

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA¹

Ricardo CHUECA RODRÍGUEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

SUMARIO: I. El derecho fundamental a la investigación científica y el enunciado constitucional del art. 20.1.b) CE. II. El derecho a la «creación y producción científica». A) Objeto del derecho. B) Contenido del derecho. C) Delimitación del derecho. D) Límites del derecho. 1. Investigación y experimentación como objeto del derecho fundamental.

RESUMEN: El derecho fundamental a la investigación científica posee un singular tratamiento en la Constitución española. El término investigación científica se menciona, pero no para denominar el derecho. Su regulación junto con los derechos de libre expresión y otros agrava el problema. El artículo realiza algunas precisiones conceptuales sobre el derecho, objeto, contenido y límites. Y constata las dificultades para establecer la diferencia entre investigación y experimentación. Una diferencia determinante para proteger correctamente este derecho fundamental y otros implicados en la moderna investigación biomédica...

PALABRAS CLAVE: Concepto, objeto y límites del derecho fundamental a la libertad de investigación, experimentación.

TITLE: The Right to Scientific Research.

CONTENTS: The scientific research fundamental right and art. 20.1.b) of Spanish constitution. II. The right to the «creation and scientific production». A) Aim of the right. B) Content of the right. C) Delimitation of the right. D) Limits of the right. 1. Research and experimentation as the aim of the fundamental right.

ABSTRACT: The scientific research fundamental right possesses a singular treatment in the Spanish Constitution. The term scientific investigation is mentioned, but not to denominate the right. Its regulation together with the rights of free expression and others increases the problem. The article states some conceptual precisions about the right, aim, content and limits. And it verifies the difficulties to establish the difference between investigation and experimentation. A decisive difference to correctly protect this fundamental right and others implied in the biomedical modern research.

KEYWORDS: Concept, aim and limits of the fundamental right to freedom of research, experimentation.

¹ Realizado al amparo del Proyecto SEJ2006-60023, dentro del Plan Nacional de I+D.

I. El derecho fundamental a la investigación científica y el enunciado constitucional del art. 20.1.b) CE

El objeto de estas páginas consiste en realizar una aproximación a la regulación constitucional del derecho fundamental a la investigación científica.

La regulación constitucional se encuentra contenida en el artículo 20.1.b) CE, según el cual, «Se reconocen y protegen los derechos 1. A la *producción y creación* literaria, artística, *científica* y *técnica*». Este enunciado invita a realizar algunas apreciaciones iniciales.

La ubicación sistemática del precepto que la reconoce supone algunas afirmaciones implícitas del constituyente, que están en el origen de algunas de las dificultades que plantea su configuración como derecho fundamental *autónomo*. Si se procede a la lectura del precepto completo, claramente se concluye que se trata de una norma constitucional que refleja un objeto genérico consistente en las diversas modalidades constitucionalmente protegidas de *expresión* de un pensamiento libre, que a su vez es objeto de reconocimiento en otro precepto constitucional, art. 16 CE. Esta pormenorización de los derechos fundamentales es una tónica general de nuestro texto constitucional sobre la que la doctrina ha llamado la atención y que se explica por complejas causas históricas y políticas sobre las que no es posible detenernos ahora, aunque también hay tras ello exigencias de técnica jurídica iusfundamental muy atendibles.

Si observamos las facultades configuradas como derechos fundamentales en dicho precepto, concluiremos espontáneamente que la finalidad del constituyente era, y seguramente se mantiene incólume, la de reforzar desde los derechos fundamentales los pilares que posibilitaran, por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional que a su vez reproduce doctrina reiterada de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la *formación de una opinión pública libre*. No es difícil apreciar que hay en ese precepto dos derechos *adosados* a otros que poseen una unidad teleológica evidente. En efecto, el artículo 20 es un precepto cuyo objeto es primariamente el de regular los derechos a la libre expresión y a la comunicación y recepción de información; un precepto que pivota sobre los apartados 1.a) y 1.d). Ello se ve reforzado por el resto de los apartados 2, 3, 4 y 5 del citado artículo. A título de mero ejemplo, el lector podrá fácilmente colegir que la investigación científica no se verá frecuentemente en situación de colisión con el derecho a la propia imagen del artículo 20.4.

Pueden quizá estimarse eventualmente congruentes algún otro de los límites establecidos en el párrafo citado, pero creo que nos movemos en el reino de lo obvio si afirmamos que en este precepto el objeto de normación central es sin duda el de la libre expresión del pensamiento y la libre actividad de recibir y transmitir información veraz. Ciertamente la *creación y producción científica* posee alguna relación de carácter material pues no deja de ser parcialmente un resultado de una actividad intelectual, pero se convendrá también en que la *acción de crear conocimiento científico, o de producirlo*, es más compleja y posee otra naturaleza que la de *expresar* o *comunicar* un pensamiento, una idea o un conocimiento experto.

Sin embargo, la técnica de regulación constitucional le somete a una serie de mandatos normativos *comunes*, con lo que plantea problemas técnico jurídicos de difícil resolución. El elemento de conexión –la libertad de pensamiento– que acoge a quien *tiene una idea* nos parece demasiado difuso e indeterminado como para habilitar una *regulación común* y nada menos que en el plano del derecho fundamental.

Similar problema acontece, aunque no va a ser objeto de tratamiento aquí, con la libertad de cátedra del 20.1.c). Algunos preceptos –la prohibición de censura previa del 20.2 CE– podrían aplicarse a dicha libertad de cátedra, como también al que nos ocupa, pero el

enunciado evoca primariamente una práctica relacionada directamente con los medios de comunicación. Sin embargo ello no impide que opere también como *límite a los límites del derecho* que tratamos, el de *creación y producción científica*.

La Constitución, todavía dentro de su Título I, contiene otra disposición cuya importancia no es menor. El artículo 44.2 afirma que «Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general». Por su ubicación sistemática pertenece al Capítulo III, es decir, el de los «Principios Rectores de la política social y económica». Se trata pues de uno de los denominados *mandatos de optimización* que requieren, para poder fundar pretensiones jurídicas subjetivas exigibles, su desarrollo legislativo.² De este enunciado me interesa resaltar el dato, no irrelevante, de que el precepto alude a una actividad, la *investigación científica y técnica*, distinta a la acogida por la norma de derecho fundamental, *creación y producción científica*. Sin perjuicio de que volvamos sobre ello en su momento, cabe adelantar ya que el artículo 44.2 sienta una obligación de actuación de los poderes públicos en términos de promoción de una determinada actividad. Dados los términos de los dos preceptos constitucionales, debe inferirse necesariamente que la actividad de *creación y producción* incluye un conjunto de acciones, entre las cuáles figura obviamente la de *investigación*. De este modo cabe igualmente colegir que, aunque la actividad de investigación no *garantiza* un resultado de creación o producción científica, éstas sólo son posibles como resultado de la acción de investigación. En todo caso, se acepte o no esta inferencia, dejemos sentado que se trata de *cosas distintas* aunque íntimamente vinculadas en el normal devenir de la actividad investigadora.

Todavía hay en nuestra constitución una tercera alusión a la investigación científica en el artículo 149.1.15 al calificar como de competencia exclusiva de los órganos centrales del Estado el «fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica». Varias Comunidades Autónomas, en el entendido de que lo reservado al Estado central era la coordinación *general* han procedido a dictar normas legales en la materia para coordinar así dicha actividad *dentro* del territorio de la Comunidad Autónoma y sin perjuicio de la competencia estatal.³ Se trata en principio de una cuestión estrictamente competencial, pero de innegable trascendencia si reparamos en que ello permite una fragmentación

² Para el caso que nos ocupa y, entre otras normas, la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, modificada por las LL 50/1998, de 30 diciembre (arts. 53, 76.1 y 2, Ley 5/2000, de 16 de octubre. (deroga DA 1), Ley 13/2000, de 28 diciembre (PGE, DA 19, aplica art. 5), Ley 14/2000, de 29 diciembre (afecta numeración art. 6.2 c) y d), modifica DDAA 4, 5 y 11) y arts. 6.4, 7.2, 13 y 19.2), Ley 12/2001, de 9 julio (afecta art. 17), Ley 23/2001, de 27 diciembre (PGE, DA 20 aplica art. 5), Ley 24/2001, de 27 diciembre (modifica arts. 15 y 19), Ley 52/2002, de 30 diciembre (PGE, DA 19 afecta art. 5), Ley 62/2003, de 30 diciembre (añade DA 12), Ley 2/2004, de 27 diciembre (DA 22 afecta art. 5), Ley Orgánica 4/2007, de 12 abril (D. Final 3.2 añade art. 17.3).

A ello debe unirse el desarrollo legislativo producido en cada Comunidad Autónoma.

La L 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, ha supuesto una innovación de primer rango cuyos efectos van a ser muy importantes en el ámbito que regula en relación con la posición jurídica de los investigadores en biomedicina y genética.

³ La habilitación competencial se plasma en el correspondiente Estatuto de Autonomía y, a partir del título competencial así reflejado, se dictan las correspondientes normas legales. Así, entre otras, Ley 7/2003, de 20 octubre, regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación *in Vitro*. Ley 5/2001, de 9 julio, de Canarias, de promoción y desarrollo de la investigación científica y la innovación. Ley 7/1997, de 9 diciembre, de Valencia, de Fomento y Coordinación de la Investigación Científica y del Desarrollo Tecnológico. Ley 5/1998, de 7 mayo, de Castilla-La Mancha, de Fomento de la Investigación Científica y la Innovación Tecnológica. Ley 9/2003, de 12 marzo, de fomento y coordinación de la investigación, el desarrollo y la transferencia de conocimientos en Aragón. Ley 17/2002, de 19 diciembre, de fomento y coordinación general de la Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (I+D+I) en Castilla y León. Ley 12/1993, de 6 agosto, de Galicia, de Fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico. Son todas ellas normas dirigidas –salvo el caso de la Andaluza fundamentalmente, dirigidas a crear la correspondiente estructura de promoción y gestión de la actividad de investigación, a las que van a veces vinculadas actividades próximas.

normativa, bien es cierto que a un nivel infraordenado, de una actividad tan singular y compleja como la investigadora. Esto resulta especialmente relevante por lo que se refiere a la delimitación de en qué consista, para cada objeto de investigación específico, la actividad de investigación y su diferenciación de otras actividades que *pueden formar parte o no* de la actividad investigadora pues frecuentemente se encuentran, en la práctica concreta, inextricablemente unidas. Piénsese por ejemplo en investigación y experimentación si es que se estiman dos actividades distintas, investigación y actividad terapéutica en los supuestos de ensayos clínicos, etc... Y piénsese que el *objeto* del derecho fundamental es – estrictamente– el de la *investigación científica*. No es impensable, sobre no ser infrecuente en nuestro sistema de distribución competencial, que el *espacio concreto sobre el que se proyecta el ejercicio del derecho fundamental* sea distinto como consecuencia de la actuación conformadora del legislador autonómico singular y concreto.

II. El derecho a la «creación y producción científica»

Debemos comenzar recordando el carácter complejo del enunciado declarativo del art. 20.1.b) que, tanto por razones de técnica y sistemática normativas como por exigencias del conjunto de actividades y posibilidades que integran su objeto, alude a varias facultades y derechos. Así pues esta norma de derecho fundamental contiene en nuestro criterio un espacio de derecho fundamental complejo, dentro del cuál se incluye con una naturaleza autónoma, el derecho a la investigación científica como parte del espacio iusfundamental del de *creación* científica. En efecto, la creación y producción científica no sólo incluye un derecho a la realización de una actividad de resultado, sino también a una acción distinta pero evidentemente vinculada a ella, la necesariamente previa de investigación científica, sin la que aquélla no es posible ni imaginable.

Ahora bien, el contenido de esta norma de derecho fundamental, e importa mucho recalcarlo, es más amplio por más que ahora no vaya a ser objeto de nuestro estudio. Así, es opinión dominante, en la escasa doctrina científica que se ha ocupado del tema, que aquí debe entenderse incluido el derecho de todo autor al dominio intelectual de su propia obra. Pero, como decimos, este es otro tema distinto que ha sido además objeto de desarrollo en la normativa reguladora de la propiedad intelectual.

En resumen, la acción de creación y producción científica que la Constitución española protege *incluye* la actividad de investigación científica como objeto de dicho derecho fundamental, pero no agota ahí su contenido iusfundamental que todo parece indicar incluye otras acciones distintas como las anteriormente aludidas.

A) Objeto del derecho

Definir la investigación científica como objeto de derecho fundamental es una cuestión altamente problemática. Alexy probó sobradamente la dificultad del empeño por referencia al art. 5.3 GG.

Nuestra Constitución, quizá por su juventud, nos ha evitado algunos problemas en este punto. Pero no otros. En efecto, el art. 20.1.b) CE diferencia distintos derechos al distinguir distintos objetos y, por consiguiente, regímenes jurídico-constitucionales también eventualmente distintos. Ello nos permite por ejemplo discernir la creación y producción científica de la técnica, que creo también debe incluir la tecnológica. Se dirá, y con razón, que la función de delimitación de una actividad científica respecto de una actividad tecnológica, precisamente en un momento en el que una parte de las ciencias experimentales se desenvuelven en el campo de la denominada *tecnociencia*, es tarea difícil. Pero nos basta con saber que se trata de acciones de distinta naturaleza sobre las que la

norma jurídico-constitucional proporciona, al diferenciarlas en la propia norma, el potencial de diferenciación preciso al operador jurídico.

También, y por la misma razón, el constituyente realizó una plausible diferenciación entre el derecho a la investigación científica y la *libertad de cátedra*, liberándonos así de una sobrecarga hermenéutica como la que padece por ejemplo el Tribunal Constitucional Federal alemán, que tiene que batirse frente al, por otro lado, evocador enunciado del artículo 5.3 GG: «El arte, y la ciencia, y la investigación, y la enseñanza son libres».

Alguna duda mayor ha suscitado su autonomía respecto del derecho a comunicar y recibir ideas o pensamientos. Sin embargo, los autores que han sucumbido a la tendencia a proponer o sugerir su formalización conjunta como derecho fundamental lo han hecho desde una sobreponderación de su convivencia en el art. 20 CE; desde la existencia dentro de dicho precepto de apartados que se predicán respecto de todos los derechos proclamados en dicho precepto; y, en fin, desde la fuerza de atracción que siempre proyecta la libertad de pensamiento o la misma libertad ideológica sobre los demás derechos individuales de libertad. Este último factor es seguramente el más pernicioso para una correcta definición del objeto del derecho a la investigación científica, pues implica una confusión entre la idea de espacio de autodeterminación individual como componente básico de la idea de ser humano que caracteriza al Estado de Derecho y los derechos concretos cuya garantía jurídica prescribe dicho Estado. Y debe llamarse la atención sobre el hecho de que, si se difuminan los límites entre los diversos objetos de derecho fundamental, se introduce un factor de inseguridad jurídica que desvía el trabajo del jurista hacia una función puramente estimativa, valorativa en definitiva y, al cabo, destructora del fin de limitación del poder político que todo derecho fundamental comporta.

Sin embargo esto no significa que el objeto, la investigación científica, no implique siempre un componente ideológico o valorativo. Hoy el planteamiento *realista* de la ciencia está como se sabe, puesto en cuestión. Según este enfoque clásico el científico es un sujeto que actúa sobre una realidad independiente, tiene una *idea global* del mundo no vinculada a la actividad que desempeña, presupone que puede conocer la realidad *tal como es* y no *tal como la percibe* y, finalmente, el producto de su trabajo de *averiguación de la verdad* es objetivable y por tanto comunicable. Sin embargo, esto no es ya así para otras corrientes científicas originadas en los años setenta del siglo pasado. Según esta segunda percepción del trabajo científico, *toda actividad científica es creadora* al configurar una realidad a partir de *una manera concreta y determinada de ver el mundo y, por tanto, de construir el conocimiento*. Esta concepción del trabajo científico, desarrollada al calor del componente especulativo de las ciencias sociales, se ha extendido claramente a las ciencias experimentales a partir de los trabajos de Kuhn sobre el paradigma.

Pues bien, el objeto del derecho a la investigación científica lo es *a cualquier* enfoque *científico*. Ello implica en definitiva que la creación científica del investigador incluye *valores* siempre: unas veces con *veste* de juicio técnico y otras integrados inconscientemente en la estructura del conocimiento creado. Desde este punto de vista y como se ve, hay una conexión material evidente entre libertad de pensamiento y de investigación científica.

El objeto del derecho a la investigación científica plantea todavía un problema más, que nos sitúa en la frontera de la especulación filosófica. Hoy, como puso de manifiesto Hans Jonas, el potencial tecnológico permite logros científicos cuyas consecuencias somos incapaces de predecir. Esto siempre fue así en realidad. La diferencia está en que ahora sí somos conscientes, precisamente por el instrumental tecnológico a disposición del investigador, de que unas serie de *efectos* de los conocimientos que adquirimos son impredecibles. Sabemos que van a existir, pero no somos capaces de precisarlos científicamente, sino tal vez sólo de vislumbrarlos en el mejor de los casos. Esta apreciación

del lúcido pensador alemán le ha llevado sin embargo a terminar proponiendo lo que sin duda podríamos calificar como una taxativa reducción del objeto del derecho a la investigación científica.⁴

Más allá de la invocación ética, que puede compartirse o no y en ambos casos estar en lo cierto, la anterior consideración avisa de que la investigación científica está contenida en una norma *semánticamente* abierta. Lo que no debe arredrarnos.

La investigación científica, tal y como resulta de los preceptos constitucionales aludidos constituye un objeto de derecho fundamental consistente en ampliar el conocimiento científico.⁵ Ahora bien, importa mucho recalcar que esta función o actividad no incluye la persecución de una finalidad práctica concreta. Evidentemente toda acción humana posee un motivo o finalidad en la mente de quien la realiza, pero la inexistencia de finalidad práctica alude al hecho de que una actividad de investigación científica está protegida, incluida en el objeto del derecho, sin necesidad de formulación de un motivo o fin que justifique su realización. En resumen, el objeto del derecho no incluye la exigencia de una finalidad práctica, de una aplicación concreta que guíe la actividad investigadora. De este modo la acción protegida por el derecho fundamental no está sujeta a una relación de causalidad intrínseca respecto de un fin que caracterice dicha acción. Lo que en definitiva se quiere decir es que el objeto del derecho es la investigación *en sí*: no una acción cualificada por un fin ni disciplinada al logro concreto. Ello conlleva necesariamente la afirmación de que nuestra Constitución contiene una latencia cultural: la investigación científica, como acción *en sí*, amplía el conocimiento.

Esta naturaleza de la investigación científica, que prescinde de la existencia de una finalidad para calificarla como tal, es la que nos permite establecer el criterio de distinción o diferenciación entre creación y producción científica y creación y producción técnica. Mientras es propio de la primera la ausencia de fin concreto, atiende la segunda a la finalidad de ampliar el conocimiento con una finalidad predeterminada. Hay, con todo, una *zona gris* de difícil categorización que conocemos con el nombre de investigación *aplicada*.

El objeto del derecho, la acción de investigar, puede estar concebida como una actividad puramente intelectual o como un conjunto de acciones intelectuales y experimentales. En ambos casos la acción de investigación científica posee una naturaleza sistemática, es decir, responde a una estrategia de conocimiento o, si se quiere ser más preciso, a una metodología en sentido lato. Ello supone que tal libertad comprende la de elección del objeto de investigación, la de opción por el método que el sujeto estime adecuado o preferido, la concepción (*Weltanschauung*) dentro de la cuál se desempeña el investigador, la selección de los medios y recursos y cualquier otro de los factores o componentes precisos para el desempeño de la actividad científica. Todos y cada uno de estos componentes constituyen el objeto sobre el que se proyecta la protección constitucional.

El objeto del derecho, la libre acción de investigar científicamente, alcanza a la actividad científica de cualquier naturaleza, ya en las ciencias del espíritu como en las

⁴ En concreto se plantea «si no habría que restringir, en general, la garantía de la «libertad de la ciencia» prohibiendo ciertas investigaciones o incluso ramas de investigación por medio de persecuciones y condenas legales». «...propongo que se considere que el arte humano, incluyendo la medicina, no debe empeñarse en eliminar cualquier obstáculo de la naturaleza y en evitar cualquier infortunio». HANS JONAS, *Pensar sobre Dios y otros ensayos*, Herder: Barcelona, 1992, 172 ss.

⁵ Robert Alexy se manifiesta casi pretencioso al afirmar que «Todo aquello que por su contenido y forma es un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad es ciencia».

Parece más compartible la posición del Tribunal Constitucional Federal alemán que en 1973 describió la libertad científica como una «decisión valorativa» vinculada a la autorrealización individual y al progreso. (*BVerfGE* 35, 79 [112]).

experimentales. Y alcanza a cualquier acto requerido para la libre realización de dicha actividad.⁶

B) Contenido del derecho

El enunciado normativo del art. 20.1.b) compone un ejemplo típico de disposición constitucional que contiene un mandato de estructura relativamente abierta. Ciertamente proclama un *derecho subjetivo* a una acción, pero es un derecho de cuyas facultades o poderes jurídicos para hacerlo valer no se ofrece indicación alguna. Ello se explica parcialmente, según se dijo, por su naturaleza de derecho de libertad. Y en otra parte por la naturaleza de su objeto, ya definido en el epígrafe anterior.

De su proclamación como derecho se infiere ya una consecuencia que plasma en un poder jurídico de oposición a cualquier intromisión en dicha actividad por parte de los poderes públicos. La Constitución dota así al titular del derecho de un poder jurídico de defensa frente a dichas intromisiones. Un poder que hará valer como derecho de defensa frente a toda actuación dirigida a condicionar su tarea de creación y producción científica. Así pues los sujetos del derecho poseen una facultad consistente en imponer una omisión de acción de los poderes públicos. Esta no supone sólo una garantía de *agere licere* sino también la afirmación de una libertad jurídica para la realización de las actuaciones propias de la actividad científica. No hay en nuestro ordenamiento constitucional trabas al poder de libertad frente a injerencias en la tarea de investigación tal y como quedó definida como objeto.

Prohibición por tanto de *ideologías científicas de Estado*, de *monismos científicos impuestos*, prohibición de *fijación de fines* a la investigación, ya sea a través de vínculos negativos consistentes en normas impeditivas o en normas que *ordenen* las opciones científicas.⁷

Pero un apoderamiento puramente dirigido al ejercicio de una función negativa probablemente terminaría por diluir este derecho en el más amplio objeto del derecho a la libertad de expresión, o de pensamiento. Por ello, este derecho de libertad implica también una *garantía activa*, de predisposición de medios, instrumentos y recursos dirigidos a asegurar la plena expansión y desarrollo del espacio de autonomía individual en que este derecho consiste. El contenido del derecho integra por ello también una obligación de hacer por parte de los poderes públicos en términos normativos y organizativos pues, dada la dimensión objetiva de toda norma constitucional de derecho fundamental, la actuación de dichos poderes no puede ser neutra en relación con la optimización de las condiciones de

⁶ Algunas diferencias ofrece el modelo alemán, no sólo debido al tenor literal del art. 5.3 GG, sino también a la tradición jurídico-pública que tiñe el componente objetivo iusfundamental con adherencias de la categoría de garantía institucional. Ello hace que durante cierto tiempo hayan existido problemas para configurar como derecho autónomo el de investigación frente al de cátedra (enseñanza). Lo que a su vez ha terminado restringiendo el objeto del derecho adscribiéndolo a la posición institucional del sujeto. De este modo la libertad de cátedra lo es sólo para el desempeño del encargo docente específico y la libertad de investigación sobreentiende en ciertos casos el previo disfrute del *status* de científico o investigador.

⁷ Interesa llamar la atención sobre este tipo de técnica que supone en realidad el establecimiento de elementos que dificultan la libre elección o desenvolvimiento de las tareas investigadoras. Por ejemplo, estableciendo políticas de financiación de la actividad investigadora que persiguen objetivos que van más allá de legítimas políticas de estímulo de objetivos concretos y que orientan determinados enfoques científicos o ideológicos. Evidentemente esta posibilidad, de darse, es difícilmente corregible pues precisamente se trata de que los poderes públicos, como agentes activos promovedores de la actividad investigadora, actúen como sus propios controladores o correctores de políticas activas sesgadas.

En términos jurídicos estrictos la actividad de promoción de la actividad científica debe hacerse de acuerdo al tipo jurídico definido por el derecho fundamental que se promueve, respetando por tanto su objeto y contenido constitucionalmente reflejados. Y cabalmente su carácter libre que no puede ser laminado directa ni indirectamente.

ejercicio del derecho por sus titulares. Desde este punto de vista la actuación normativa y organizativa se sitúa en una relación de medio para realizar el fin del mejor despliegue posible de ejercicio del derecho.

Seguramente ello da razón de la existencia del artículo 44.2 que plasma, como principio rector, la obligación *activa* de los poderes públicos de promoción de la ciencia y la investigación científica. La actividad estatal queda así sujeta a una actuación dirigida a fin, es decir, el legislador mayoritario queda vinculado al logro concreto de dichos fines.

C) Delimitación del derecho

El derecho fundamental a la investigación científica soporta, como todo derecho fundamental, una *definición* requerida por su ubicación en norma constitucional y en un ordenamiento jurídico que consagra igualmente como tales derechos fundamentales otras posiciones jurídicas. Todo derecho fundamental posee pues unos contornos generales y objetivos más allá de la dificultad técnico-jurídica que conlleve su averiguación.

El derecho fundamental que tratamos no es objeto en la Constitución española de una *delimitación* que suponga la restricción de la titularidad o ejercicio del derecho con carácter general, al modo previsto para otros derechos en el artículo 55 CE.

Tampoco parece que padezca privación o supresión singular en relación con grupos o personas determinadas o determinables. Ciertamente el artículo 20.5 CE establece la posibilidad de la supresión del derecho fundamental que nos ocupa al habilitar el instituto del *secuestro judicial* de cualquier soporte de una creación o producción científica. Es evidente que se trata aquí de una previsión inicialmente prevista para los derechos del art. 20.1.a) y d) como ya dijimos, pero no lo es menos que la delimitación constitucional del 20.5 no permite *a priori* excluirle del efecto delimitador del derecho fundamental. Ahora bien, no deberá olvidarse que el objeto de la actuación judicial sólo podrá serlo el soporte de la creación o producción científica, lo que es algo distinto de la acción que el derecho que estudiamos protege que, como se dijo, es la investigación *en sí*.

Sin embargo el problema de delimitar el derecho se complica mucho más cuando nos enfrentamos al art. 20.4 CE cuyo enunciado literal no ayuda mucho. En nuestro criterio la dificultad fundamental de este precepto reside en que conviven en él límites y delimitaciones de los derechos que proclama. Lo que también afecta al que es objeto de nuestro estudio. Así parece evidente que la alusión posee una clara función delimitadora en el caso de «los preceptos de las leyes que lo desarrollen». Ahora bien, como también se dijo, nos encontramos ante un derecho cuya estructura y naturaleza es *abierto* y donde por tanto la necesidad o requerimientos de desarrollo del derecho son muy escasos.

Sí parece mucho más claro y definido el supuesto delimitador invocado por este precepto en relación con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, dado que se trata de una delimitación inmediata a partir de categorías vigentes acogidas en la propia norma constitucional. Sin embargo de nuevo se vuelven a plantear problemas en relación con las escasas posibilidades de incidencia delimitadora de dichos derechos en relación al derecho a la investigación científica o, incluso, a la creación y producción científica. Aquí se pone de manifiesto cómo los límites y delimitaciones contenidos en el art. 20.4 contienen una eficacia muy desigual por relación a cada uno de los derechos fundamentales proclamados en los párrafos a) a d) que pretende limitar o delimitar.

Posición distinta y alcance –mucho más dificultosamente discernible– ofrece el enunciado inicial del art. 20.4 CE al fijar un límite en «el respeto a los derechos reconocidos en este Título». El aparentemente liviano mandato constituye en nuestra opinión una apertura de la gama limitadora y delimitadora del sistema constitucional de derechos

fundamentales. Para empezar se produce una ampliación del potencial delimitador en la medida en que el derecho fundamental a la investigación científica no sólo experimenta una delimitación en su confrontación con el resto de los derechos fundamentales, sino que también se abre la vía a la posibilidad de una función delimitadora del legislador de los principios rectores del Capítulo III en la medida en que la alusión del 20.4 lo es, recuerdo, a los derechos reconocidos en éste Título. Ciertamente, debemos recordarlo también, la delimitación legislativa, por tanto mediata, no podrá incidir sobre el *contenido esencial* del derecho a la investigación científica. Pero como anunciábamos, la amplitud de la referencia a «los derechos reconocidos en este Título» produce una apertura genérica a favor del legislador ordinario en la medida en que se le habilita para establecer *límites externos* con base en otros derechos contenidos en el Título I.

Queda todavía aludir a otro de los límites, ya el último, recogidos en el art. 20.4 CE, «la protección de la juventud y la infancia». Esta alusión, a diferencia de las anteriores que de un modo u otro quedaban religadas a *derechos* o, como veremos cuando hablemos de límites, a un bien jurídico, lo es a un *interés* que el constituyente quiere hacer valer frente al derecho a la investigación científica. La diferencia fundamental en este punto estriba en que dicho *interés* no podrá hacerse valer sino a través de su concreción legislativa.⁸

D) Límites del derecho

Como ya hemos indicado el art. 20 CE introduce un conjunto de *reservas de limitación*, es decir, de habilitaciones al legislador para establecer límites a los derechos fundamentales allí incluidos. Sin embargo es preciso insistir de nuevo en que el objeto del derecho fundamental que estudiamos reduce mucho la posibilidad de que el legislador incida en el objeto y las facultades que el derecho contiene. Hay sin embargo un aspecto concreto que plantea muy serios problemas, y al que vamos a referirnos.

1. Investigación y experimentación como objeto del derecho fundamental

El problema se plantea en toda su dificultad cuando nos encontramos ante actividades científicas investigadoras cuya metodología incluye un componente de *experimentación*. Porque es lo cierto que en determinadas ramas del conocimiento humano la investigación comporta, como parte de la acción investigadora, una actividad experimental. Es decir, una confirmación o posibilidad de confirmación empírica –frecuentemente sensible– de datos o hipótesis. Hasta el punto de que a veces un conocimiento no es reputado como científico si no ha quedado probado mediante una comprobación experimental reiterada.

En este caso el supuesto del objeto del derecho es manifiestamente distinto porque toda experimentación implica transitividad, es decir, búsqueda de consecuencias o efectos.

Es aquí donde la normalmente restringida posibilidad de intervención limitativa del derecho a la investigación científica se amplía y activa. Es aquí en definitiva donde el juego de límites cobra fuerza e importancia. Pues, efectivamente, no cualquier actuación experimental está directamente incluida en el espacio iusfundamental. Pero también es igualmente cierto que ninguna está –desde el derecho fundamental a la investigación científica– excluida *a priori*. Se trata, recordamos, de límites externos. Por tanto, de una *posibilidad* del legislador que debe de obtener apoyo en un mandato constitucional habilitante.

⁸ Y ello a pesar de una primera Sentencia, STC 62/1982/3, que utilizó directamente la referencia tuitiva que, sin embargo, no ha encontrado reproducción en posteriores decisiones.

Pero, de ser esto así, es preciso reparar en que lo que se limita no es la actividad investigadora, incluida la eventualmente experimental ligada al proyecto investigador concreto, sino *el fin, consecuencias o efectos* de dicha actividad experimental. Esta diferencia es especialmente relevante cuando se trata de nuevos escenarios de investigación en donde, dicho en breve, la capacidad tecnológico-científica alcanza a realizar actividades experimentales pero no a evaluar o medir sus consecuencias respecto de otros derechos, bienes o posiciones jurídicamente reconocidas por el ordenamiento. Este supuesto es cabalmente el que de modo regular parece poder percibirse en los campos de la biomedicina, genética y afines; aunque no sólo.

Sin embargo es preciso reflexionar sobre la conveniencia de mantener el rigor taxonómico pues, sin perjuicio de que la experimentación se encuentre incluida dentro del derecho a la investigación científica, no cabe ignorar la relevancia de que dicha experimentación se produzca en el ámbito de una construcción científica a cuya lógica sirve.⁹

Si, por el contrario, la actividad experimental persigue un fin o utilidad concreta, nos encontramos en nuestro parecer en el ámbito de la creación y producción técnica, o tecnológica, tan lícita como cualquier otra de las recogidas en el artículo 20.1.b), pero sujeta a otra lógica en cuanto a fijación del objeto del derecho, delimitación de su contenido y lógica de los límites a oponer a determinadas actividades, que no siempre estarán amparadas por el derecho a la creación y producción técnica. Cuando la teoría está subordinada a la práctica experimental no estamos ya en una actividad de investigación científica sino de experimentación técnica *orientada a fines* que posee, según pretendemos sostener, otra naturaleza.¹⁰

⁹ Una distinción, por otro lado, a la que es sensible el legislador. Es significativa la diferenciación entre ambas actividades, y su diferente tratamiento jurídico en ocasiones, en la Ley 35/88, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, Preámbulo, art. 1.4, 14, 15, 16 (donde claramente se discrimina regulativamente entre investigación y experimentación). La Disposición Derogatoria Única de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, procedió a derogar la citada Ley 35/1988. La nueva Ley 14/2006 contempla también tal distinción. Arts. 14.2, 15.1,...Igualmente en el Preámbulo de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica: arts. 34.1, 37.1,...

¹⁰ En este sentido no resulta muy aclarador, sino más bien todo lo contrario, el texto del Informe Explicativo de la Convención sobre los Derechos del Hombre y de la Biomedicina relativos a la investigación biomédica, «22. *La liberté de la recherche biomédicale ne se fonde pas uniquement sur le droit de l'homme à savoir, mais également sur les progrès considérables que ses résultats peuvent permettre de réaliser en matière de santé et de bien-être des patients et de la population en général*». Esta posición no resulta compatible con la diferenciación iusfundamental del artículo 20.1.b) que discrimina claramente entre prácticas estrictamente investigadoras y otras de naturaleza técnica o tecnológica en el sentido que hemos ya explicitado.

Mucho más ajustada a la tesis que sostenemos si sitúa la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Según esta Declaración, «Artículo 10: Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos», pero sobre todo el artículo 12.b), en donde claramente se distingue entre investigación y *aplicación de la investigación*, «La libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de pensamiento. Las *aplicaciones de la investigación* sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad».

Por ello la Declaración otorga especial importancia al carácter singular de la libertad de investigación, Art. 13: «Las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano imponen a los investigadores responsabilidades especiales de rigor, prudencia, probidad intelectual e integridad, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y utilización de los resultados de éstas. Los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas tienen también responsabilidades especiales al respecto». Un precepto cuya razón de ser arranca precisamente de la diferenciación entre investigación científica y *consecuencias o efectos* de dicha actividad. Esta constante distinción entre investigación y resultado de la misma, de nuevo en el artículo 15.

Desentrañar la lógica y el funcionamiento de la clonación de seres humanos es un objetivo legítimo de un investigador, frente al que no creo quepa oponer nada. Ahora bien, pasar desde la búsqueda y obtención de ese conocimiento –si posible– a una actividad de ensayo experimental no supone una infracción de un límite establecido para el derecho fundamental a la investigación científica, sino la salida del espacio objetivo de dicho derecho fundamental. Lo que, si volvemos la vista a nuestro Código Penal, significa que la fijación, ciertamente no muy atinada, de un tipo delictivo que encaja con el ejemplo aludido no supone un límite a la investigación científica sino la prohibición de un acto exorbitante respecto de dicho derecho fundamental.

Se tratará, más probablemente, de un acto de naturaleza técnica o tecnológica, es decir, recurriendo a *un conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico*. (DRAE). Pero el derecho fundamental a la creación y producción *técnica* no incluye la actividad de investigación científica, sino la de un espacio de distinta naturaleza; un espacio que presenta, entre otras, la muy importante diferencia de tratarse de una actividad orientada a fin concreto. Lo que incluye por tanto una función estimativa de dicho fin como elemento del contenido esencial del derecho fundamental.

En resumen, el derecho fundamental a la investigación científica no incluye *cualquier modo de acercarse a lo desconocido*, sino sólo aquél que se desarrolla de acuerdo a las reglas que rigen dicha actividad específica.