

# ASPECTOS BIOJURÍDICOS DEL DIAGNÓSTICO PREIMPLANTATORIO (ANÁLISIS DESDE LA LEY 35/88 DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA)

**M<sup>a</sup> Cruz Díaz de Terán Velasco.**

*Universidad de Navarra. Dpto. Filosofía del Derecho. Edif. Bibliotecas. Campus Universitario  
Universidad de Navarra. 31080 Pamplona (Navarra). Tel. 948 42 56 00. Fax. 948 42 56 21  
[mdiazdet@unav.es](mailto:mdiazdet@unav.es)*

*Título abreviado: Aspectos biojurídicos del diagnóstico preimplantatorio.*

## RESUMEN

Son diversas las cuestiones que se encuentran involucradas en la regulación positiva del DPI. De entre todas ellas, el artículo se centra en el sujeto que se somete al diagnóstico. En primer lugar se analiza su estatuto biológico. Este estudio inicial permite deducir que la identidad y el desarrollo biológico del ser humano se producen de forma ininterrumpida y progresiva desde la concepción, independientemente de si ésta ha tenido lugar *in vivo* o *in vitro*. En segundo lugar se analiza cuál es la protección jurídica que le brinda el ordenamiento jurídico español. Este estudio evidencia que la Ley española sobre técnicas de reproducción asistida refleja una infravaloración de la vida humana embrionaria. Infravaloración que en los primeros estadios de vida se traduce en una ausencia total de protección legal. Por último, se hace una breve reflexión en torno a la idea de calidad de vida, dada su estrecha vinculación con la práctica del diagnóstico. Y esto porque el recurso a la selección de embriones *in vitro* por medio de DPI se justifica amparándose en que los desechados no alcanzan un mínimo de salud exigible. La conclusión final es que la desprotección jurídica al débil que manifiesta nuestra normativa sólo conduce a una deshumanización del Derecho, o, lo que es lo mismo, a la pérdida de su razón de ser. **Palabras clave:** embrión *in vitro*, diagnóstico preimplantatorio, LTRA.

## ABSTRACT

The article focuses on the embryo that undergoes to preimplantation diagnosis (PID). It is divided into three parts:

1º) Biological Status: this part lets us state that the biological human identity and development take place without any interruption and in a progressive way since the moment of conception. Babies *in vivo* and babies *in vitro* share the same biological nature.

2º) Legal Status: the study shows that the Spanish law (LTRA) does not respect the beginning of the human life. It also shows a discrimination which focuses on *in vitro* human embryos.

3º) The Quality of Life: the study reflects on the idea of “quality of life” because this is the criterion used when choosing between sick or healthy *in vitro* human embryos.

Final Conclusion: the study of the Spanish normative leads us to believe that it does not take care of the weak people. The Spanish law about assisted human reproduction has eugenic connotations.

## I. INTRODUCCIÓN

La regulación positiva del diagnóstico preimplantatorio (en adelante, DPI) se introdujo en España a través de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (en adelante, LTRA). Concretamente, el capítulo cuarto apartado segundo de dicha normativa, contempla

la posibilidad de llevar a cabo diagnósticos en el embrión preimplantado, a fin de introducir en el útero materno únicamente los que, aparentemente, no muestren síntomas de enfermedad. Los criterios adoptados que permiten esta selección se amparan en la “finalidad diagnóstica y terapéutica” de estas intervenciones para prevenir y evitar enfermedades.

Son diversas las cuestiones que se encuentran involucradas en la regulación positiva del DPI. De entre todas ellas, este estudio va a centrarse en el sujeto que se somete al diagnóstico. Las razones que así lo justifican se amparan en que este paciente presenta unas peculiaridades que lo hacen “especial”. En primer lugar, destaca el hecho de su temprana edad y, en segundo lugar, que ha sido generado artificialmente. Tales características conducen a cuestionarse si existen diferencias biológicas respecto al concebido de forma natural que conduzcan a justificar un trato jurídico distinto. Por último, se hará una breve reflexión en torno a la idea de calidad de vida, dada su estrecha vinculación con la práctica del diagnóstico. Y esto porque el recurso a la selección de embriones *in vitro* por medio de DPI se justifica amparándose en que los desechados no alcanzan un mínimo de salud exigible.

## II. EL PACIENTE DEL DIAGNÓSTICO PREIMPLANTATORIO

Como ya se ha puesto de manifiesto, el DPI consiste en someter a los embriones generados *in vitro* a un análisis genético para implantar en el útero materno sólo aquellos que respondan a los estándares de salud establecidos. Por consiguiente, el paciente de quien se obtiene un diagnóstico es el embrión *in vitro*. A este paciente, la LTRA en su Exposición de Motivos lo llama *preembrión* y lo define como “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”<sup>1</sup>. 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”<sup>2</sup>.

Esta diferenciación en el desarrollo embrionario implica, a su vez, una distinta valoración jurídica del embrión -y también, por tanto, una distinta protección jurídica-. 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”<sup>3</sup>. 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 plazo<sup>4</sup>. De este modo, el paciente del DPI –el embrión humano *in vitro* que es equiparado a un “grupo de células”- pasa a ostentar esta nueva categoría que, desde el punto de vista jurídico, implica la negación de cualquier posibilidad de protección legal.

A continuación se va a tratar de analizar en un primer apartado si tal distinción entre las fases de desarrollo embrionario está justificada desde un punto de vista científico y si, por consiguiente, es o no adecuado el trato que la LTRA le concede al paciente del DPI. Para enfrentarse a esta segunda

cuestión se ha entendido conveniente comenzar haciendo referencia a los criterios que el Tribunal Constitucional estableció con relación a la protección que merecía el embrión humano a través de la Sentencia 53/1985, de 11 de abril. Del mismo modo se ha estimado pertinente examinar la justificación de la admisión, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, del término *preembrión*.

### **2.1. El estatuto biológico del embrión *in vitro***

Referirse al embrión humano y a sus distintas etapas de desarrollo exige aludir al comienzo de la vida. Cierto es que esto entraña no pocas complicaciones, pero en su aspecto más material puede decirse que se trata de un dinamismo biológico, detectable en cualquier ser vivo desde su origen<sup>5</sup>. Tal dinamismo se inicia con la fecundación.

La fecundación, más que un momento concreto, consiste en una serie de procesos<sup>6</sup>. Contemplados en el sentido más amplio, estos procesos se inician cuando el espermatozoide penetra la corona radiada que rodea al óvulo y terminan con la mezcla de los cromosomas maternos y paternos después de que el espermatozoide haya entrado en el óvulo<sup>7</sup>. Por lo tanto, la génesis del nuevo individuo –tanto *in vivo* como *in vitro*– parte del momento en que el espermatozoide (gameto masculino) penetra el ovocito (gameto femenino), ya sea de forma natural o inducida. Desde el instante en que el ovocito se fecunda, comienza una serie ininterrumpida de divisiones celulares, guiadas según un plan bien definido de desarrollo progresivo y de diferenciación de estructuras y de funciones. En palabras de J. LEJEUNE, en la fecundación “queda definido un nuevo ser humano porque su constitución personal y su constitución humana se encuentran completamente formuladas”<sup>8</sup>. A partir de ese instante comienza el desarrollo continuo de un organismo que únicamente encuentra su fin con la muerte<sup>9</sup>.

No obstante, en ocasiones, algunos textos –jurídicos, en gran medida– incluyen, al referirse a los embriones concebidos *in vitro*, dentro del período embrionario, una fase previa, en la que denominan *preembrión* al fruto de la concepción. Así lo contempla la LTRA. Esta fase englobaría desde la fecundación hasta el día catorce, descontando los períodos de congelación<sup>10</sup>. Tal hipótesis se intenta apoyar en el argumento de que a partir del día catorce tienen lugar dos hechos decisivos: la implantación (teniendo en cuenta la inviabilidad del embrión no implantado y la frecuencia de abortos espontáneos hasta esa fecha) y la imposibilidad de división embrionaria.

No obstante, el término *preembrión* carece de apoyo en Embriología<sup>11</sup>. Desde el momento en que los gametos se funden se genera un embrión unicelular –el llamado cigoto–, que se desarrolla rápidamente según las instrucciones fundamentadas en su genoma<sup>12</sup>. En el desarrollo del organismo hay una continuidad genética desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta la muerte del individuo. Es un proceso homogéneo, sin fisuras<sup>13</sup>. La presunción científica es, por tanto, que el embrión, desde los primeros estadios, es un individuo de la especie humana, una persona.

La anidación del embrión sucede entre los días sexto y séptimo del desarrollo embrionario, y tiene lugar sin ningún cambio que autorice a llamar humano al embrión después de implantado y no humano antes de su implantación. En este sentido, en el día catorce del desarrollo embrionario no tiene lugar ningún cambio de especial importancia<sup>14</sup>. Por otro lado, durante los primeros días de existencia, el embrión humano adopta las decisiones biológicas de mayor porte. Tales decisiones son clave para un crecimiento orgánico y hacen que el embrión temprano no sea un tejido homogéneo e indiferenciado. Las células resultantes de las primeras divisiones del cigoto, como pone de relieve N.

LÓPEZ MORATALLA, “no son un simple amasijo de células vivas. A diferencia de lo que sería un grupo de células vivas encerradas bajo una cubierta esférica, sin más relación entre ellas que la mera cercanía física, las células del embrión temprano constituyen una única realidad biológica y forman ya un elementalísimo organismo”<sup>15</sup>.

Además, el hecho de que sin la implantación un embrión sea inviable no significa que un embrión antes de la implantación no sea un embrión humano. Como señala A. PARDO, “un hombre adulto también fallece si le falta el alimento o el oxígeno, y este hecho no pone en duda que es un hombre”<sup>16</sup>. En cualquier caso, siguiendo a J. LÓPEZ GUZMAN, la teoría científica que niega el carácter humano al embrión hasta el momento de la implantación está superada por los últimos descubrimientos acerca de la totipotencialidad y la diferenciación celular<sup>17</sup>.

Por otro lado, el hecho de que un embrión se pueda dividir en dos en un determinado momento no permite afirmar que lo que había antes no era “un” embrión. Además, esta posibilidad de que se originen gemelos idénticos prácticamente no ocurre a partir del quinto día del desarrollo embrionario<sup>18</sup>. En este sentido indica M. LÓPEZ BARAHONA que “el hecho de la división gemelar no contradice la individualidad del primero. Lo que sucede en la gemelación no es que un individuo se convierta en dos, sino que de un individuo se genera otro, sin perder la individualidad original. Existe un sistema biológico unitario del que se separan un grupo de células, aún totipotentes, que continúan su desarrollo como un mero organismo individual desde el momento de la separación”<sup>19</sup>. Sobre esta cuestión, N. LÓPEZ MORATALLA mantiene que la gemelaridad natural no es acontecimiento fortuito sino que se produce por una capacidad del patrimonio genético del cigoto. Es decir, el cigoto posee una capacidad de formación de un nuevo individuo por un proceso de escisión. De esta manera, uno de los gemelos empezó siendo cigoto y, el otro, siendo embrión de dos o cuatro células<sup>20</sup>.

Por consiguiente, del estudio del desarrollo embrionario puede deducirse que la vida humana – independientemente de haberse iniciado de modo natural o artificial-, se caracteriza por ser un proceso continuo, que comienza con la fusión de los gametos y concluye con la muerte. Así pues, parece claro que la identidad y el desarrollo biológico del ser humano se producen de forma ininterrumpida y progresiva desde la concepción, independientemente de si ésta ha tenido lugar *in vivo* o *in vitro*.

## **2.2. El estatuto jurídico del embrión *in vitro***

Como ya ha sido puesto de manifiesto, la LTRA niega protección jurídica al embrión humano *in vitro* preimplantatorio, al que equipara jurídicamente a una cosa. Sin embargo, tal equiparación supone una ruptura respecto a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional con relación a la protección de la vida humana embrionaria.

En la STC 53/1985 de 11 de abril, se planteó si el contenido del artículo 15 de la Constitución Española (que reconoce que “todos tienen derecho a la vida”) afectaba y en qué medida, a la vida humana antenatal. De entre los criterios que dicha STC dejó establecidos con relación a la protección del embrión humano, vamos a detenernos en dos que afectan de manera directa al objeto de nuestro estudio:

a) *La vida humana comienza con la gestación.* “(...) basta precisar : a) 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” (STC 53/1985, FJ 5º). Por tanto el Tribunal Constitucional deja asentado 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”<sup>21</sup>.

Respecto al valor de la vida humana, la STC 53/1985, destacó en su argumentación jurídica que “la vida humana 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 (...)”<sup>22</sup>.

Partiendo de estos presupuestos, cabría deducir que la Constitución española protege al embrión humano *in vitro* antes de ser implantado. Además, se entiende que el embrión humano *in vitro* preimplantatorio puede calificarse como ese *tertium* al que se refiere la STC 53/1985<sup>23</sup>. Su gestación no se produce en el seno materno sino en un medio artificial, pero su vida y su integridad están ya - como las del ser humano nacido-, “albergadas en la sociedad”. Por ello las actuaciones que se refieren a él son fuente potencial de responsabilidad, pese a que los preceptos de la LTRA, tratan, por diversos medios, de eliminarla o limitarla<sup>24</sup>.

b) *La protección al nasciturus tiene unos contenidos mínimos.* La “protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: 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. 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 7º). De este modo se deduce que el Estado tiene responsabilidades frente al embrión preimplantatorio. En el embrión concebido *in vitro* la fecundación es inducida artificialmente y en el embrión *in vivo* la fecundación se inicia de forma natural. Sin embargo ambos tienen en común que su ciclo vital comienza con la fecundación. Con otras palabras, la naturaleza del embrión humano concebido *in vitro*, no difiere de la que corresponde al embrión humano concebido *in vivo*. Por consiguiente, al participar de la misma naturaleza humana, su protección jurídica también debería ser la misma. Ciertamente, como indica J. VIDAL MARTÍNEZ, las posibilidades abiertas por los avances técnicos en reproducción humana presentan unas perspectivas desconocidas hasta ahora. Perspectivas que podrían dar lugar, en todo caso, a respuestas jurídicas diferentes, dirigidas todas ellas a la supervivencia e integridad de los embriones preimplantatorios, en cuanto que reclaman un medio y unos cuidados específicos que los equipos médicos deben suministrar. Entre ellos debe encontrarse la posterior implantación, de modo que, al igual que en la reproducción natural, puedan desarrollarse normalmente<sup>25</sup>.

Aplicar al embrión fecundado *in vitro*, antes de ser implantado, la categoría de *preembrión* con el fin de juzgarlo como una entidad susceptible de prestar una utilidad a los demás (de reproducción,

investigación o experimentación), pudiéndose integrar en el patrimonio de una persona, y sobre la cual ejercer un dominio, resulta inaceptable. De este modo, se intenta convertir en lícito lo que no es sino una utilización de una vida humana en provecho de intereses ajenos. Tal finalidad queda patente al comprobar que la categoría de *preembrión* que sirve de excusa para desproteger legalmente al embrión humano *in vitro* ni siquiera está aceptada universalmente en Medicina<sup>26</sup>.

Por consiguiente, la aparición de este término permite sospechar que más que designar una fase del desarrollo embrionario, viene a ser una especie de “concepto metabiológico”, creado para enmascarar la condición ontológica del embrión en estas fases iniciales, de tal forma que no se contradiga la posición ética que previamente se sustenta sobre el respeto no incondicionado al embrión<sup>27</sup>. Lo que es evidente es que, a través de este término, la Ley española sobre técnicas de reproducción asistida refleja “una infravaloración de la vida humana embrionaria”<sup>28</sup>. Infravaloración que, en los primeros estadios de vida se traduce en una ausencia total de protección legal.

### **2.3. Vida humana y calidad de vida**

El recurso a la selección de embriones *in vitro* por medio de DPI se justifica aludiendo a la falta de calidad de vida de los desechados. De este modo, la selección eugenésica de embriones preimplantatorios se presenta como un instrumento “compasivo” para la eliminación del sufrimiento.

Este razonamiento es fruto de una postura que concibe a la vida humana como bien instrumental. Es decir, surge en un contexto en el que a la calidad de vida se le ha atribuido el carácter de valor supremo, por encima de la vida misma, que deja de ser vista como el bien más fundamental. Según este razonamiento, toda vida humana, para ser digna de vivirse, ha de tener, necesariamente, un nivel de calidad. Sucede entonces que la *ética de la vida* se sustituye por la *ética de la calidad de vida*, de manera que si falta esa calidad de vida, no existe ya justificación para sentir como humana y digna de vivirse la vida del sujeto así calificado. Por tanto, se defiende como razonable y deseable que sea suprimida, equiparando *vida enferma* a *enfermedad*<sup>29</sup>. Ciertamente, la justificación última de tal razonamiento es la consideración de que la vida del enfermo no merece ser respetada<sup>30</sup>, y se manifiesta a través del rechazo social de la enfermedad genética y de sus víctimas, al tiempo que ensalza el aborto eugenésico como solución prioritaria<sup>31</sup>.

Pero, en un Estado de Derecho que afirma defender la igualdad y los derechos humanos, se ha de replicar que no es justo ni razonable dividir a los seres humanos en grupos de valor diferente: por un lado, los que merecen vivir y, por otro lado, los que se consideran indignos para seguir viviendo. Como pone de manifiesto G. HERRANZ<sup>32</sup>, los embriones *in vitro* que se suponen enfermos son, ante todo, vidas humanas y además, son hijos, que forman parte de una familia. De hecho, son parte de un grupo de hermanos. Sin embargo, de todos ellos sólo unos son escogidos para ser transferidos al útero materno por juzgar que, al responder a unos criterios mínimos de calidad, merecen seguir viviendo. Los demás son dejados de lado, olvidados. Sin embargo, las vidas humanas no valen menos porque sean débiles o estén enfermas. El modo y las circunstancias de su muerte son cuestiones éticamente decisivas. Y una cosa es reconocer que su muerte es inevitable y otra, muy distinta, permitir su sacrificio alegando unas supuestas prácticas *compasivas*, sintiéndose de este modo redimido y justificado. En estos supuestos, la muerte inevitable de los embriones humanos preimplantados que son desechados no se contempla de forma pasiva sino que es tolerada de modo activo, usada en

beneficio propio. Lo que se logra es reducir a los embriones a la condición de simples medios con los que otros satisfacen sus deseos: en primer lugar, los deseos de unos padres que los abandonan en el frío; después, proyectos de investigación que los dejan crecer hasta blastocistos de cinco días para reconvertirlos en células que no tienen nada que ver con su propio proyecto de vida.

Por otro lado, son diversos los interrogantes que plantea en el orden práctico este concepto de “calidad de vida”. En cualquier caso, todos ellos dejan traslucir claramente la inspiración utilitarista que subyace en el planteamiento: ¿qué instancia y con qué directrices se decide que una vida carece del mínimo de calidad exigida para ser vivida y, por tanto, debe ser destruida? ¿la decisión de eliminar la vida de un sujeto enfermo se toma sobre la base de calidad de vida del propio individuo o desde el bienestar de otros, como los padres, la sociedad, etc.?<sup>33</sup>

Para que la expresión “calidad de vida” pueda emplearse como criterio ético es necesario que vaya unida a la “afirmación del valor principal y superior de la vida humana, en razón de su existir en sí mismo considerado”<sup>34</sup>. Por ello, frente a la selección embrionaria se defiende el respeto a la debilidad, aprender el significado de la vida humana frágil, porque una vida humana débil es fuerte como persona: y ahí radica, precisamente, su fortaleza.

### **III. CONCLUSIÓN**

El embrión humano *in vitro* es un ser humano y debe ser tratado como tal. La sociedad actual ha logrado madurar, a través de amargas experiencias, la idea de que todos los miembros de la familia humana poseemos idéntica dignidad, independientemente de ideas o apariencias. De este modo, como señala G. HERRANZ, la obligación ética de los médicos que crean embriones exige asumir ante los embriones preimplantatorios el cuidado responsable por sus vidas, y han de decir a sus progenitores que no pueden desentenderse de ellos, que son sus hijos.

Precisamente, en la universalidad del respeto incondicionado al otro, el Derecho encuentra su fundamento. La misión del Derecho es, pues, la tutela integral de la persona, la garantía normativa de unos valores objetivos y universales, fundados en la estructura ontológica del ser humano. De este modo, lo propio del Derecho es velar por el bienestar del embrión humano –ya haya sido concebido *in vivo* o *in vitro*- protegiéndolo de toda agresión injusta. La desprotección jurídica al débil sólo conduce a una deshumanización del Derecho, o, lo que es lo mismo, a la pérdida de su razón de ser.