

BREVES ANOTACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL EMBRIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

SOME REMARKS ON THE PROTECTION OF HUMAN EMBRYO IN THE SPANISH LAW

Álvaro Redondo Hermida

*Fiscalía del Tribunal Supremo
Fortuny 4, 28003. Madrid. España.*

91 3352229

alvaro.redondo@fiscal.es

Resumen

En el presente trabajo se estudia la legislación española que regula el estatus jurídico del embrión humano, en un análisis comparado con el Derecho Internacional y la legislación de países de nuestro entorno cultural, llegándose a la conclusión de que nuestro ordenamiento es contradictorio con los compromisos internacionales de España y menos protector de la vida humana no nacida que los sistemas jurídicos que apuestan por la defensa del ser humano desde el primer momento de la concepción.

Palabras clave: embrión, preembrión, convenio de Oviedo.

Abstract

We study in this article the Spanish legislation regulating the juridical status of the human embryo, in a comparative analysis with the International Right and the legislation in other countries of our cultural environment, leading to the conclusion

that ours contradicts the international compromises of Spain and is less protective with the unborn human life than the juridical systems which advocate for the human being from the very moment of conception.

Key words: embryo, pre-embryo, Oviedo convention.

I. La Ley vigente en materia de técnicas de reproducción asistida

La Ley 14/06, de 26-5-06, que marca la regulación del Estatuto del embrión en España en combinación con Ley 14/07 de 3-7-07, permiten la experimentación con embriones humanos, hecho diferencial de nuestra legislación respecto de otras mucho más garantistas y defensoras de la vida humana no nacida. En efecto, en el artículo 11 de la mencionada norma jurídica se hace referencia a la llamada «crioconservación» de los embriones humanos. En el texto estudiado se alude asimismo referencia al destino de los llamados «preembriones sobrantes» de la aplicación de técnicas de fecundación «in vitro» que no sean transferidos a la mujer, de los cuales se predica que podrán ser conservados.

La ley define como «preembrión» al ser humano de no más de catorce días de desarrollo. La actual legislación mantiene la autorización de experimentación con embriones inviabil, establecida por la derogada ley 42-88. La expresión «embrión sobrante» no es inocente como ha subrayado el Fiscal Antonio del Moral: «... Manipulaciones semánticas proliferan en esta materia...» Embriones sobrantes»..... El calificativo «sobrantes» parece invitar a su destrucción, a considerarlos material

de desecho...»¹. En idéntica dirección, afirma Andrés Ollero: «...Calificar de «sobrantes» a determinados *preembriones* desborda con mucho la constatación científica, para implicar una nueva valoración ética de notable calado...»².

Sintetiza de manera plástica el significado en esta materia de la ley vigente de reproducción asistida, el profesor Serrano Ruiz-Calderón: «...Más que una Ley de reproducción humana asistida...(es) una norma de promoción del uso de embriones en investigación, incluso... legitimadora de la...clonación con fines no reproductivos, frente a lo dispuesto en el código penal y el mismo Convenio de Oviedo...La norma si dirige con decisión a la eliminación de la distinción entre sujeto y objeto, entre persona y cosa, en lo que atañe a los embriones...Respecto a las recientes legislaciones que se han tomado en serio el estatuto del embrión humano... la distancia será abismal...La nueva Ley facilita el abuso investigador, que tanto escándalo ha producido...»³.

1 Del Moral, A., «Derechos, legisladores, jueces y juristas ante la bioética y la deontología médica», en *Cuadernos de Bioética*, nº 56, vol. XVI, 2005, 183.

2 Ollero, A. *Bioderecho (entre la vida y la muerte)*, Aranzadi, Navarra, 2006, 260.

3 Serrano Ruiz-Calderón, J.M, Artículo sobre la nueva ley de Reproducción Asistida, en el diario «ABC» correspondiente 22-2-06.

Entre los destinos a que pueden verse abocados dichos preembriones conservados en frío, se encuentran la donación con fines de investigación, y la destrucción. En este sentido puede afirmarse que el modelo español difiere de otros adoptados por países de nuestro entorno y común tradición jurídica, como Alemania, en que no se establece la posibilidad de destinar los embriones a la investigación científica (Ley de 13-12-90). Asimismo, Italia (Ley 40-04) prohíbe la experimentación con embriones, y la Constitución suiza prohíbe la clonación (artículo 119).

II. El convenio de Oviedo y su comparación con la convención interamericana de derechos humanos. La convención de derechos del niño

Naturalmente, también se aleja el modelo español del establecido en países que han resuelto conceder una mayor protección al embrión humano, como los americanos, que cuales prohíben tal actuación por medio de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que entró en vigor el 11-7-78. El artículo primero de dicho texto afirma: «...Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano...».

El artículo cuatro de dicho Convenio establece taxativamente: «... Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley, y en general, a partir del momento de la concepción...».

Asimismo, el artículo once del texto afirma: «... Toda persona tiene derecho... al reconocimiento de su dignidad...».

En posición discrepante, pero que aclara notablemente el sentido del precepto reseñado, los Estados Unidos Mexicanos comunicaron al Secretario General de la OEA, en fecha 9-4-02, que dicho Estado, respecto al párrafo primero del artículo cuatro, considera que no constituye obligación de adoptar o mantener una legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción, materia que entiende reservada a los Estados parte.

La Convención Americana reviste gran interés en Derecho Comparado. Pero el Convenio de Oviedo, que más adelante analizamos, es además norma interna del Derecho español puesto que España firmó tal Convenio el 4-4-97, depositándolo el 1-9-97, procediéndose a su publicación en el Boletín Oficial del Estado de 20-10-99 (arts. 1.5 del Código Civil y 96.1 de la Constitución Español⁴).

Con mayor precisión, la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad de Málaga en un Informe elaborado por la profesora Magdalena Martín sobre el Convenio de Oviedo llega a sostener no solo que el Convenio constituye Derecho positivo, norma en vigor para los Estados, sino incluso que «alguna de sus disposiciones son autoejecutables (*self-executing*), es decir, se trata de normas tan explícitas y perfectas que

4 Martínez-Pereda, J.M., Comunicación al Octavo Congreso Nacional de Derecho Sanitario, tomada de la publicación digital de la misma por la Asociación Española de Derecho Sanitario (Madrid, 20-10-01).

Consulta del 24-7-08, página [tp://biblio.upmx.mx/download/cebidoc/Dossiers/distanasia072.asp](http://biblio.upmx.mx/download/cebidoc/Dossiers/distanasia072.asp)

son directamente aplicables, pudiendo ser invocadas por los particulares y aplicadas de oficio por los Jueces y Tribunales... Este sería el caso... de los artículos del Convenio donde...se reconocen derechos individuales subjetivos... (artículo... 13) o se imponen prohibiciones legales absolutas... (artículo...14)»⁵

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20-11-89 y ratificada por España, establece que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años. Siendo dudosa la interpretación de dicha definición, la República Argentina hizo una reserva a dicho documento, por Ley de Ratificación 23849/90, publicada en el Boletín Oficial del 22-10-90, en la que se hace constar que dicha Parte interpretará dicho artículo en el sentido de que por niño se entenderá todo ser humano desde el momento de su concepción.

III. La posibilidad de actuación eugenésica sobre los embriones humanos

Retomando la actual legislación española, se constata que en el artículo 12 del antes reseñado texto legal de reproducción asistida se establece la posibilidad de la actuación eugenésica sobre los preembriones. Así, el llamado «diagnóstico

5 Dictamen sobre el Convenio de Oviedo de la Profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Málaga, *Dra. Magdalena Martín Martínez*, Biblioteca Digital de la organización argentina «Red de Adultos mayores», Málaga, 2003. consulta digital del 24-7-08, página web <http://redadultos-mayores.com.ar/buscador/files/JURID005.pdf>

preimplantacional» puede emplearse para cualquier finalidad, siempre que el centro correspondiente cuente con la autorización administrativa adecuada. Igualmente autoriza la experimentación con preembriones «sobrantes», siempre que se cuente con autorización de la correspondiente administración sanitaria para llevar a cabo el proyecto investigador. Tal orientación ha sido reforzada en la nueva Ley de Investigación Biomédica, que autoriza la experimentación con embriones inviables en su artículo 28.

IV. El contraste de la legislación española con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Para encuadrar en su contexto internacional la normativa expresada, debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No es muy prolija sobre esta materia, pero cobra una especial relevancia al integrar España el Consejo de Europa, con lo que las Sentencias del Tribunal mencionado deben ser tenidas necesariamente en cuenta por nuestro Legislador y los intérpretes de las leyes.

Según la Sentencia de 8-7-04, (asunto *Vo contra República Francesa*) a diferencia de lo que se establece en el artículo cuatro del Convenio Americano de Derechos Humanos, el artículo dos del Convenio Europeo guarda silencio en relación al límite inicial de la vida humana, no decidiendo por tanto la condición del feto. A juicio del Tribunal, el feto no es «*persona*» en el sentido del Convenio Europeo. La determinación del comienzo de la vida

humana es cuestión entregada, según el Alto Tribunal Europeo, a la legislación interna de los diferentes estados miembros del Consejo de Europa. Con ello se determina que, según el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se confía al legislador español la misión de proteger la vida humana en los términos procedentes, en cuanto se refiere a la determinación del estatus jurídico del embrión.

De todos modos, y no obstante la anterior proclamación, en cierto modo el Alto Tribunal Europeo viene a fijar unas bases doctrinales que el legislador español debe tener en consideración. Así, el Tribunal afirma que se está comenzando a reconocer protección al feto, ante las potenciales consecuencias de la experimentación con embriones: «La capacidad del embrión de convertirse en persona debe ser protegida, sobre la base de la dignidad humana». En sentido semejante se pronuncia esa alta instancia judicial europea en la Sentencia de 7-3-06, (asunto *Evans contra el Reino Unido*), sentencia que viene a ratificar la doctrina antes comentada, si bien a través de una resolución aún más escueta y de menor trascendencia doctrinal.

V. La legislación española contrastada con el Convenio de Oviedo

El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Biomedicina de Oviedo, ratificado por España en 23-7-99, proclama en su Preámbulo la necesidad de respetar al Ser Humano, tanto como persona, como en cuanto perteneciente a la especie humana. Además, el mencionado Convenio, obligatorio para nuestro

país, reconoce la importancia de garantizar la dignidad del ser humano. En su primer apartado las Partes se obligan a proteger la dignidad del ser humano. En su segundo artículo, las Partes proclaman que el interés del ser humano prevalecerá sobre el interés de la ciencia.

El artículo trece por su parte establece: «...Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas, y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia...».

El artículo catorce, reza así: «...No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica la procreación, para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que se preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo...». Llama la atención la expresión que utiliza la norma para referirse al embrión, al denominarla «persona que va a nacer».

Por último, y como precepto fundamental, cabe destacar que, en su artículo quince, las Partes establecen que la experimentación científica en el ámbito de la biología debe realizarse garantizando la protección del ser humano. A nuestro entender, dichas pautas no son respetadas por la legislación española, al regular el estatuto del embrión humano del modo que venimos analizando.

No cabe duda de que la protección del Convenio debe alcanzar al ser humano que va a nacer, en los términos expresados en el artículo Catorce de dicho texto. Se puede asegurar que el concepto

jurídico de «ser humano» en ese instrumento abarca al «embrión humano». Con independencia de la consideración de «persona» en sentido jurídico, el embrión humano tiene indudablemente la condición biológica y filosófica de «ser humano», puesto que no puede considerarse como un ser de ninguna otra especie ni condición. A esto se refiere el Preámbulo del Convenio al hablar de «ser perteneciente a la especie humana».

El Legislador español, por tanto, está incumpliendo los Tratados Internacionales que protegen la vida humana y al ser humano, vigentes en España en los términos establecidos en la Constitución, algunos de cuyos preceptos son, por su naturaleza, además de mandatos dirigidos a los Estados, normas de inmediata y directa vigencia en nuestro Ordenamiento Jurídico.

VI. La jurisprudencia del tribunal supremo y del tribunal constitucional en relación con la protección de los embriones humanos

En la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto el feto como el embrión humano resultan equivalentes en cuanto «vida humana dependiente», teniendo ambos una condición humana diferenciada de la de la madre, y penalmente protegible. Así lo afirma la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29-11-01, ratificando la doctrina establecida en la Sentencia de la misma Sala de 5-4-95.

El Código Penal sanciona, en sus artículos 159 y 160, la manipulación

genética del embrión y la clonación humana, aunque, por el principio general de antijuridicidad, si existe autorización administrativa para realizarlas, la represión penal deja de existir.

En otro orden de cosas, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sostiene que el procedimiento especial para la protección de los Derechos Fundamentales es el adecuado para ejercitar jurisdiccionalmente la protección del *nasciturus*. Así lo afirma la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30-4-88. Ello significa, por tanto, que en todo lo que se refiera a la defensa jurisdiccional del embrión humano, el procedimiento adecuado ante los Tribunales de Justicia es el especial y sumario de protección de los Derechos Fundamentales. En la misma resolución, el Tribunal Supremo sostiene que el *nasciturus* tiene derecho a la vida.

Es importante tener en cuenta la jurisprudencia que estamos comentando, algo olvidada ante la doctrina de nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales. Decimos esto al hilo de lo acordado recientemente en el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25-4-06. En dicho acuerdo se estableció que el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que norma la trascendencia jurídica de las resoluciones del Tribunal Constitucional, no impide que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que le confiere la Constitución Española en sus artículos 117 y 123.

A este respecto, y con relación a las funciones de unificar la doctrina jurídica

y otorgar la garantía última de los derechos humanos en el ámbito nacional, funciones respectivamente atribuidas por la Constitución a los Tribunales Supremo y Constitucional, cabe recordar que la doctrina de este último ha fijado un umbral de protección que difiere de la Jurisprudencia del primero, en cuanto al tema estudiado en este trabajo. En efecto, el Tribunal español de Garantías Constitucionales no reconoció a los seres humanos no nacidos la protección que debiera dispensarles el derecho a la vida consagrado en el art. 15 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85, Fundamento Quinto). Los consideró como *un bien* a proteger por la Ley.

El mismo Tribunal desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la anterior Ley reguladora de la reproducción asistida, en cuanto la misma permitía la experimentación con preembriones, teniendo en cuenta que aquélla sólo lo consideraba lícito respecto de preembriones inviáveis. (Sentencia del Tribunal Constitucional 116/99, Fundamento Noveno).

La actual Ley de Investigación Biomédica autoriza la experimentación con embriones que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico.

En todo caso, el Tribunal Constitucional estimó que no atentaba a la dignidad humana la crioconservación, y negó la consideración de persona humana a los embriones (Sentencia del Tribunal Constitucional 116/99, Fundamento Undécimo). Ello contrasta con la realidad jurídica, que puede incluso captarse por

intuición, de que la dignidad del ser humano debe ser un valor de protección máxima en todos los supuestos. Como afirmaban los Magistrados Manuel Jiménez de Parga y Fernando Garrido Falla en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/99: «...La dignidad de la persona es un valor constitucional que exige la máxima protección de los poderes públicos en un Estado de Derecho...».

De todos modos, conviene no olvidar que la doctrina del Tribunal Constitucional es anterior a la entrada en vigor del Convenio de Oviedo, anterior a las últimas tendencias del Derecho Comparado y a la evolución doctrinal favorable a la protección del ser humano no nacido, evolución en parte producida a partir del año 2000, y que representa una revalorización de las doctrinas humanistas que tienen como marco de referencia los valores de las concepciones filosóficas que apuestan por la vida humana no nacida.

VII. Conclusión: la posición de España en el concierto de las naciones en relación con la protección del embrión humano

En cuanto a la posición de España en el concierto jurídico internacional respecto de la temática ahora estudiada, debe señalarse que nuestro país no ratificó la Declaración sobre la Clonación Humana de 8-3-05, que afirma que las Naciones Unidas deben prohibir las técnicas de ingeniería genética que puedan resultar contrarias a la dignidad humana. Cabe

señalar que dicho texto fue suscrito por países científicamente avanzados como los Estados Unidos de América, Australia, Suiza, Italia o Austria.

El Gobierno de España alegó, para no adherirse a la declaración, que nuestro país es favorable a la clonación humana con finalidad terapéutica, lo que, al contradecir la declaración, impide la adhesión de España al criterio de la

Asamblea General. Tal orientación ha plasmado después en la Ley de Investigación biomédica.

Con todo lo expresado queremos afirmar que, a nuestro criterio, el ordenamiento jurídico español se ha alejado de la tendencia universal de las naciones a proteger la vida del ser humano desde el primer momento de la concepción.

Recibido: 17-04-2008

Aceptado: 21-07-2008