



# EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA\*

*Dr. iur., Dr. med., Dr. h. c. Dr. h.c.*

*Director, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco.  
Avda. de las Universidades, 24, 48007 Bilbao (España).*

## Introducción

Las variadas posibilidades de investigación, experimentación y de nuevas terapias a partir de embriones humanos *in vitro*, como sucede con el cultivo de las células troncales de aquéllos, han dado lugar a posturas no sólo divergentes, sino más bien tensamente enfrentadas. En efecto, para algunos la promoción de la libertad de investigación y, a través suyo, de los avances científicos que redundarán en beneficio de las generaciones futuras y probablemente también de las actuales, se traduce en un conjunto de derechos e intereses que deben tener prioridad frente a la protección de la vida del embrión *in vitro*, a la cual el ordenamiento no ofrece-

ría ninguna protección, al menos en el plano constitucional. Por el contrario, otros mantienen el criterio de que debe preservarse en todo caso la protección del embrión humano, al considerarlo en gran medida equiparable a los seres humanos nacidos; incluso para algunos el embrión gozaría, al igual que aquéllos, de la naturaleza jurídica de persona. Entre estas dos posiciones extremas discurren otras con numerosos matices, pero que comparten el pensamiento de que el embrión humano debe gozar indudablemente de protección, en cuanto que es una forma de vida humana, pero no de forma absoluta, sino gradual.

Cualquiera que sea la posición que se mantenga sobre esta discusión, es inevitable y necesaria la puesta a disposición de al menos una normativa específica sobre la experimentación con embriones humanos, dada la dificultad que comporta la configuración de un estatuto jurídico global. En efecto, los embriones obtenidos *in vitro* (sea por medio de reproducción sexual –embriones gaméticos–, sea por técnicas de clonación –embriones somáticos) constituyen en la actualidad un medio de investigación

\*El Prof. Romeo Casabona es Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco. Dirige la *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, y es autor de varios libros y numerosos artículos sobre Derecho y Ciencias Biomédicas. Es miembro de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, de la Comisión de Seguimiento y Control de Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y del Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Técnica, todos ellos de asesoramiento del Gobierno español.



de extraordinaria importancia y de fácil acceso para la comunidad científica.

Por otro lado, los instrumentos jurídicos tradicionales de protección del *nasciturus*<sup>1</sup> son insuficientes ante los nuevos fenómenos científicos y de otro tipo que giran en torno al mismo. Estos problemas se han detectado en diversos sectores del ordenamiento jurídico, en primer lugar en el civil, respecto al cual se ha puesto incluso en duda la validez de las fórmulas legales tradicionales para determinar el comienzo de la personalidad humana y de ser titular de derechos subjetivos.

Estamos lejos todavía de haber elaborado unos criterios definidos para la protección jurídica integral<sup>2</sup> del *nasciturus* y de haber abordado de forma global el tratamiento jurídico que corresponde al embrión *in vitro* ante las diversas situaciones en que puede encontrarse. Sin embargo, no es posible construir un estatuto jurídico del embrión en abstracto, sino que ha de estar vinculado a un ordenamiento jurídico determinado<sup>3</sup>. En esta exposición me centraré en el Derecho español, sin perjuicio de las extrapolaciones que puedan realizarse desde y a otros ordenamientos jurídicos comparados. Por consiguiente, debe empezarse explorando el Derecho constitucional, con el fin de concretar si es posible obtener alguna vía de protección jurídico-constitucional a la vida humana antes del nacimiento, en particular al embrión *in vitro*, respecto al cual no debe dejarse en el olvido la relevante circunstancia de que, en cuanto realidad relativamente nueva<sup>4</sup>, constituye también un nuevo sujeto u objeto -alternativa que habrá que despejar- de tutela por parte del Derecho.

Con el fin de poder avanzar en este estudio, será necesario un análisis del art. 15 de la Constitución española (CE), en cuanto receptáculo del derecho fundamental a la vida. Para culminar adecuadamente este análisis será imprescindible mantener una estrecha y continua referencia a las diversas sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional (TC) que de un modo u otro se ocupan del citado precepto en relación con la vida humana antes del nacimiento. Me refiero en concreto a las sentencias relativas a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de despenalización parcial del aborto voluntario<sup>5</sup> y contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida<sup>6</sup>, así como sobre la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos<sup>7</sup>. Se censura al TC que no habría aprovechado la oportunidad que le brindaron ambas para revisar y actualizar su doctrina, y que habría asumido una labor meramente de exégesis constitucional de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, esto es, se habría ceñido exclusivamente a su tenor literal, sosteniendo su conformidad con la CE sin haber analizado otras implicaciones también constitucionales de tales afirmaciones<sup>8</sup>.

### **El marco constitucional de protección de la vida antenatal**

El ordenamiento jurídico no reconoce al *nasciturus* ni al embrión *in vitro* la condición



de persona ni la de sujeto de derechos y obligaciones, lo cual ocurre después del nacimiento de acuerdo con las prescripciones del CC<sup>9</sup>. Se trata de una convención que podría modificarse, pero esta modificación tendría un difícil encaje tanto en relación con la concepción jurídica que se ha venido confiriendo casi de forma universal en el tiempo y en el espacio a dichos institutos como respecto a su propia operatividad; en todo caso, podría ser más adecuado construir otra categoría jurídica específica. Al mismo tiempo no reflejaría coherentemente las valoraciones jurídicas que se han venido proyectando tradicionalmente sobre la vida prenatal y las que de forma más particular se han ido dibujando más recientemente en torno al embrión *in vitro*.

Esta doble conclusión –la falta de titularidad de los derechos fundamentales y la carencia de personalidad jurídica– se deduce de la propia CE, o así lo ha entendido al menos el TC español. En efecto, en la sentencia 53/1985 el TC no llegó a reconocer que el *nasciturus* fuera titular del derecho fundamental a la vida proclamado en el art. 15 CE<sup>10</sup>, sino que lo calificó como un bien jurídico constitucionalmente protegido a través del art. 15 CE, razonamiento que habría de tener como presupuesto que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, pues de lo contrario sería a través de la titularidad de dicho derecho de donde se obtendría la protección constitucional de la vida de aquél y no por medio de la configuración de un bien jurídico. Esta calificación se ha visto confirmada posteriormente por las sentencias 212/1996

y 116/1999 del mismo órgano<sup>11</sup>. En estas dos últimas sentencias el TC añade con mayor claridad: «cumple recordar que ni los *preembriones no implantados* ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, «persona humana», por lo que del hecho de quedar a disposición de los Bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 C.E.) o a la dignidad humana (art. 10.1 C.E.)»<sup>12</sup>. Si en 1985 el TC sólo aventuró la negación al *nasciturus* de la titularidad del derecho fundamental a la vida, en 1996 y 1999 niega incluso la condición de persona –en sentido jurídico– al embrión *in vitro*.

La falta de personalidad en el concebido y del embrión *in vitro* no significa, sin embargo, que puedan ser entendidos como meros objetos de derechos, y por ello susceptibles de apropiación, pues ha de gozar de otros privilegios diferentes a los otorgados a otras partes del cuerpo humano separadas de éste (en cualquier caso, semejante a ellas debería ser el tratamiento jurídico del embrión y de los fetos muertos, así como del embrión no viable). El TC llega a este respecto a una importante conclusión, que supone reconocer una dimensión objetiva a los preceptos constitucionales que acogen los derechos fundamentales y las libertades públicas (es decir, una dimensión institucional o normativa, como conjunto de valores objetivos positivizados de la comunidad), reconduciendo la protección de la vida de los *nascituri* a la que se confiere a los bienes jurídicos (bien jurídico protegido constitucionalmente)<sup>13</sup>: «Los no



nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la CE lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional, pues, «los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como enseguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos» (STC 212/1996, fundamento jurídico 3º)»<sup>14</sup>.

Significan las anteriores consideraciones que jurídicamente el embrión no es una persona, y por ello tampoco titular de derechos fundamentales, en concreto del derecho a la vida. Pero tampoco cabe otorgarle la categoría de una cosa (no es sujeto, pero tampoco es objeto), pues es un no-sujeto de derecho avocado, por un proceso evolutivo, a convertirse en un sujeto de derecho<sup>15</sup>. Sería erróneo, asimismo, concederle un estatuto jurídico intermedio entre una y otra categoría –entre persona y cosa–, sino que debe reconocérsele un estatuto diferente, autónomo, en un plano coherente con la gradación valorativa expuesta; es decir, una tercera vía, diferente de las anteriores, pero no meramente intermedia, entre persona y cosa. En la doctrina constitucional están implíci-

tas además otras apreciaciones de enorme relieve, como es, en primer lugar, la gradación de la protección a la vida humana prenatal en atención precisamente a su desarrollo.

En efecto, a partir de las reflexiones anteriores, las cuales no excluyen sino que demandan una tutela jurídica efectiva<sup>16</sup>, podría irse construyendo un estatuto jurídico específico, tanto para el embrión *in vitro* como para el feto, pero a la vez diferenciado para ambos, pues comportan gradaciones de formas de vida humana también diferentes, y expectativas más remotas o próximas de convertirse en un ser humano ya nacido, con todos los atributos que ontológica, social y jurídicamente se le reconocen a éste. Como veremos más abajo, estas peculiaridades y diferencias biológicas son objeto de atención y examen por parte del TC, y de ello extrae algunas consecuencias jurídicas, como es la gradación de la intensidad de la protección.

## Fundamentos para el diseño de un estatuto jurídico del embrión

### Planteamiento general

Entre las diversas formas que se han postulado para enfocar la cuestión (p. ej., vincular la protección jurídica con la condición de persona y ésta a su vez con la concepción, o con el comienzo de la vida y defender el momento del mismo en función de la pretensión de adelantar o retrasar dicha protección), va-



mos a centrarnos en un procedimiento discursivo característico del Derecho y, sobre todo del Derecho Penal, aunque no exclusivo de éste: la identificación de un sustrato como presupuesto para reconocer la existencia de un bien jurídico (digno de protección por el Derecho).

Este criterio metodológico parte de los conocimientos biológicos obtenidos sobre el comienzo de la vida humana y de la situación del embrión *in vitro*, o dicho de otro modo, de un conocimiento lo más acertado, exacto y fiel posible de la materia objeto de la valoración jurídica. A partir de ahí el Derecho puede identificar un bien<sup>17</sup> digno de protección jurídica, pero también de posible protección jurídica, esto es, establece el *merecimiento* de protección y la *posibilidad* material de protección por el Derecho. Tal identificación se realiza proyectando valoraciones sobre –en este caso– la realidad biológica y los distintos fenómenos biológicos tal y como son en el estado de conocimiento de cada momento. Sin embargo, sin prescindir por completo de este conocimiento de la realidad ontológica, el Derecho puede apartarse de él mediante criterios normativos, extraídos del entramado social. El resultado de la valoración ha de conducir necesariamente a decidir si esa realidad ha de ser protegida por el Derecho y con qué intensidad, lo que a su vez ha de responder a qué sectores del ordenamiento jurídico (Derecho civil, administrativo, penal) se encomienda tal tarea y frente a qué comportamientos (agresiones) que pueden dañar a ese bien.

### **Perspectiva gradualista y potencialista para la protección del embrión *in vitro***

Es necesario distinguir de nuevo diversas fases o estadios en el desarrollo de la vida humana, aunque sólo se tengan en cuenta, como vamos a ver a continuación, aquellos momentos o estadios que son relevantes para determinar la capacidad de continuar y culminar ese mismo proceso de desarrollo vital, sin atender a otros cortes de éste que se basan en ciertos cambios biológicos significativos, pero en realidad ajenos a la continuidad de tal proceso. Podrá parecer artificioso tal procedimiento de diferenciación, pues la vida humana es desde que ocurre la concepción natural (momento del comienzo de la vida humana o, si se prefiere, de una forma de vida humana) un continuo biológico en constante evolución y desarrollo. Pero el Derecho debe operar de este modo, seccionando la realidad para así poder captarla mejor y poder proceder a continuación a sus propias valoraciones. De este modo, se introducen en el escenario jurídico dos clases de principios de aproximación a la vida prenatal: el gradualista, conforme al cual se valora la vida prenatal en atención a diversos momentos característicos de su desarrollo, y el de la potencialidad como complemento del anterior, que permite distinguir en la vida humana las posibilidades de diversa intensidad de llegar a nacer por las que puede atravesar el concebido (piénsese que este factor puede ser decisivo para la valoración jurídica de la vida del embrión *in vitro*, en tanto no ha sido transferido a una mujer).



No obstante, el embrión *in vitro* es una realidad a la que, como apuntaba más arriba, no debe ser ajena el Derecho, a la que éste ha de ofrecer sus mecanismos apropiados de protección, en la medida en que constituye una forma de vida humana y en cuanto puede dar lugar al nacimiento de un ser humano. Esto es lo que realmente se requiere del Derecho, pero sobre todo que garantice que el embrión no será objeto de intervenciones que puedan poner en peligro la integridad o identidad del nuevo ser si existe un proyecto procreativo cierto respecto a ese embrión, sin perjuicio de que se pondere la oportunidad de admitir concretas excepciones en beneficio del propio individuo futuro (p. ej., con fines terapéuticos o de prevención de enfermedades).

### **Lineamientos para un estatuto jurídico-constitucional del embrión *in vitro***

El TC ha ido diseminando una serie de consideraciones que permiten deducir y construir un conjunto de criterios sobre el marco protector que ofrece la CE a la vida humana prenatal, e incluso las gradaciones de dicha protección. Así ocurrió ya en 1985, al destacar el TC ciertos cortes en el proceso biológico de la vida humana, como son el nacimiento, y dentro del proceso de la vida prenatal, la viabilidad extrauterina<sup>18</sup>.

Asimismo, considera que la vida humana comienza con la gestación, afirmación que si ya era más que discutible en relación con el proceso natural de la procreación, que es el

único que se planteaba en aquella ocasión (puesto que no queda claro si gestación y concepción son equivalentes o no, y de no serlo, como parece aparentemente, se estaría negando esta condición al cigoto)<sup>19</sup>, en relación con el embrión *in vitro* es de todo punto incompatible, pues se le dejaría fuera del manto protector del texto constitucional<sup>20</sup>. En efecto, sea cual fuere el significado que se otorgue a la palabra gestación, no cabe duda que al estado del embrión *in vitro* –incluso aunque en ese medio artificial prosiga la división–multiplicación celular hasta cierto límite– no es posible atribuirle tal condición –la de gestación–, reservada al proceso de desarrollo en el útero materno, si bien la dificultad radique en determinar su inicio.

No por ello rechaza el TC la protección de esa vida humana pregestacional, lo que implícitamente significa reconocer que el comienzo de la gestación no es el término *a quo* ni del comienzo de la vida humana ni de su protección constitucional. Lo cierto es que el TC –en particular en su s. 116/1999– ha dado «cabida» constitucional a esa nueva realidad que constituye el embrión *in vitro*, como decíamos desconocida con anterioridad para el Derecho, lo que permite relativizar en su contexto histórico la afirmación de 1985 sobre el comienzo de la vida humana (sin perjuicio de que ya habían transcurrido entonces unos siete años desde el nacimiento de la primer niña por medio de la obtención de un embrión *in vitro*). Y no podía ser menos; en este sentido, se ha señalado, el TC ha creado *constitución*<sup>21</sup>. De todos modos, como se ha recordado correctamente, el TC





podía haber revisado en 1999 su doctrina en este punto, con el fin de aportar mayor claridad, pues nada se lo impedía<sup>22</sup>.

Por otro lado, asumimos que constituye una realidad distinta la situación del embrión *in vitro* en tanto no ha sido transferido a una mujer y no se ha producido la subsiguiente implantación de aquél en ésta última, pues el cigoto resultante no tiene capacidad por sí mismo de desarrollo hasta que se transfiere a una mujer. Reflexiones semejantes han llevado al TC a afirmar que el embrión *in vitro* ostenta una situación jurídico-constitucional distinta respecto al ya implantado: «como queda afirmado con reiteración, los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno»<sup>23</sup>.

Finalmente, en este espiguelo sobre el estatuto jurídico constitucional del embrión *in vitro*, debe llamarse la atención sobre que el TC alude reiteradamente a posibles atentados a la dignidad: la crioconservación no atenta a la dignidad humana, aunque pueda traer como consecuencia que existan embriones sobrantes<sup>24</sup>, como tampoco el hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de un determinado plazo<sup>25</sup>; pero sí su comercialización, lo que no debe identificarse con la donación de embriones a otras parejas para satisfacer sus propios planes procreativos, pues ésta no interfiere en la dignidad<sup>26</sup>. De todos modos, es más que dudoso que en estos pasajes, que se transcriben literalmente más abajo para su cotejo, se esté aludiendo realmente al embrión preimplantatorio, sino a la persona (así se dice

textualmente en la segunda cita), sin precisar quién pueda ser la afectada: ¿el futuro hijo, una vez nacido? No obstante, no sería incompatible con estos ambiguos pasajes atribuir al embrión la dignidad en una dimensión objetiva.

Fuera del ámbito de tutela constitucional deben situarse los embriones no viables o muertos: «Viable» es adjetivo cuyo significado el diccionario describe como capaz de vivir. Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como «no viable» hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del art. 10,1 CE. Son, así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos «un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto» [el art. 15 CE] «fundamento constitucional» (STC 53/1985, f. j. 5º). La Ley parte, por tanto, de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de *nascituri*, toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión «no viables», que nunca van a «nacer», en el sentido de llevar una propia «vida independiente de la madre» (STC 53/1985, f. j. 5º)<sup>27</sup>.

Parco en exceso parece haber sido el TC respecto a cuál es su apreciación sobre el alcance más preciso de la palabra «viabilidad» empleada por la ley, tan relevante desde el punto de vista jurídico, pues a la postre a la luz del pasaje acabado de transcribir podría



persistir la duda de si se asume un significado estrictamente biológico (o incapacidad de continuar el proceso de división celular, que es al que parece referirse aquélla y tiene más consistencia en la propia argumentación del TC, como luego se expondrá, y es el que yo comparto)<sup>28</sup>, o si se extiende además a los embriones que por circunstancias ajenas a sus características biológicas (p. ej., desistimiento o imposibilidad –por fallecimiento, divorcio– de los progenitores de lograr la paternidad o maternidad por medio de las técnicas de reproducción asistida) no van a poder ser utilizados para la reproducción. Sin embargo, esta segunda interpretación acerca del criterio del TC en esta cuestión me parece menos verosímil<sup>29</sup>. Esto es así porque la definición de viable es estudiada por el TC de forma conjunta respecto al embrión y a al feto, y es evidente que en relación con éste último el significado de «viable» no puede ser otro que el de su acepción biológica, sin perjuicio de las características específicas que tenga aquélla en el feto, dado el grado de desarrollo superior alcanzado por comparación con el embrión. Por consiguiente, necesariamente el feto ya ha iniciado el proceso de gestación y por tal circunstancia su inviabilidad sobrevenida ha de tener alguna motivación de naturaleza biológica y no social o funcional (de concurrir alguna motivación de carácter social, habría que reconducirse por el procedimiento de la interrupción del embarazo), por lo que semejante razonamiento es válido también y extrapolable al embrión *in vitro*<sup>30</sup>. En todo caso, aunque se careciera de un pronunciamiento más explícito por

parte del TC, lo cierto es que éste sólo extrae la consecuencia relativa a la diferencia existente entre los embriones no viables y los *nascituri*, pues mientras éstos van a nacer –nos recuerda– aquéllos no lo van a lograr nunca, distinción, por otra parte, que marca un sustancial fundamento sobre la protección constitucional que pueden merecer unos y otros.

No se agotan en las anteriores consideraciones los perfiles que podrían bosquejar un estatuto jurídico-constitucional del embrión *in vitro*. Podemos establecer otros más relacionados ya a situaciones o intervenciones concretas a las que podría ser sometido el embrión *in vitro*:

- La eventual existencia de preembriones sobrantes comporta la asunción de que algunos de ellos no serán destinados a la reproducción y deberán ser descongelados (destruidos) una vez transcurrido un plazo determinado, aparte de otros destinos que pudieran discutirse (p. ej., destinarlos para la investigación y experimentación):

«De la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones necesario para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando, lo que, desde otra perspectiva, supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes. Así entendida, la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad hu-





mana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias»<sup>31</sup>.

- Se reconoce que la madre podrá rechazar la transferencia a su útero de algún embrión, si como consecuencia del diagnóstico preimplantatorio se comprueba que es portador de alguna anomalía o enfermedad grave, lo que significa admitir implícitamente que sus únicos destinos alternativos serán entonces su destrucción u otros fines no reproductivos que estén autorizados por la ley<sup>32</sup>:

«El art. 12.1 de la Ley permite la intervención sobre preembriones vivos, *in vitro* –por tanto, todavía no transferidos– ... Por ello, han de considerarse como suficientes las garantías que en el propio precepto se adoptan: en primer lugar, que la enfermedad hereditaria detectada deberá ser tratada si ello es posible; y, en segundo lugar, el precepto sólo permite a los profesionales intervinientes desaconsejar su transferencia, por lo que, en lo sustancial, la decisión última recae en la madre receptora, según lo dispuesto en el art. 2.4 de la Ley, cuya conformidad a la Constitución ya hemos examinado»<sup>33</sup>.

Aparte de las reservas que me ha suscitado<sup>34</sup> que el médico deba limitarse únicamente a desaconsejar la transferencia de embriones portadores de graves anomalías, tampoco parece aceptable la tajante afirmación de que la «enfermedad hereditaria de-

tectada *deberá* ser tratada si ello es posible», por varios motivos. En primer lugar, porque parece insinuar que el tratamiento es obligatorio de ser posible, lo que es radicalmente contrario al principio de autonomía que, en principio, debe regir en estas situaciones. Además, supone una contradicción con la otra afirmación acabada de comentar de que sea la mujer la que tiene la última decisión sobre si el embrión le será transferido o no: si el embrión *debe* ser tratado si ello es posible, la consecuencia lógica, pero contradictoria, es que *deberá* ser también transferido. Por otro lado, parece denotar una transcripción o cita errónea de la Ley, pues no emplea términos alusivos a ninguna imposición, sino todo lo contrario<sup>35</sup>.

- La terapia génica en la línea germinal (aplicada en nuestro caso a embriones preimplantatorios) es conforme con el marco constitucional protector de la vida prenatal.

«La posibilidad de otro tipo de intervenciones distintas a la terapéutica contemplada en el precepto no resulta de la literalidad del mismo. Es claro que el art. 13 de la Ley permite exclusivamente las intervenciones con fines terapéuticos, tanto en preembriones como en embriones y fetos, de tal suerte que, como inequívocamente se desprende del inciso inicial de su apartado 3º, esa intervención está constreñida a la aplicación de concretas terapias»<sup>36</sup>.

Es llamativa esta conclusión, pues en este caso está claro que el TC, cuando dictó la s.



116/1999, no tuvo presente y por ello no observó el art. 10.2 CE, que como vimos remite a los tratados internacionales ratificados por España para la interpretación de las *normas* relativas a los derechos fundamentales: las normas, no únicamente los derechos fundamentales en sí mismos. Pues bien, el Convenio sobre derechos humanos y biomedicina prohíbe las intervenciones genéticas que tengan por objeto la modificación del genoma de la descendencia, esto es, de un embrión preimplantatorio (art. 13). De todos modos, puede reconocerse como justificación de esta omisión que el Convenio, si bien había sido suscrito con anterioridad por el Reino de España, se encontraba todavía en trámite de ratificación e incorporación al ordenamiento jurídico español en la fecha en la que fue pronunciada la citada sentencia, lo que ocurrió unos meses más tarde.

- En ningún caso pueden ser jurídicamente considerados los embriones como bienes comerciables, sin que no obstante, su donación comporte forma alguna de patrimonialización de los mismos:

«Esta singular donación «no implica en modo alguno la «patrimonialización», que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 C.E.), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora, expresamente prohibida»; prohibición que, en este caso, se encuentra en el art. 5.3 de la Ley que ahora enjuiciamos. En definitiva, el objeto perseguido por art. 5.1 de la Ley no es

otro que el de garantizar que los gametos y los preembriones en ningún caso puedan ser jurídicamente considerados como bienes comercializables, por lo que, en consonancia con la doctrina antes citada, el precepto impugnado no ofrece tacha alguna de inconstitucionalidad»<sup>37</sup>.

Respecto a cómo deba reflejar el ordenamiento jurídico la protección jurídica efectiva de la vida prenatal, el TC entendió ya en 1985 la necesidad de establecer un sistema legal, incluyendo como última garantía las normas penales<sup>38</sup>, habiendo precisado con posterioridad que tal recurso –el del Derecho penal– no es necesario en todo caso desde las exigencias constitucionales de protección de la vida humana: «Una cosa es que una práctica ausencia de «normas penales», pueda ser, en su caso, contrastada con exigencias derivadas del art. 15 CE y otra muy distinta es la pretensión de que cada una de las interdicciones contenidas en una ley como la presente, destinada a regular la donación y utilización de embriones y fetos, vaya indefectiblemente acompañada de la correspondiente sanción penal»<sup>39</sup>.

### **Diseño de un marco de protección gradual de la vida prenatal**

Tomando, por consiguiente, como punto de partida el dato relevante de que la vida humana –o una forma de ella– se inicia con la concepción, y los criterios valorativos formulados por el TC, se puede reconocer en



primer lugar la especial importancia (aspecto valorativo) que tiene la vida que posee la potencialidad por sí misma de dar lugar a un ser humano (aspecto ontológico). Así, podemos identificar como momento que merece la máxima protección el de la viabilidad extrauterina, a partir del cual el feto es capaz de continuar su proceso vital sin la concurrencia de la madre.

Por otro lado, el momento de la anidación o implantación del embrión en el endometrio materno representa también un punto decisivo en las primeras fases desde la culminación de la concepción, en cuanto se han superado ya determinados fenómenos biológicos (fisiológicos, genéticos y hormonales) que asientan su individualidad y que denotan hasta entonces cierta inestabilidad biológica del embrión.

En un tercer nivel valorativo se puede situar al embrión viable (inestable y todavía pendiente de asegurar su individualidad), al estar en condiciones de continuar el proceso de desarrollo biológico de forma natural, lo que ocurre en el embrión *in utero* hasta el momento de la anidación. Esto significa que la palabra viable la utilizo en su sentido estricto, como capacidad de desarrollo biológico.

A continuación se sitúa el embrión obtenido con el concurso de técnicas humanas, es decir, el embrión *in vitro* viable antes de ser transferido a una mujer, pues sólo este acto de transferencia, que requiere asimismo la utilización de determinados procedimientos técnicos, podrá permitir a ese embrión que dé inicio a su desarrollo vital. No obs-

tante, ya se indicó más arriba cómo también el embrión *in vitro* supone una forma de vida humana y, sobre todo, puede dar lugar al nacimiento de un ser humano, por lo que estas propiedades no deben ser desatendidas.

En un plano inferior debe situarse al embrión no viable, esto es, incapaz de desarrollo por presentar anomalías incompatibles con la vida, por este orden decreciente: el embrión *in utero*, el embrión (o el feto) *ex utero* y el embrión (o cigoto) *in vitro*, el cual no goza de protección constitucional a través del art. 15 CE.

Finalmente, tampoco son susceptibles de proyectar un valor digno de protección jurídica el embrión y el feto muertos, en cuanto tales, con independencia del valor que encarne la información genética de la que son portadores.

En resumen, el Derecho puede matizar su valoración jurídica sobre cada una de estas situaciones, materializándose en una protección jurídica de diferente intensidad. En el Derecho comparado (y en el español) encontramos ejemplos que en términos generales atienden también a una protección diferenciada, cierto que no siempre con parámetros coincidentes con los acabados de exponer, sin perjuicio de la confusión que provoca que en ocasiones lo que se pretende proteger realmente es la integridad y la salud del futuro ser humano que podrá llegar a nacer.

Bien es cierto que los criterios del TC no despejan del todo algunas dudas de especial importancia, dado que en no pocas ocasiones se ha limitado prácticamente a glosar las le-



yes objeto de los respectivos recursos. Por ejemplo, no queda completamente definido si sería conforme o contrario a la CE que el legislador ordinario autorizara la utilización de embriones sobrantes *viables* con fines de investigación, cuestión ésta que ni mucho menos queda cerrada por la misma razón, y que habría que resolver en ese marco de graduación de la intensidad de la protección de la vida humana antenatal que el propio TC acepta junto con el de la ponderación de los intereses en conflicto.

## Notas

1. Con el fin de evitar confusiones, en esta exposición la palabra *nasciturus* se refiere a la vida humana en gestación, en todo caso alojada en el vientre materno; y con la de embrión *in vitro* al creado en el laboratorio mientras no haya sido transferido a una mujer. V. más ampliamente, Romeo Casabona, *The status of extracorporeal embryo in Spanish Law*, en «International-Interdisciplinary Colloquium The Status of the Extracorporeal Embryo», Freiburg in Breisgau, 14<sup>th</sup> – 16<sup>th</sup> October 2004 (en prensa).
2. No se entienda por «protección jurídica integral» del *nasciturus* que aquélla haya de ser absoluta, sino que debe prever la intensidad y forma de protección en atención a todas y cada una de las diversas situaciones en las que pueda verse abocado.
3. Sin embargo, se ha propuesto la construcción de una protección del embrión a partir de un Derecho Constitucional universal. V. en este sentido, Lücke, *Das universale Verfassungsrecht als Quelle eines Weltgemeinschaftsrechts zur Lösung globaler rechtspolitischer Probleme. Eine Darstellung am Beispiel des Schutzes menschlicher Embryonen*, en *Medizinrecht*, 2002, 432 y ss.
4. Sin perjuicio de experiencias anteriores en laboratorio y con el modelo animal, el primer nacimiento de un ser humano a partir de un embrión obtenido *in vitro* se remonta a 1978, en el Reino Unido (la niña Louise Brown). Sería después cuando se iría extendiendo el número de embriones disponibles (frescos o congelados) y su posible interés como medio de investigaciones científicas.
5. STC 53/1985, de 11 de abril.
6. STC 116/1999, de 17 de junio.
7. STC 212/1996, de 20 de diciembre.
8. V. algunos comentarios en semejante dirección, Editorial, *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, nº 11, 1999, 19 y ss.; Bellver Capella, *El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and Human Genome Review*, nº 11, 1999, 122 y s.; Vidal Martínez, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999 resolviendo el Recurso de inconstitucionalidad número 376/89 contra la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and Human Genome Review*, nº 12, 2000, 115 y ss. En estos trabajos se censura asimismo el excesivo retraso con que se fallaron ambas sentencias. V. algunas consideraciones sobre esto último, si bien de otro signo, en Arruego Rodríguez / Chueca Rodríguez, *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and Human Genome Review*, nº 12, 2000, 95 y s.
9. Recuérdense las arts. 29 y 30 del CC. No puedo entrar aquí en el frecuente recurso a estos preceptos para defender la personalidad de la vida antenatal y en los argumentos que se han utilizado con este propósito, para lo que me remito a Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. CERA, Madrid, 1994, 142 y ss.
10. V. ff. jj. nºs 5, 6 y 7. No suele mencionarse que estas consideraciones fueron ya manejadas con toda nitidez en las STC de 29 de enero de 1982, f. j. nº 5, y 75/1984, de 27 de junio, f. j. nº 6. En suma, en las tres sentencias está implícita la búsqueda de otra estructura jurídica protectora de la vida del no nacido a falta de la que pudiera pro-



- porcionar el reconocimiento de la titularidad del derecho a la vida.
11. Ff.jj. nº 3 y nº 5, respectivamente. Este importante pasaje figura transcrito más abajo en el texto.
  12. STC 116/1999, f. j. nº 11. El subrayado ha sido añadido.
  13. Esta tesis, que como es sabido arranca de la STC 53/1985, ha dado lugar a algunas reflexiones críticas, principalmente en cuanto a que no era necesario otorgar la categoría de bien jurídico constitucionalmente protegido, para declarar la obligación del Estado de proteger la vida de los *nascituri*. Cfr. al respecto Arruego Rodríguez / Chueca Rodríguez, *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina*, 103 y s.
  14. STC 116/1999, f. j. nº 5.
  15. De acuerdo con Femenía López, *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999, 101 y ss. V. también Roca Trías, *El Derecho perplejo: los misterios de los embriones*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and Human Genome Review* «, nº 1, 1994, 121 y ss.
  16. En efecto, esta cuestión es tomada de la STC de 1985 por las dos posteriores de 1996 y 1999: «la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales» (v. SsTC 53/1985, f. j. nº 7; 212/1996, f. j. nº 3; 116/1999, f. j. nº 5). Si bien la primera citada recuerda que esta protección no ha de revestir un carácter absoluto, sino que puede y debe estar sometida a limitaciones, de modo semejante a como lo indicaba ya la STC 29 de enero de 1982, f.j. nº 5.
  17. Este procedimiento metódico es propuesto y adoptado también por Roca Trías, *El Derecho perplejo: los misterios de los embriones*, 132 y ss. y 150.
  18. V. STC 53/1985, f. j. nº 5.
  19. Sobre lo inadecuado de la expresión, por su ambigüedad e inexactitud, ya me ocupé con anterioridad. V. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, 91, habiendo adelantado entonces que dejaba sin cobertura constitucional a la vida del embrión *in vitro*, lo que no parece asumir la STC 116/1999. Por lo demás, este pasaje no es citado por las SsTC 212/1996 y 116/1999.
  20. Abundan en ello las tres sentencias, de forma incorrecta en mi opinión las dos últimas, pues parecen ignorar la peculiaridad del origen de los embriones *in vitro*, sin perjuicio de las valoraciones que establece sobre él: «la [obligación] de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación» (v. SsTC 53/1985, f. j. nº 7; 212/1996, f. j. nº 3; 116/1999, f. j. nº 5).
  21. Así lo destacan Arruego Rodríguez / Chueca Rodríguez, *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina*, 93 (subrayado de los autores).
  22. De este parecer también -en relación con la STC 212/1996- Pardo Falcón, *A vueltas con el artículo 15 CE y otras cuestiones más o menos recurrentes de nuestro Derecho constitucional (Un comentario a la STC 212/1996, de 19 de diciembre)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 51, 1997, 252.
  23. Hasta aquí el texto ha sido recogido por la STC 116/1999, f. j. nº 12.
  24. STC 116/1999, f. j. nº 11.
  25. *Ibidem*.
  26. SsTC 212/1996, f. j. nº 8, y 116/1999, lug. cit.
  27. STC 212/1996, f.j. nº 5, recogiendo esta argumentación en la s. 116/1999, f. j. nº 9. Crítico con esta conclusión, Bellver Capella, *El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica*, 132.
  28. Este mismo criterio interpretativo en relación con la Ley 35/1988, ha sido propuesto por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Segundo Informe*, Madrid, 2000, y por el Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica, *La investigación sobre células troncales*, FECyT, Madrid, 2003.
  29. Por el contrario, Vidal Martínez, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999 resolviendo el Recurso de inconstitucionalidad número 376/89 contra la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, 120 y ss., entiende que es ésta última la interpretación propuesta por el TC, la cual, no obstante, no comparte.



30. Recuérdese que los argumentos desarrollados en este punto por la STC 212/1996 son recogidos por la STC 116/1999, la cual se refiere al embrión *in vitro*, dado que el recurso de inconstitucionalidad que tuvo que resolver versaba sobre la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
31. STC 116/1999, f.j. nº 11.
32. No deja de ser cierto que la conclusión del texto es tan sólo una deducción lógica de la posición jurisprudencial que se transcribe a continuación, pero tiene razón Bellver Capella, *El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica*, 132, cuando censura al TC por no haberse pronunciado con claridad sobre el asunto.
33. STC 116/1999, f.j. nº 12.
34. V. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, 235, bien es cierto que la crítica que realizo en esta obra no ha sido compartida por algún autor.
35. Recuérdese el tenor literal del art. 12.1 de la Ley 35/1988: «Toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear». Y, a mayor abundamiento, el art. 2.4 de la Ley: «La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición».
36. STC 116/1999, f. j. nº 12.
37. STC 212/1996, f. j. nº 8, y 116/1999, f. j. nº 11. La cuestión de la patrimonialización de la vida humana había sido planteada por los recurrentes, quienes la estimaban contraria al art. 15 CE. En su opinión, la donación de embriones implicaría esa patrimonialización, argumentación que, como hemos visto, es rechazada por el TC.
38. En efecto, de la calificación de la vida de los *nasciturus* como bien jurídico constitucionalmente protegido se derivan para el Estado «con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales». No obstante, este tipo de protección, se añadía inmediatamente, no puede aspirar a revestir carácter absoluto: «en determinados supuestos puede y debe estar sujeta a limitaciones» (STC 53/85, f. j. 7º).
39. STC 212/1996, f.j. nº 10.