

EL EMBRIÓN *IN VITRO* COMO FUENTE DE CÉLULAS TRONCALES: ANÁLISIS JURÍDICO-CRÍTICO

M^a Cruz Díaz de Terán Velasco

Filosofía del Derecho

Universidad de Navarra

mdiazdet@unav.es

Resumen

Al confrontar las correspondiente legislaciones, se advierte una ruptura entre la LTRA de 1988 y el espíritu y doctrina del Tribunal Constitucional español. Así se muestra en la primera a propósito de la diferente valoración jurídica de las fases de preembrión, embrión y feto, la imprecisión del concepto de viabilidad y la identificación entre gametos y embrión en determinados supuestos. Frente a ello, la protección legal ha de ser la misma en cualquier fase del desarrollo del viviente, y se ha de evitar que las otras lagunas legislativas conduzcan a una eugenesia discriminatoria carente de justificación.

Palabras clave: embrión, protección legal, células madre, ley española 35/1988.

Abstract

By contrasting the legislative subjects, a break with the spirit and the doctrine of the spanish Tribunal Constitucional appears in the LTRA 35/1988. The article shows it with regard to the different valuation of the stades of preembryo, embryo and foetus, the vagueness of the concept of viability and the identification of gamets and embryo in determinate assumptions. Against it, the legal protection need to be the same, whatever phase of development it may be, and it's to avoid the discriminatory eugenics which the other lacks of precision groundless lead to.

Key words: embryo, legal protection, stem cells, spanish law 35/1988.

1. Introducción

Desde hace algunos años, se discute desde diversas instancias, la justificación moral y jurídica de extraer células troncales a partir de embriones humanos generados *in vitro*¹. En apoyo de una postura positiva se alegan, por un lado, las grandes expectativas científicas creadas entorno a las posibilidades terapéuticas de dichas células. Por otro lado, se apela a la sobreabundancia actual de embriones humanos criopreservados, generados en los procesos de fecundación *in vitro*². Como es bien conocido, algunas de las legislaciones que han abordado la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas contemplan, expresamente, la posibilidad de criopreservar

los embriones considerados *sobrantes*³. Frente a ello, interesa destacar que tales demandas de utilización de embriones humanos como fuente de material biológico descansan, en gran medida, en unos presupuestos éticos y jurídicos previos: la desvalorización de la vida humana en sus primeros estadios y, más en concreto, de la producida *in vitro* frente a aquella que es el resultado de un proceso natural de concepción.

En las páginas que siguen me he propuesto analizar el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico dispensa al embrión humano generado *in vitro*, sujeto del que se demanda la posibilidad de extraer células troncales. Asimismo, intentaré justificar la existencia de una discriminación del mismo con relación a los embriones concebidos *in vivo*. Para ello, partiré de la jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Constitucional en la conocida Sentencia 53/1985, de 11 de abril y, especialmente, de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA) y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. De igual forma tendré en cuenta los recursos de inconstitucionalidad presentados contra dichas leyes, y resueltos a través de las SSTC 116/1999, de 17 de junio y 212/1996, de 19 de diciembre,

1 En el mes de noviembre de 1998, se anunció, públicamente, que dos Centros de Investigación Americanos, la Universidad de Wisconsin –con el profesor James Thomson al frente– y la Universidad Johns Hopkins –con un proyecto dirigido por el profesor John Gearhart– habían obtenido, a partir de embriones iniciales, tales células. El objetivo que se proponían eran cultivarlas y conseguir que fueran capaces de originar tejidos susceptibles de ser utilizados, posteriormente, para trasplantes y tratamiento de enfermedades. (Vid. Thomson, J.A. «Embryonic stem cells lines derived from human blastocysts», *Science*, 282 (1998), 1145-1147; J. Gearhart, J., «New potencial for human embryonic stem cells», *Science*, 282 (1998), pp. 1061-1062.

2 No voy a entrar a analizar la conveniencia o no de que el ordenamiento jurídico ampare la creación artificial de vidas humanas, ya que excede las pretensiones de este trabajo. Para el estudio de este tema remito a la obra de Ballesteros, J. (coord.). *La Humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002, en la que se trata de modo riguroso la cuestión y cuya posición general asumo.

3 Tal es el caso de la legislación española. Así, el artículo 11. 3 de la Ley 35/1988, establece que «Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se criopreservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años».

respectivamente, que los estimaron de modo parcial⁴.

2. La protección de la vida naciente a raíz de la STC 53/1985, de 11 de abril

En España, el Proyecto de Ley Orgánica que despenalizaba el delito de aborto en tres supuestos concretos vino acompañado de la interposición de un recurso previo de inconstitucionalidad. Esta circunstancia motivó que el Tribunal Constitucional se plantease si el contenido del artículo 15 CE (que reconoce que «todos tienen derecho a la vida») afectaba y en qué medida, a la vida humana antenatal. Las claves que a este respecto suministró el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia 53/1985, de 11 de abril fueron básicamente tres:

a) *La vida humana es un devenir que comienza con la gestación;*

b) *El nasciturus no es sujeto del derecho a la vida sino un bien jurídico constitucionalmente protegido;*

c) *La protección al nasciturus posee unos contenidos mínimos*⁵.

Con referencia al primer criterio, la Sentencia precisa que «la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una

realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana y que termina con la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital» (FJ 5º). Por tanto, el Tribunal Constitucional sostiene que la vida humana es un camino que comienza con la gestación, finaliza con su muerte y que «acontece en el sujeto vital que es *el mismo* en todo momento aunque, precisamente por no ser *lo mismo*, su estatus jurídico va variando a lo largo de su vida»⁶. En cuanto al valor de la vida humana, destacó en su argumentación jurídica que ésta «es un valor superior del ordenamiento jurídico», y lo relacionó con el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10 de la Constitución como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». De esta manera, el Tribunal Constitucional afirmó que la dignidad de la persona y el derecho a la vida son respectivamente «el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos (...)».

No obstante, a pesar de estas afirmaciones, la Sentencia evitó llegar a las conclusiones a que le conducía su propio razonamiento y negó que «los argumentos aducidos por los recurrentes permitan fundamentar que al *nasciturus* le corresponda la titularidad del derecho a la vida» (FJ 7º). Si bien constató que «en todo caso, y ello es lo decisivo para la

4 Con respecto a la STC 116/1999 de 17 de junio, salvo los artículos 12.2 y el 20.1, la Ley fue considerada conforme a la CE. Por otro lado, en la STC 212/1996, de 19 de diciembre, salvo dos artículos, el 5.1 y el 9.1 en los que se estima su oposición al principio de legalidad, la Ley fue considerada conforme a la CE.

5 Bellver, V. «El estatuto jurídico del embrión», *La Humanidad in vitro*, 253 y ss.

6 Bellver, V. *op. cit.*, 254.

cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Norma Fundamental». El problema que aquí se puso de manifiesto con toda su crudeza, como ha señalado acertadamente A. Ollero⁷, fue que la Sentencia regateó carácter humano a un ser a quien la Biología se lo reconoce, y asumió la carga de establecer una distinta frontera de humanidad. De esta manera se negó el derecho a vivir a quien ya era, según la propia Sentencia, vida humana.

En cualquier caso, al margen de esta reserva, lo cierto es que la Sentencia reconoce al embrión humano, desde el momento de la gestación, una protección constitucional. De este modo, la Sentencia afirma que tal protección al *nasciturus* tiene unos contenidos mínimos que se traducen en dos obligaciones concretas para el Estado: «la de abstenerse de interrumpir u 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». Si bien más adelante afirma que «ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionales reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones» (FJ 7^o).

7 Ollero, A. *Derecho a la vida y Derecho a la muerte*, Rialp, Madrid, 1994, 32.

Por consiguiente, el contenido de la protección constitucional del *nasciturus*, cuya vida ha comenzado con la gestación, consiste en garantizar que no se obstaculice dicho proceso y en establecer un sistema legal para la defensa de su vida que suponga la protección efectiva de la misma. Según ello, el proceso natural de la gestación deberá respetarse siempre y protegerse mediante una adecuada normativa legal. Sólo en los supuestos en los que entre en conflicto con determinados derechos o bienes de la madre, podrá autorizarse su interrupción, permitiéndose el aborto⁸. Estas consideraciones del Tribunal Constitucional no pueden ser contradichas ni por el legislador ni por el mismo Tribunal en sucesivos pronunciamientos.

3. La protección jurídica del embrión humano no implantado

3.1. Introducción

Hemos expuesto los presupuestos en los que se basó el Tribunal Constitucional para establecer el marco de protección del embrión humano. Pero la controversia en torno al derecho a la vida del no nacido incrementó su complejidad con la irrupción de la posibilidad de crear embriones humanos de modo artificial. La aparición de las técnicas de reproducción asistida motivaron la necesidad de que el Derecho español se pronunciase nuevamente sobre

8 Bellver, V., «El estatuto del embrión y del feto no viables. A propósito de la STC 212/1996 de 19 de diciembre», en *Humana Iura*, 7 (1997), pág. 327.

la protección que merecía la vida humana naciente. Para ello, debería partir del respeto a los criterios establecidos en la STC 53/1985, de 11 de abril. No obstante, en mi opinión, tal y como trataré de justificar a continuación, la regulación contenida en la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA) no se ajusta a las exigencias que en su día estableciese el Tribunal Constitucional. Para avalar tal afirmación voy a centrarme en el análisis de tres aspectos concretos de la LTRA: la introducción del término preembrión, el recurso al concepto de viabilidad y la identificación entre gametos y embriones que establece el texto normativo a lo largo de su articulado. Se pretende así poder demostrar que la legislación española relativa a las técnicas de reproducción asistida introduce una discriminación de la vida humana naciente –contraria al texto constitucional– basada, exclusivamente, en su origen *in vitro*.

3.2. Los conceptos de preembrión, embrión y feto

La Exposición de Motivos de la LTRA distingue tres fases en el desarrollo de la vida humana, la de preembrión, embrión y feto:

– La *fase de preembrión* engloba al «grupo de células resultante de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta, aproximadamente, catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero –acabado el proceso de implantación que se inició días antes–, y aparece en él la línea primitiva». De este modo, se acepta que el

momento de la implantación estable del embrión en el útero, aproximadamente catorce días después de la fecundación, es de «necesaria valoración biológica, pues, anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión». No obstante, con posterioridad, el texto de la Ley acude preferentemente al criterio de los catorce días de desarrollo –sin contar el tiempo que hubiese podido estar congelado–, dejando a un lado el criterio de la implantación en el útero, ya que éste adquiere un carácter no necesario, en cuanto que es posible mantener embriones *in vitro*.

– La *fase de embrión*, esto es, «la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más».

– Por último, por *fase de feto* se entiende la fase más avanzada del desarrollo embrionario. En palabras de la LTRA, «el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulativamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto».

Esta diferenciación en el crecimiento embrionario condiciona todo el posterior desarrollo legislativo, ya que implica una distinta valoración jurídica del embrión y también, por tanto, una protección jurídica diferente. En palabras de la propia LTRA «en consecuencia (...) se acepta que sus distintas fases son embriológicamente

diferenciables, con lo que su valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones»⁹. Esto se traduce en la prohibición de una serie de actuaciones y manipulaciones en el embrión humano a partir del día decimocuarto de desarrollo, y, a su vez, en la autorización de esas mismas prácticas en embriones no implantados y no desarrollados más allá de dicho plazo¹⁰. De este modo, el embrión humano *in vitro* preimplantatorio –que es equiparado a un «grupo de células»–, apenas cuenta con protección jurídica.

De acuerdo con lo que acabo de exponer, la LTRA establece –y el Tribunal Constitucional lo reitera en la Sentencia 116/1999, de 17 de junio¹¹– que los em-

briones *in vitro* antes de ser implantados y no desarrollados más allá del día decimocuarto carecen de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno –y menos aún a la de los que, por haber sido concebidos *in vivo*, están desde el inicio en el útero materno. Así pues, mediante la distinción de esta fase de preembrión, se introduce una aportación inédita en la doctrina constitucional, al negar que la CE proteja toda vida humana por sí misma, sino que exige condiciones: que se encuentre en el día decimocuarto de desarrollo y que se halle en el útero de la mujer, exigencias, que, desde luego, no están en la Norma Fundamental¹².

Son varias las críticas que esta cuestión me sugiere, pero, de todas ellas, voy a centrarme en cuatro:

1) *No parece conforme a la Constitución Española que el término preembrión humano, sea definido en la Exposición de Motivos de la Ley, la cual carece de valor normativo.* La STC 116/1999 reprocha a los recurrentes que aleguen la inconstitucionalidad de un párrafo de la Exposición de Motivos, recordando que estos textos, al no tener carácter normativo, no forman parte del ordenamiento jurídico y, por tanto, no se sujetan al juicio de constitucionalidad. En este marco resulta, pues, sorprendente que el Tribunal Constitucional acepte de modo riguroso la distinción que la LTRA emplea entre preembrión y embrión,

9 Exposición de Motivos LTRA. Ya el Informe Palacios apuntaba en la misma dirección, cuando afirmaba que al moverse el preembrión en la «incertidumbre», «no hay ser humano individualizado, lo que permitirá considerar este período de la vida embrionaria a efectos de manipulaciones reguladas y condicionadas. Dicho de otro modo, en esta fase, el preembrión no se presentaría como objeto de protección «en cuanto ser humano», al no poder garantizarse que ya sea «individualizado» (...). El embrión, al menos durante este período que referimos, no es persona ni se le tiene como tal» (AAVV., *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, 68-69).

10 Femenía López, P. J. *Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, 62.

11 «Como queda afirmado con reiteración, los preembiones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno» (STC 116/1999, FJ 12^o).

12 De Diego Lora, C., *Observaciones críticas a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio sobre técnicas de reproducción asistida*. Publicación *on line*. Instituto Martín de Azpilcueta. Universidad de Navarra.

ya que se trata de unos términos que solo vienen definidos en la Exposición de Motivos. Teniendo en cuenta que las Exposiciones de Motivos carecen de valor normativo habrá que concluir que, para que dicho término fuera empleado sin confusión, requeriría de una precisa definición en el texto de la Ley, que no ha sido exigida por el Tribunal Constitucional¹³.

2) *La ausencia de rigor científico en la que incurre la Ley al aceptar el término de preembrión.* En cuanto que, por un lado, se trata de un término que no está aceptado universalmente en Medicina¹⁴ y, por otro lado, la ciencia nos muestra que el ser humano, como organismo multicelular que se reproduce sexualmente, inicia su ciclo vital tras la unión el óvulo con el espermatozoide, constituyendo desde ese momento un organismo humano –y no una célula o masa de células– que representa la expresión definida, en el espacio y en el tiempo, de la integración y de la coordinación de sus células, en niveles distintos de su progresiva organización morfo-funcional (células, tejidos, órganos y aparatos)¹⁵. Por tanto, la aparición de esta fase, más que designar un período del desarrollo embrionario, viene a ser una especie de concepto *metabiológico*, creado

para enmascarar la condición ontológica del embrión en estas etapas iniciales, de tal forma que no se contradiga la posición ética que previamente se sustenta sobre el respeto no incondicionado al embrión *in vitro*¹⁶. Lo que es evidente es que, a través de este término, la Ley española sobre técnicas de reproducción asistida refleja una infravaloración injustificada de la vida humana embrionaria *in vitro* respecto a la vida embrionaria *in vivo*¹⁷.

16 Posición que, a su vez, muestra una fuerte conexión con intereses científicos y profesionales que han presionado durante años con el fin de ir ampliando, cada vez más, las posibilidades de uso y destrucción de embriones humanos (*vid.* Ferrer Colomer, M., Pastor García, L.M. «Antecedentes e historia del término «pre-embrión»: análisis desde el debate bioético norteamericano de los hechos biológicos en los que se basan sus partidarios», Ferrer Colomer, M. Pastor García, L.M. *La bioética en el milenio biotecnológico*, AEBl, Murcia, 2001, 138).

17 Vega Gutiérrez, A.M. Vega Gutiérrez, J. Martínez Baza, P. *Reproducción asistida en la comunidad europea. Legislación y aspectos bioéticos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1993, 217.

La infravaloración a que se ve sometida la vida humana en sus estados iniciales se refleja a lo largo de toda la normativa, en aspectos como:

1^a) Se afirma que el momento de la implantación en el útero es «de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión». Exposición de Motivos Ley 35/88 (*vid.* Femenía López, P. J., *Status jurídico civil...*, *op. cit.*, pág. 262).

2^a) Se permite a la mujer receptora de estas técnicas que pueda suspender la realización de las mismas (*vid.* artículo 2.4 LTRA).

3^a) Se permite la crioconservación de los embriones preimplantatorios sobrantes de una fecundación *in vitro*, por un máximo de cinco años. Pasados dos años de crioconservación, los embriones preimplantatorios que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes (*vid.* artículos 11.3 y 4 LTRA).

13 Bellver, V. «El estatuto jurídico», *op. cit.*, 257-258.

14 Ferrer Colomer, M., Pastor García, L.M. «Génesis y uso del término «pre-embrión» en la literatura científica», *Persona y Bioética*, 2 (1998), 1-27.

15 Serra, A. Colombo, R. «Identidad y estatuto del embrión humano: la contribución de la biología», en *Identidad y estatuto del embrión humano*, EIUNSA, Madrid, 2000, 113 y ss.

3) *La alusión al carácter incierto de la vida humana naciente de la Exposición de Motivos de la LTRA no puede convertirse en un criterio decisivo para su protección jurídica.* Como afirma M. D. Vila-Coro, «también es incierta la vida del enfermo en la UVI y del minero atrapado entre escombros y no por eso sus vidas dejan de ser humanas. La incertidumbre pertenece al ámbito del conocimiento y aquí se debate la existencia en el plano ontológico de la vida humana»¹⁸. Y aun en las situaciones de no actuación de determinadas funciones debidas a un desarrollo inacabado o a la presencia de factores que obstaculizan su exteriorización, puede –y debe– reconocerse el estatuto actual de la persona en todo ser humano. La condición personal de cada individuo humano y su protección jurídica no puede hacerse depender del *carácter incierto* de la continuidad de su vida.

4) *Por último, en mi opinión, el enjuiciamiento que el Tribunal Constitucional hizo de la LTRA en torno a estas cuestiones, no fue fiel a la Constitución ni a la doctrina constitucional.* Entre otras razones, la distinción de trato amparándose en el concepto de preembrión contrasta con el artículo 15 de la Constitución así como con varias de las máximas sentadas en la STC 53/1985, de 11 de abril. Tal y como se ha analizado en el apartado anterior, dicha Sentencia reconocía que «la vida humana es una realidad desde el inicio de la gestación», un *tertium* distinto de los padres, y que

el Estado tenía la obligación de velar por ella. Así pues, la desprotección jurídica a que se ve sometido el embrión *in vitro* preimplantatorio en la LTRA se contradice con dicha doctrina constitucional, así como con la jurisprudencia que considera delito de aborto a los atentados contra el «fruto de la concepción», al margen de la fase de desarrollo en que éste se encuentre. Por tanto, pienso que la LTRA defiende una discriminación de la vida humana amparándose en que su origen ha tenido lugar de forma artificial, lo cual no encuentra apoyo en la Constitución.

3.3. *Los conceptos de viabilidad-inviabilidad*

Después de la relativización de la protección de la vida humana *in vitro* en función del momento de gestación en que se encuentre, la LTRA da otro paso en la misma dirección mediante la introducción de los conceptos de viabilidad e inviabilidad. Se puede afirmar que la LTRA se fija en estas dos posibilidades asignando efectos jurídicos distintos a cada una de ellas: si el embrión humano preimplantado es considerado viable, se trata de un ser vivo y, por tanto, su vida entra dentro de la categoría de los bienes jurídicamente protegidos¹⁹. En este caso, sólo se autoriza la manipulación con la finalidad de asegurar o facilitar el derecho a la salud del futuro nacido, bajo la lista de técnicas que autoriza el artículo 16 de la LTRA. Si es considerado

18 Vila Coro, M. D., «Los derechos del menor en la nueva genética», en *Revista General del Derecho*, XLVIII/571 (1992), 2490.

19 Cabanillas Sánchez, A. «Artículo 29», Albaladejo, M. Díaz Alabart, S. *Comentarios al C. c. y Compilaciones Forales I*, vol. 3^o, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, 793.

no viable se *convierte en cosa* susceptible de manipulación con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos, previamente conocidos y autorizados²⁰. Por lo tanto, en principio, para los embriones humanos preimplantados el criterio de viabilidad es clave, pues de él depende la posibilidad de continuar o no su desarrollo. En caso de inviabilidad se admite, incluso, la posibilidad de donar, manipular y hasta extraer órganos de una criatura viva, en los términos que autoriza la Ley 42/88, de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos²¹.

La introducción de estos criterios merece, aunque sea brevemente, dos consideraciones:

1) Por un lado, destaca la circunstancia de que la Ley no concreta la noción de «viabilidad», encargando a instancias reglamentarias inferiores el establecimiento de criterios según los cuales se juzgará la viabilidad del feto fuera del útero (Disposición Adicional primera letra e), de la Ley 42/1988), sin que, hasta el momento, se haya cumplido dicha previsión.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre interpretó *no viable* como «incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del artículo 10.1 CE. Son, por definición, embriones o fetos

abortados en el sentido más profundo de la expresión» (FJ 5º). Por tanto, esta Sentencia otorga a los preembriones no viables el mismo valor que si estuviesen muertos²². Una vez más, el Tribunal Constitucional no es fiel a la Norma Fundamental, de cuyo texto se desprende la protección de la vida humana sin más, no la protección de la vida humana viable, y así, a pesar de las referencias que hace a la STC 53/1985, se contradice al afirmar que sólo la vida humana viable es merecedora de protección jurídica.

Por todo lo que he venido indicando no comparto ni la adopción del término ni sus consecuencias. Además, como indica V. BELLVER²³, el hecho de que estos embriones estén destinados a una muerte segura y temprana no excusa del respeto constitucional a los mismos a que mueran de forma natural.

2) Por otro lado, aunque se afirme que el embrión *in vitro* preimplantatorio calificado como «viable» solo puede ser intervenido para asegurarle o facilitarle su derecho a la salud, lo cierto es que la realidad práctica pone de manifiesto que no es así. Esta cuestión se evidencia

22 La Ley en España permite la experimentación con estos embriones vivos *in vitro* pero calificados como inviábiles y, por tanto, merecedores -según la STC 212/1996- de un tratamiento semejante al de los embriones *in vitro* muertos. Para la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, en su informe de 2000, el significado legal de «no viable» aplicado a los embriones es de índole biológica, en el sentido de que no sean aptos para iniciar o continuar el proceso de división celular.

23 Bellver, V. «El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 11 (1999), 133.

20 Artículo 17 LTRA y artículo 6 Ley 42/1988.

21 Corral Talciani, H. «La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines», *Revista de Derecho Privado*, LXXVI (1992), 203.

al comprobar que muchas de las enfermedades que se detectan a través del diagnóstico preimplantatorio, aun siendo crónicas, no son mortales, es decir, quien las padece es *viable*, en el sentido de que posee *vitae habilis* o *capacidad para desarrollarse*. Tal es el caso, por ejemplo de la fenilcetonuria, enfermedad que su diagnóstico y una dieta estricta, en cuanto a la cantidad de fenilalanina, permiten un desarrollo adecuado del sujeto que la sufre. Esta realidad se manifiesta incluso de manera más clara en los casos en que sólo se implantan embriones de sexo femenino porque la madre es portadora de una enfermedad ligada al cromosoma X, rechazando a los embriones masculinos (a pesar de que la mitad pueden estar *sanos*). En ambos supuestos se desechan embriones *in vitro* porque sufren –o se sospecha que pueden sufrir– una enfermedad, aun cuando no se duda de su viabilidad. De este modo, la inclusión arbitraria de este requisito indeterminado como condición necesaria para tutelar la vida sirve como excusa para justificar y amparar legalmente una selección eugenésica de vidas humanas.

En cualquier caso, la introducción de esta *necesidad de viabilidad* quebranta la protección jurídicamente exigible a la vida humana, ya que no respeta el contenido esencial del derecho a la vida del artículo 15 CE, al permitir, en determinados supuestos, que los embriones humanos vivos *in vitro* puedan ser utilizados para fines ajenos a su propio desarrollo o a su propia terapéutica²⁴. La legislación

24 Bellver, V. «El estatuto jurídico del embrión y el feto no viables..», *op. cit.*, 320.

española, a través de la Ley 35/1988 y la Ley 42/1988, no reconoce al embrión no viable un valor en sí mismo, siendo como es manifestación –todo lo deteriorada que se quiera, pero manifestación, en cualquier caso–, de vida humana, a la que la Constitución Española reconoce como bien susceptible de protección²⁵. Además,

25 De ahí que haya quienes defiendan que la única distinción que cabe es entre los conceptos de vivo y muerto. En este sentido se pronunció el Magistrado J. Gabaldón López, al emitir su voto particular respecto de la STC 212/1996, de 19 de diciembre. BOE 22 de enero de 1997, n^o 19 (suplemento), págs. 42-43. Así, afirmó que el legislador, de haber establecido la distinción entre vivo-muerto «habría aplicado estrictamente el criterio de la STC 53/1985. Y, en lugar de referirse reiteradamente a la antítesis embriones o fetos vivos frente a viables o no viables, habría establecido una clara distinción entre fetos o embriones vivos o muertos o no vivos porque, si ha de protegerse la vida, el único término de exclusión será el de tratarse de organismos en que ya no hay vida. Mientras la haya, es decir, mientras no pueda decirse que falta y, por consiguiente, que están muertos, los embriones y fetos no viables tienen vida, incluso aunque no tengan esperanza razonable de seguir viviendo. (...) Mas, si como dijo nuestra citada STC 53/1985 «esa protección implica para el Estado las obligaciones 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», este mandato, derivado del artículo 15 CE no se cumple en una ley que, lejos de distinguir nítidamente la situación en que los fetos o embriones están vivos de aquella otra en que ya no lo están, introduce un término equívoco e indeterminado, cual es el de la viabilidad o inviabilidad, cuya aplicación, necesariamente, va a diferenciar los embriones o fetos vivos de aquellos que, mediante una ulterior interpretación normativa o bien mediante una apreciación clínica o científica, se consideren no viables con la consecuencia de que éstos, pese a estar vivos, ya no estarán protegidos y tendrán la misma consideración de objeto aplicable a cualesquiera tejidos de un ser humano después de muerto. Así, la aplicación de una eventual

al omitir una regulación positiva del estatuto del embrión, y subordinar la vida y el desarrollo del fruto de la concepción a lo decidido por médicos u órganos administrativos, la Ley le está negando la protección constitucionalmente obligada durante la gestación²⁶. Por tanto, tal distinción entre viables e inviables es, en mi opinión, inconstitucional, a pesar del fallo de la STC 212/1996, de 19 de diciembre que se pronuncia en sentido contrario.

3.4. La identificación entre gametos y embriones

La infravaloración de la vida humana *in vitro* queda también reflejada en la calificación que la LTRA hace del embrión en su fase de desarrollo inicial como *material biológico*, equiparándolo a los gametos. En este sentido, los conceptos mismos de gameto y de preembrión o embrión preimplantatorio son clave a efectos del presente estudio. La LTRA, en diversos supuestos –tal y como recomendaran en su momento el Informe Warnock²⁷ y el

Informe Palacios²⁸– emplea de manera indistinta ambos conceptos, e igualmente, en numerosas ocasiones, dispone el mismo tratamiento y protección legal para ambos. Así sucede, por ejemplo, en los apartados dedicados a la investigación y experimentación con gametos y óvulos fecundados²⁹. La misma equiparación se establece en los supuestos de embriones *sobrantes*. La LTRA los asimila a los gametos, ordenando que sean crioconservados. Con posterioridad, la LTRA establece que, tras dos años de crioconservación, los gametos y preembriones que no procedan de donantes, queden a disposición de los Bancos correspondientes³⁰. En el artículo 5 de la LTRA se regula la *donación de preembriones viables*, junto con la de los gametos³¹.

28 Durante los catorce primeros días –descontados los de congelación–, el embrión es equiparado a los gametos, tanto en su protección jurídica (recomendación 4) como en las autorizaciones destructivas (embriones sobrantes, implantación triple, etc. Por ejemplo, recomendación 68). La identificación entre gametos y embriones, en lo que a tratamiento jurídico se refiere, puede comprobarse en el apartado c) dedicado a la donación de gametos y embriones (recomendaciones 36-63) (AAVV. *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro...*, *op. cit.*, 115-116) o el apartado d) dedicado a la manipulación con gametos y embriones (recomendaciones 64-75) (*Ibidem.*, 116-117).

29 Artículo 1.4 LTRA: «podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos humanos u óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los artículos 14, 15, 16 y 17».

30 Artículo 11 LTRA.

31 A semejanza, por tanto, del Derecho Inglés, con base en el Informe Warnock se admite la *donación de embriones* expresión que incorrectamente engloba la donación de semen y embriones fecundados *in vitro*, sujeta al mismo tipo de autorización y control recomendado para la IAD, la FIV y la donación de óvulos (recomendación 7). Se acepta

calificación de la Ley, les excluye de la protección constitucional que ha de darse a la vida». Sobre esta argumentación, *vid.* Bellver Capella, V. «El estatuto jurídico del embrión...», *op. cit.*, 319-331.

26 Protección exigida en el Fundamento Jurídico 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril.

27 Warnock, M. *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Basil Blackwell, Oxford, 1985, 80. Recomendación 7: «El modo de donación de embriones, que englobaría semen donado y óvulos que se ha obtenido *in vitro*, debe ser aceptado como un tratamiento contra la infertilidad sujeto al mismo tipo de licencias y controles que hemos recomendado para la regulación del SIDA, FIV y donación de óvulos».

No obstante, la ciencia nos indica que los gametos son las células germinales. Es decir, son simples células, ni siquiera son órganos. En cambio, los embriones, también los preimplantatorios, son seres humanos desde el inicio del proceso de fecundación –ya sea natural o artificial. Por lo tanto, tal equiparación y las consiguientes licencias destructivas son «biológica y jurídicamente recusables»³².

La realidad es que la LTRA cosifica al embrión humano concebido *in vitro*, con la finalidad pragmática de permitir su utilización³³. De esta manera se busca sortear el *obstáculo* que supondría a tales fines reconocerle un estatuto personal. En este sentido, la evolución que está siguiendo la normativa española habla por sí sola: en el artículo 29 del Código Civil el concebido es *alguien*; en el Preámbulo de la LTRA –y en la Disposición Adicional de la Ley 42/1988– el embrión,

durante los catorce primeros días, pasa a ser *algo*³⁴.

Por consiguiente, se puede afirmar que, en primer lugar, la equiparación que la LTRA establece entre gametos y embriones resulta, desde el punto de vista biológico y, consecuentemente, desde la perspectiva de su protección jurídica, insostenible. En segundo lugar, que los términos con los que se designa al embrión humano durante los primeros catorce días de vida –términos como *preembrión*, *óvulos fecundados*, *material reproductivo*³⁵– son eufemismos que quieren ocultar la realidad biológica. Y esta realidad biológica revela que desde el momento en que el ovocito es penetrado por el espermatozoide surge un nuevo ser que posee un mensaje biológico concreto que lo define como miembro de la especie humana. Cada ser humano, desde el inicio de su existencia, independientemente de si éste ha tenido lugar de manera natural o artificial, es único e irreplicable, es un alguien y no un objeto susceptible de ser clasificado y, aún menos, eliminado. De este modo, llamar

también la «compraventa de embriones o gametos humanos siempre que cuente con la autorización del organismo concesionario de licencias» (recomendación 17). Sobre la protección jurídica del embrión en el Derecho Inglés, *vid.* Femenía López, P.F. *Status jurídico civil del embrión... op. cit.*, 142-154.

32 Sancho Rebullida, F. «Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura legislación española», en AAVV, *II Congreso Mundial Vasco. La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988, 103.

33 En este sentido se pronuncia C. Martínez de Aguirre y Aldaz, cuando afirma que «(...) se produce una evidente «cosificación» de las realidades implicadas, cuya naturaleza es, claramente, personal» (Martínez de Aguirre y Aldaz, C. *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos Madrid, 1991, 123).

34 Vidal Martínez, J. «Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho español», en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Vidal Martínez, J. 101; Femenía López, P. J., *Status jurídico civil del embrión...*, *op. cit.*, 262. Precisamente, una lectura detallada de la legislación española sobre reproducción asistida nos lleva a pensar que su finalidad va mucho más allá de la reproducción asistida. Más bien se trata de amparar las posibilidades de investigación y experimentación con embriones humanos *in vitro* a costa de convertirlos en materiales de los que disponer.

35 En el mismo sentido, el fundamento 11 de la STC 116/1999, de 17 de junio, incluye a gametos y embriones preimplantatorios en la categoría jurídica de «material reproductivo».

a alguien a la vida para ser usado como material biológico carece de justificación posible.

En este sentido afirma J. R. Lacadena que «el cambio de palabras conduce a un cambio de actitudes o, recíprocamente, los cambios de actitudes buscan los cambios de palabras que las justifiquen»³⁶. Precisamente, ésta parece haber sido la finalidad de la normativa española, al designar a la vida humana inicial por medio de un término que pretende ocultar la verdad, eliminando cualquier referencia a la realidad biológica de que se trata. Así se busca justificar que el sujeto de derecho pase a ser objeto de derecho³⁷. Y, ésta es, como indica V. Bellver³⁸, la cuestión más sobresaliente: que la parte no normativa de la Ley determina todo el posterior desarrollo legislativo al negar al embrión antes de su implantación la condición de vida humana protegida por el artículo 15 de la Constitución Española, interpretado por la STC 53/1985.

En definitiva, el embrión *in vitro* preimplantado debe ser beneficiario de la protección constitucional de la vida humana. Utilizarlo como fuente de células troncales a fin de obtener material biológico necesario para experimentación de nuevas terapias, significa negarle el carácter de sujeto para convertirlo en objeto al servicio de fines que le son radicalmente ajenos. Y este proceder vulnera, siguiendo a Ballesteros³⁹, dos exigencias básicas que el Derecho debe tener en su raíz: la exclusión de la violencia sobre el otro, y la exclusión de la discriminación, porque, en nombre de la salud y del bienestar, se utiliza, por un lado, a un ser humano vivo para obtener de él células o tejidos, acarreado su muerte, y, por otro lado, implica una auténtica discriminación entre los seres humanos, en función de la forma en que han sido creados. De ahí que, a mi entender, imponer el origen y la muerte de uno de nuestros semejantes alegando posibles usos terapéuticos es un acto de injusticia que lesiona en sus fundamentos a nuestra dignidad y a nuestra sociedad.

36 Lacadena, J.R. «Una lectura genética de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 11 (1999), 150.

37 En este sentido, el Informe Palacios de hecho considera a los embriones congelados y almacenados en el Banco de embriones que no hayan sido donados a éste, o se encuentren en el plazo de congelación establecido, como «patrimonio de la pareja que los produjo para tener descendencia, la cual podrá disponer de ellos durante el tiempo reglamentado para una nueva gestación» (AAVV, *Informe de la Comisión Especial de Estudio...*, *op. cit.*, 116-11. Recomendación 72).

38 Bellver, V. «El estatuto jurídico...», *op. cit.*, 260.

39 Ballesteros, J. *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, 128.

