de investigación tales células cuando han sido producidas en un lugar en el que las leyes alemanas, incluida la Ley Fundamental, carecen de vigencia.

La vida humana y la dignidad gozan de una protección constitucional sustancialmente diferenciada. Ello permitiría suponer que cada derecho, con un contenido específico, evoca una diferente concepción del sujeto; así, un titular del derecho a la vida humana podría no tener la dignidad que la Ley Fundamental garantiza¹⁶. Ello tendría importantes consecuencias; mientras que la dignidad resulta de acuerdo con la Ley Fundamental *intangible*, y por ello es inadmisibles cualquier ponderación que relativice su alcance, la vida humana

menschlichen Stammzellen) había recomendado que se permitiera expresamente la importación de células-madre, hasta el momento no prohibida; y, para el caso de que, al cabo de un tiempo prudencial, se constatará que ello no había dado los frutos deseados, que se permitiera su obtención en Alemania a partir de los denominados *embriones sobrantes*. Sin embargo, pospuso por tres veces su decisión sobre un proyecto concreto, presentado por los neurocientíficos de Bonn Oliver Brüstle y Otmar Wiestler con el apoyo del Presidente del Land W. Clement, hasta el 31 de enero del 2002, para juzgarlo entonces de conformidad con la resolución adoptada la víspera por el Bundestag. De este modo, suspendió la correspondiente subvención hasta que se cumplieran los trámites que estableciera la Ley promovida por tal resolución parlamentaria.

14. Cfr., por ejemplo, C.-D. CLASSEN, «Die Forschung mit embryonalen Stammzellen im Spiegel der Grundrechte», *Deutsche Verwaltungsblatt* 2002, pp. 141 ss. Una reflexión más general sobre las funciones del Derecho constitucional y sus límites ante los desarrollos de la biotecnología y la genética puede verse en W. Höfling, *Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung über menschliche Embryonen und «humanbiologisches Material»*. *Gutachten*, mayo 2001, pp. 14 ss.

15. Cfr. el planteamiento exhaustivo, en términos de caso práctico, de U. HALTERN y L. VIELLECHNER, «Import embryonaler Stammzellen zu Forschungszwecken», *Juristische Schulung* 2002, en prensa.

16. E. SCHMIDT-JORTZIG, «Systematische Bedingungen der garantie unbedingten Schutzes der Menschenwürde in Art. 1 GG –unter besonderer Berücksichtigung der probleme am Anfang des menschlichen Lebens», *Die öffentliche Verwaltung* 2001, pp. 926 ss.

es un derecho fundamental susceptible de entrar en colisión con otros bienes jurídicos¹⁷. Dicho en otros términos, la protección del derecho a la vida del embrión permite intervenciones que el simultáneo reconocimiento de su dignidad excluye.

La doctrina alemana, sin embargo, acepta la declaración del Tribunal Constitucional, según la cual «si existe vida humana, le corresponde dignidad»¹⁸. Tal supuesto permite plantear simplícidamente el problema, preguntando en primer lugar acerca del comienzo de la vida humana, para a continuación detraer las consecuencias derivadas de la garantía de su dignidad. En definitiva, se fija el hecho determinante del comienzo de la protección constitucional de acuerdo con el criterio que permite mayores precisiones científicas, y que simultáneamente hace verosímil una mayor extensión temporal. Su contenido se apoya, sin embargo, en el criterio que ofrece una mayor riqueza de implicaciones morales y consecuencias jurídicas menos flexibles.

Para determinar el comienzo de la vida humana, el jurista está obligado a valorar datos científicos que tienden a presentar un proceso continuo de desarrollo. Es difícil zanjar hoy el problema de las relaciones entre el conocimiento científico y la valoración jurídica, uno de los tópicos constantes en este debate constitucional, postulando una rígida separación, sobre una estela kantiana que, a su vez, se remite a la denuncia de Hume contra la *falacia naturalista*¹⁹. El Derecho no puede ser ajeno al desarrollo de las ciencias naturales, por cierto acelerado más allá de lo que el Derecho, los juristas y el *foro público* parecen capaces de procesar.

El comienzo de la vida humana puede fijarse, en definitiva, en instantes diferentes, sin que la jurisprudencia constitucional sobre la interrupción voluntaria del embarazo haya dilucidado definitivamente la cuestión. Ya en su primera sentencia, de 25 de febrero de 1975, el Tribunal Constitucional afirma que el deber de protección del Estado existe sin duda, de acuerdo con los conocimientos acreditados de la biología y la fisiología, a partir del décimocuarto día posterior a la fecundación, cuando se produce la anidación del óvulo y la individuación del embrión²⁰. En la segunda sentencia, de 28 de mayo de 1993, el Tribunal deja sin decidir si la vida humana comienza con la unión del espermatozoide y el óvulo, aunque incidentalmente tiende a reconocerlo²¹.

La doctrina mayoritaria atribuye una relevancia cualitativa a este momento de la fecundación, en el que se iniciaría una vida individual genéticamente determinada. La trascendencia otorgada a esa determinación genética de la iden-

17. Por todos, cfr. U. SACKSOFSKY, *Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro. Gutachten*, septiembre 2001, pp. 20 ss., 53 ss.

18. BVerGE 39, 1 [41]; BVerfGE 88, 203 [252].

19. Como hace, entre otros, E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Die Frucht einer verbotenen Tat», *Süddeutsche Zeitung*, 28 de enero de 2002, p. 9.

20. BVerGE 39, 1 [37].

21. BVerfGE 88, 203 [251].

tividad como ser humano lleva a convertir el proceso ulterior en mero desenvolvimiento de una programación biológica natural, en mera actualización de una potencia; se alude, en tal sentido, al triple argumento de la *identidad*, la *continuidad* y la *potencialidad*²². Tal criterio, sin embargo, no es mantenido de modo unánime. La anidación del cigoto en el útero materno, que se produce en los procesos naturales entre el duodécimo y el décimocuarto día posterior a la fecundación, resulta un hito particularmente importante, pues el embrión sólo puede desarrollarse como ser humano en tal relación existencial con la madre; su potencialidad al margen de ella resulta una pura abstracción. Si la anidación es ordinariamente un elemento del desarrollo natural del embrión, no ocurre lo mismo en el caso de los embriones *in vitro*, para los cuales la supuesta continuidad del proceso vital depende, en realidad, de la intervención de terceros; en primer lugar, del médico que realiza la implantación; pero especialmente de la mujer, que aún ha de decidirse a ella en ejercicio de un derecho que pertenece a su esfera más íntima, y que en modo alguno puede ser limitado²³. Tales discrepancias sobre el momento constitucionalmente relevante para iniciar la protección jurídica de la vida humana²⁴, en la medida en que no fueran superables de acuerdo con el específico método jurídico, permitirían incluso apelar a la discrecionalidad del legislador²⁵.

22. Por todos, cfr. el *Schlussbericht* cit. en n. 12, pp. 15 ss.

23. H.-G. DEDERER, «Menschenwürde des Embryo *in vitro*?», *Archiv des öffentlichen Rechts* 2002, pp. 14 ss. Cfr. igualmente J. TAUPITZ, «Der rechtliche Rahmen des Klonens zu therapeutischen Zwecken», *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 3438; U. SCHROTH, «Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts», *Juristen Zeitung* 2002, pp. 175 ss. La eventual *adopción de embriones congelados* en nada altera estas consideraciones. U. SACKSOFSKY, *Gutachten*, cit. en n. 17, pp. 13 ss., entiende que la cesura resulta significativa para la madre, cuya gestación comienza efectivamente con la implantación, pero no para el embrión, que existe como vida individual, merecedora de protección constitucional, antes de tal implantación. Una representativa contraposición de argumentos, que se detiene especialmente en este extremo, puede encontrarse en el documento del Nationaler Ethikrat cit. en n. 10, pp. 4 ss. («Die Gewinnung von menschlichen embryonalen Stammzellen: Für und Wider»).

24. Puede considerarse igualmente relevante el momento en que pierden la omnipotencia las células embrionales, en torno al décimocuarto día posterior a la fecundación; en ese momento se individualiza definitivamente el embrión y, por ejemplo, ya no puede dividirse para dar lugar a gemelos monocigóticos. Frente a ello, se ha sostenido que, en la fase anterior, no ya el embrión, sino cada una de sus células omnipotentes sería portadora de un proyecto vital susceptible de concretarse, y por tanto igualmente merecedor de la protección constitucional de la vida humana. También se han considerado relevantes el comienzo de la actividad cerebral (por un paralelismo un tanto forzado con la determinación del momento de la muerte), la viabilidad del feto fuera del útero materno (en torno al quinto o el sexto mes de la concepción) e incluso el nacimiento. Una panorámica en W. HÖFLING, *Gutachten*, cit. en n. 14, pp. 47 ss. El hecho de que la vida humana pueda no comenzar con la fecundación parece a primera vista provocar *lagunas de garantía*, por ejemplo frente a la clonación terapéutica o con fines de investigación (cfr. C.-D. CLASSEN, «Die Forschung mit embryonalen Stammzellen im Spiegel der Grundrechte», cit. en n. 14, pp. 144 ss.); pero seguramente es sólo una apariencia, que cabría descartar depurando la interpretación del supuesto y de las normas.

25. E. SCHMIDT-JORTZIG, «Systematische Bedingungen der garantie unbedingten Schutzes der Menschenwürde in Art. 1 GG», cit. en n. 16, p. 930; J. TAUPITZ, «Der rechtliche Rahmen des Klonens zu therapeutischen Zwecken», cit. en n. 23, pp. 3438 y 3440.

Ahora bien, aunque el embrión *in vitro* sea titular del derecho a la vida, no cualquier interrupción de este proceso biológico se convierte en una intervención constitucionalmente ilegítima. El derecho a la vida del embrión, susceptible de ponderación, se considera compatible, por ejemplo, tanto con la interrupción voluntaria del embarazo como con ciertos métodos anticonceptivos que impiden la anidación del óvulo fecundado, especialmente en la medida en que con la protección del embrión entran en conflicto derechos de la mujer y otros bienes jurídicos merecedores de tutela. En nuestro caso, podría tomarse en consideración que la libertad de investigación científica, orientada a la curación de enfermedades severas, se proyectaría sólo sobre embriones que ya no son susceptibles de ser implantados en el útero, *sobrantes* del proceso reproductivo que les dio origen; están destinados a permanecer congelados indefinidamente, y por tanto tienen un desarrollo vital limitado *ab origine*.

Si entra en consideración la dignidad humana, sin embargo, toda ponderación es inadmisibles²⁶, cualquier intervención queda excluida. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la dignidad no queda afectada, en cualquier caso, por el mero hecho de la destrucción del embrión; no toda intervención en el derecho a la vida es, por ello sólo, lesión de la dignidad humana. La doctrina dominante y la jurisprudencia constitucional, a partir de una clásica formulación de Dürig que manifiestamente se apoya en el imperativo categórico kantiano, entiende que la dignidad queda comprometida cuando el ser humano es convertido en un simple *objeto*. De ahí deriva la prohibición de producir embriones con fines instrumentales, que encuentra en Alemania un reconocimiento prácticamente unánime²⁷. Ahora bien, cuando el embrión fecundado con fines reproductivos resulta *sacrificado* a fines de investigación, su mera existencia queda subordinada a intereses ajenos, en este caso los que mediatamente representa el investigador. Aún en el caso de que a la vida del *embrión sobrante* no le quepa ulterior desarrollo, y esta *utilización* le atribuya finalmente un sentido, lo cierto es que esa atribución de sentido sería instrumental, la propia de un objeto, y no autónoma. No cabe sino considerar tal hecho como un atentado contra la dignidad del embrión.

La noción de dignidad, sin embargo, tiene raíces históricas y filosóficas plurales, a las cuales se remiten otros autores después de recordar que, en un

26. Cfr., sin embargo, P. HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», en J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I*, Heidelberg: C. F. Müller, 1987, p. 854 ss.; H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, Berlin: Humboldt-Universität, 1993, pp. 19 ss. en relación con 12 ss.; así como R. ZUCK, «Wie führt man eine Debatte? Die Embryonennutzung und die Würde des Menschen (Art. 1 I GG)», *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, p. 869, que incidentalmente contrapone a la dignidad los derechos de los pacientes y la libertad de investigación científica, y posteriormente la analiza en cuanto *principio*, rechazando, frente a la doctrina mayoritaria, que incorpore un verdadero *derecho fundamental*. Cfr. igualmente las recomendaciones de la Asociación Alemana de Investigación cit. en n. 13, pp. 31 ss.

27. Cfr., sin embargo, H.-G. DEDERER, «Menschenwürde des Embryo *in vitro*?», cit. en n. 23, pp. 1 ss.

Estado democrático, no cabe interpretar la Constitución desde concretas opciones religiosas, filosóficas o ideológicas, sino sólo a partir de las exigencias autónomas del método jurídico. Por ejemplo, se apela a la tríada latina *bonestas, gravitas y auctoritas* como cualidades incomparables de cada cual, pero referidas a su reconocimiento social²⁸. Ello podría afectar a la determinación del momento inicial de la protección constitucional, pero en cualquier caso influye sobre el sentido que cabe atribuir a tal garantía de la dignidad. En concreto, si los *embriones sobrantes* seguramente no son comparables a un cadáver²⁹, no deja de tener relevancia el hecho de que en ningún caso estén destinados a formar parte de una comunidad humana³⁰.

En cualquier caso, el legislador alemán ha rechazado toda utilización de embriones humanos. Simplemente ha abierto la posibilidad de importar líneas de células-madre ya existentes merced a investigaciones llevadas a cabo de conformidad con la legislación de los países de origen. Su empleo no afectaría, en principio, a la dignidad de unos embriones ya destruidos; tampoco se fomenta la ulterior destrucción de embriones, puesto que sólo se admite la importación de líneas celulares producidas no ya con anterioridad a la Ley que permite su importación, sino incluso antes de que el debate parlamentario alemán hiciera previsible su aprobación.

Frente a ello se oponen argumentos de diferente vigor dogmático³¹. De un lado, la invocación de la dignidad humana sólo gozaría de credibilidad si fuera asociada a la prohibición absoluta de investigar con el producto de atentados a la dignidad. La *fruit of the poisonous tree doctrine* se apoya en este caso en el hecho de que los investigadores alemanes completan con su actividad la instrumentalización del embrión previamente destruido. Pero aún así necesita ser puesta en relación con la obligación del Estado de velar por la dignidad humana aún después de la muerte de la persona afectada; sin embargo, convendría precisar si a este postulado subyace verdaderamente aquella *dignidad intangible* que excluye toda ponderación y todo límite, incluso basado en el

28. Así, por ejemplo, E. SCHMIDT-JORTZIG, «Systematische Bedingungen der garantie unbedingten Schutzes der Menschenwürde in Art. 1 GG», cit. en n. 16, p. 927. Para el fundamento de esa concepción de la dignidad *socialmente referida*, H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, cit. en n. 26, pp. 11 ss., p. 20.

Se dejan a un lado las concepciones de la dignidad que, por referirla a cualidades o capacidades intelectuales, morales o emocionales del individuo relativamente mensurables (razón y voluntad, autonomía y responsabilidad, conciencia de sí, ...), tienen como consecuencia una relativización del concepto incompatible con la estructura de su garantía constitucional (E. BENDA, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», cit. en n. 5, pp.124 ss.; cfr. el *Schlussbericht* de la Comisión de estudio del Bundestag, cit. en n. 12, pp. 11, 14, 16 ss.); en ocasiones, tal concepción se expresa a través de una noción de persona que, en este sentido, carece de respaldo constitucional (extensamente W. HÖFLING, *Gutachten*, cit. en n. 14, pp. 28 ss.).

29. Lo afirmó CH. STARCK, «Hört auf, unser Grundgesetz zerreden zu wollen», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30 de mayo del 2001, pag. 55.

30. Cfr. H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, cit. en n. 26, p. 20.

31. Por todos, E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Die Frucht einer verbotenen Tat», cit. en n. 19, p. 9.

ejercicio de otros derechos fundamentales, o si estamos aquí ante una concepción diferente³². Por otra parte, se tiende a suponer que cualquier prohibición que incorpore excepciones perderá, antes o después, su fuerza rectora; apoyándose en tales excepciones, la regla terminará siendo completamente obviada, por ejemplo abocando de manera inevitable a la producción de embriones con fines de investigación o a la denominada clonación terapéutica. Tal prognosis pesimista, sin embargo, que considera incluso las técnicas de fertilización *in vitro* como un primer paso sobre el Rubicón, se apoya en un tabú que difícilmente cabe invocar frente a una legislación democrática indudablemente guiada por la prudencia.

III. Los problemas que plantea la investigación con células-madre de origen embrionario, en definitiva, sólo pueden ser satisfactoriamente resueltos desde una correcta comprensión de las relaciones entre dogmática constitucional, debate público y tareas del legislador.

El óvulo fecundado se considera en Alemania inmediatamente titular del derecho a la vida y a la dignidad, que excluye en particular cualquier instrumentalización a efectos de investigación. Ello no obsta para que sea admisible la investigación con células-madre ya producidas, siempre que la regulación legal del procedimiento no tenga como efecto que nuevos embriones queden en adelante expuestos a tal instrumentalización. En el marco del debate doctrinal, sin embargo, tampoco carece de argumentos la tesis que retrasa la protección constitucional de la dignidad humana, al menos en el caso de los embriones *in vitro*, hasta su implantación en el útero materno.

En cualquier caso, no hay razón para reducir el alcance de la dignidad humana constitucionalmente garantizada al máximo común denominador representado por el consenso de diversos Estados. Las diferencias en las regulaciones nacionales, que ciertamente plantean un desafío a la fuerza normativa de las reglas constitucionales³³, descansan en concepciones diferentes de la dignidad humana³⁴ asentadas, de un lado, sobre la particular

32. Cfr. de nuevo H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, cit. en n. 26, p. 20.

33. Las dificultades que comporta la regulación de procesos que con relativa facilidad escapan a la acción territorializada del Estado se ponen de manifiesto con la globalización no sólo de los mercados financieros, sino también, como vemos, de los desarrollos científicos (cfr. J. FRITZ-VANNAHME, «Moral aus der Retorte», *Die Zeit*, 24 de enero del 2002, pp. 27 ss.). Quienes desean determinar Europa desde postulados éticos, con independencia de su opción en la materia, deben atribuir la máxima importancia a las decisiones adoptadas en el VI Programa Marco de Investigación de la Unión Europea. Justo en ese ámbito pretenden encontrar eco quienes aspiran a una libre competencia incluso de ordenamientos jurídicos estatales (A. M. PETRONI, «La Bioetica dell'Unione», *Biblioteca della libertà*, XXXVI, julio-agosto 2001, pp. 19 ss.). Instrumentalizar en tal sentido la distribución territorial de competencias en el seno del propio Estado constitucional, al amparo del pluralismo, podría distorsionar las posibilidades abiertas por el principio federal.

34. En sentido contrario C.-D. CLASSEN, «Die Forschung mit embryonalen Stammzellen im Spiegel der Grundrechte», cit. en n. 14, p. 146.

experiencia moral de cada sociedad, que debe ser actualizada si ha de servir de criterio orientador frente a los nuevos retos; de otro, sobre el debate público en torno a la interpretación de los principios constitucionales que tiene lugar en ella³⁵. «Qué signifique el mandato de respetar la dignidad resultará de la evolución histórica y del nivel de conciencia. Ni las ideas de los padres de la Constitución ni las interpretaciones actuales pueden pretender una *validez intemporal*»³⁶.

Este debate moral y político no sólo se orienta a la producción de Derecho, sino que igualmente se encuentra delimitado por el Derecho, en este caso por la Constitución. Pero lo cierto es que igualmente el contenido de la Constitución queda codeterminado por los ciudadanos, en cuanto *sociedad abierta de intérpretes de la Constitución*³⁷. La apertura de los conceptos constitucionales a una concreción dinámica en el marco de los desarrollos sociales, culturales y científicos no constituye un argumento a favor de la extensión del ámbito de protección constitucional tan lejos como pretenda cualquiera de las concepciones representadas en el *foro público*³⁸. Más bien, reta a la prudencia del legislador. Éste no debe forzar la capacidad funcional del Derecho mediante la sanción penal de aquellas conductas cuyo reproche social resulta abiertamente sometido a debate; pero lo cierto es que tampoco puede renunciar a la regulación y el control jurídico-públicos de aquellas actividades que entrañan riesgos o suscitan justificados recelos³⁹. Será necesario, en definitiva, apurar las muy diferentes posibilidades de la Ley como orientadora de los proce-

35. Sobre la relación entre criterios éticos y jurídicos, vinculados en la noción de *dignidad*, cfr. por todos el *Schlussbericht* de la Comisión parlamentaria cit. en n. 12, pp. 9 ss.; véase igualmente la construcción que, tomando como pretexto a Kelsen, elabora el constitucionalista alemán que mejor conoce la doctrina kantiana: E. DENNINGER, «Sul rapporto tra diritti dell'uomo e diritto positivo», en VV.AA., *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Firenze 1983, pp. 121 ss. Cfr. A. LÓPEZ PINA, «La filosofía alemana vuelve por sus fueros», *Saber/Leer*, n.º 141 (comentario a H. HOFMANN, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2000, y P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999).

36. E. BENDA, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», cit. en n. 5, p. 136.

37. Cfr. R. ZUCK, «Wie führt man eine Debatte?», cit. en n. 26, p. 869, pero especialmente P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts.: Athenäum, 1980.

38. Parece ser la tesis de W. HÖFLING, *Gutachten*, cit. en n. 14, pp. 52 ss. en relación con pp. 36 ss. Debe tenerse en cuenta que, en el caso de la dignidad humana, esta concepción amplia del supuesto de la protección constitucional no conduce a una valoración abierta de las diferentes posiciones jurídicas y de la tarea legislativa *sub specie constitutionis*, sino a la preeminencia absoluta de un concreto principio que por expresa determinación constitucional resulta insusceptible de ponderación.

39. Cfr. *in integrum* el volumen 48 de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (Berlin-New York: de Gruyter, 1990), sobre los temas *fines del Estado en el Estado constitucional y el procesamiento y control de los desarrollos científicos y técnicos por parte del Derecho administrativo*; en especial, véase el debate a que dio lugar la ponencia de B. SCHLINK en esta segunda sesión (pp. 235 ss.), con intervenciones relevantes, entre otros, de P. BADURA (pp. 266 ss.), E. SCHMIDT-ASSMANN (pp. 275 ss.), P. HÄBERLE (284 ss.), M. BULLINGER (pp. 291 ss.) y R. WAHL (pp. 292 ss.).

tos sociales en el Estado social de Derecho y como catalizadora del debate público en el Estado democrático⁴⁰.

40. Sobre las tareas y el lugar de la Ley en la doctrina alemana, es suficiente consultar las contribuciones de A. LÓPEZ PINA, D. GRIMM, E. DENNINGER y P. HÄBERLE en el volumen *Democracia representativa y parlamentarismo* (ed. de A. López Pina), Madrid: Senado, 1994.