

HUMANITAS

HUMANIDADES MEDICAS

TEMA
DEL MES
ON-LINE

LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

REFLEXIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS
DESDE LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO PENAL

Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos



Director: Prof. Mario Foz

N.º 3, Mayo de 2006
ISSN: 1886-1601

HUMANITAS

HUMANIDADES MEDICAS

TEMA
DEL MES
ON-LINE

N.º 3, Mayo de 2006

Director

Prof. Mario Foz Sala

Catedrático de Medicina. Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Barcelona

Consejo Asesor

Dr. Francesc Abel i Fabre

Director del Instituto Borja de Bioética (Barcelona)

Prof. Carlos Ballús Pascual

Catedrático de Psiquiatría. Profesor Emérito de la Universidad de Barcelona

Prof. Ramón Bayés Sopena

Catedrático de Psicología. Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Barcelona

Prof. Josep Egozcue Cuixart (†)

Catedrático de Biología Celular. Universidad Autónoma de Barcelona

Prof. Sergio Erill Sáez

Catedrático de Farmacología. Director de la Fundación Dr. Antonio Esteve. Barcelona

Dr. Francisco Ferrer Rusalleda

Médico internista y digestólogo. Jefe del Servicio de Medicina Interna del Hospital de la Cruz Roja de Barcelona. Miembro de la Junta de Govern del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona

Dr. Pere Gascón

Director del Servicio de Oncología Médica y Coordinador Científico del Instituto Clínico de Enfermedades Hemato-Oncológicas del Hospital Clínic de Barcelona

Dr. Albert Jovell

Médico. Director General de la Fundación Biblioteca Josep Laporte. Barcelona. Presidente del Foro Español de Pacientes

Prof. Abel Mariné

Catedrático de Nutrición y Bromatología. Facultad de Farmacia. Universidad de Barcelona

Prof. Jaume Puig-Junoy

Catedrático en el Departamento de Economía y Empresa de la Universidad Pompeu i Fabra. Miembro del Centre de Recerca en Ecomia i Salut de la Universitat Pompeu i Fabra de Barcelona

Prof. Ramón Pujol Farriols

Experto en Educación Médica. Servicio de Medicina Interna. Hospital Universitario de Bellvitge. L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona)

Prof. Celestino Rey-Joly Barroso

Catedrático de Medicina. Universidad Autónoma de Barcelona. Hospital General Universitario Germans Triás i Pujol. Badalona

Prof. Oriol Romaní Alfonso

Departament d'Antropologia, Filosofia i Treball Social. Universitat Rovira i Virgili. Tarragona

Prof. Carmen Tomás-Valiente Lanuza

Profesora Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia



COMENTARIO EDITORIAL

Prof. Carmen Tomás-Valiente Lanuza

Veinticinco años después del logro de los primeros éxitos de las técnicas de fecundación *in vitro*, los interrogantes tanto de índole ética como jurídica planteados en el campo de la reproducción asistida no han hecho sino intensificarse. Si ya en aquellos momentos iniciales se suscitó una vivísima polémica en cuanto a la admisibilidad de dichas técnicas, ya en sí mismas consideradas, ya a la luz de sus más inmediatas implicaciones (especialmente en lo relacionado con la inevitable creación de preembriones sobrantes y el destino de los mismos), el debate ha vuelto a cobrar actualidad y vigor a medida que los avances científicos en este campo (y en otros muy ligados a él, como el de la Genética) van abriendo nuevas posibilidades, algunas de ellas casi inimaginables hasta hace bien poco tiempo. El hecho de que en la actualidad sean ya factibles técnicas como el diagnóstico genético preimplantatorio (sea con finalidades terapéuticas para el propio embrión, sea con vistas a seleccionar e implantar un embrión histológicamente compatible con un hermano enfermo para lograr la curación de este último mediante, por ejemplo, el trasplante de células madre de la sangre del cordón umbilical generado en ese embarazo) o la selección de sexo, unido a los progresos de las investigaciones destinadas a hacer posible la clonación terapéutica como fuente de células madre (que al ser genéticamente idénticas al paciente podrían llegar a desempeñar un

importantísimo papel en la curación de graves enfermedades, a través de la regeneración de tejidos, sin producir rechazo en el enfermo), obligan a la sociedad a plantearse múltiples interrogantes, todos ellos relacionados, a la postre, con cuál sea el grado de protección jurídica que se considera conveniente otorgar al embrión humano y en qué medida pueda ésta modularse, en su caso, al entrar en conflicto con otros intereses. Así, por ejemplo: ¿constituye toda selección de un embrión en función de determinadas características una manipulación e instrumentalización inaceptable por contraria a la dignidad de la vida humana? O por el contrario, ¿debe admitirse la selección en determinados casos, como la encaminada a la obtención de un embrión sano, aunque quizás no en otros, como cuando se trata de elegir el sexo del futuro bebé? Por otra parte, ¿es rechazable siempre y en todo caso la creación de embriones que no obedezca a una finalidad estrictamente reproductiva? ¿O debería permitirse su obtención a través de clonación terapéutica -aunque hay quien discute que aquí nos encontremos ante una verdadera creación de embriones-, si la finalidad perseguida es la de avanzar en la posible curación de graves enfermedades que afectan seriamente a la salud de millones de personas? En suma, ¿resulta admisible la ponderación de intereses en este ámbito, o debe rechazarse de plano por encontrarse en juego un valor supuestamente absoluto, como la dignidad de la vida humana?

Aunque elaborado por un jurista, el trabajo que el lector está a punto de disfrutar dista mucho de reducirse a una mera exposición de la actual regulación jurídica de las diversas técnicas encuadrables en el marco de la reproducción asistida o próximas al mismo. Ciertamente, el profesor Peñaranda no olvida repasar dicha normativa en sus aspectos más esenciales (lo que en el caso de España ha de incluir una forzosa referencia a su inminente modificación, puesto que contamos con un Proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida que en estas fechas apura los últimos pasos de su tramitación parlamentaria en el Senado, después de haber sido ya aprobado por el Congreso de los Diputados), pero tal cosa no constituye en puridad más que el insoslayable punto de partida desde el que abordar una reflexión más amplia, de mayor calado y, por descontado, de mucho mayor interés para el lector que el que podría proporcionar la sola exégesis de una serie de preceptos legales.

Lo que el autor nos ofrece es, en primer lugar, la identificación de las concepciones básicas sobre la vida humana y su protección jurídica que subyacen a los distintos modelos posibles de regulación de esta materia -más o menos restrictivos-, para, una vez clarificadas, contrastar su propia coherencia interna y su compatibilidad con prácticas sociales y jurídicas muy extendidas y aceptadas. Con una lógica impecable, huyendo

de simplificaciones, y sirviéndose a menudo de ejemplos concretos que facilitan la lectura (entresacados de la literatura sobre el tema o de la propia jurisprudencia), el autor pone en cuestión especialmente la consistencia de una visión de la vida humana -que preside, al menos en parte, las legislaciones alemana e italiana en la materia, mucho más restrictivas que la española en todo lo referido a este tipo de técnicas- según la cual ésta supone un continuum dentro del cual no cabe hacer diferenciación alguna y que por tanto se considera merecedor de una igual protección desde sus estadios más iniciales hasta su terminación. Se muestra en cambio Peñaranda, como ya en alguna de sus obras anteriores, partidario de una concepción “gradualista” de la vida humana, cuya protección ha de ser modulada en función del estadio en el que se encuentre (antes o después de la implantación en el útero materno, antes o después del nacimiento), y desde esta premisa afronta con toda coherencia algunos de los interrogantes que más arriba dejábamos enunciados.

El lector podrá o no compartir las tesis defendidas por el profesor Peñaranda, pero en cualquier caso, al concluir la lectura de este trabajo, a buen seguro contará con una visión mucho más certera de las implicaciones de sus propios puntos de partida en esta compleja y polémica materia, en las que quizás él mismo no había reparado.



Prof. Enrique Peñaranda Ramos

CURRICULUM VITAE

- Nacido en Madrid, en 1956. Licenciado en Derecho (UAM), en 1978. Doctor en Derecho (UAM) con Premio Extraordinario, en 1989. Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), en la Universidad de Munich (1982/1983).
- Profesor Titular de Derecho Penal, Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid desde diciembre de 1990.

CARGOS ACADÉMICOS DESEMPEÑADOS

- Vicedecano de Profesorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (1990-1993).
- Vicerrector de Profesorado de la Universidad Autónoma de Madrid (1994-2001).

LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

Parte General del Derecho Penal

- Participación en el delito.
 - Concurso de leyes.
- Imputación objetiva y comisión por omisión, particularmente en empresas y otras organizaciones.
 - Fundamentos de la responsabilidad penal y de la teoría jurídica del delito.
 - Sistema de sanciones penales.

Parte Especial del Derecho Penal

- Delitos contra la vida humana.
- Delitos contra la salud y la integridad corporal.
 - Bioética y Derecho Penal.

En esta última línea viene participando en distintos Proyectos de Investigación: en la actualidad lo hace en el Proyecto 09/SHD/004 sobre "Repercusiones en el Derecho Penal de los avances en Biotecnología y Ciencias Biomédicas" (DEPENBIOMED), cofinanciado por la Comunidad de Madrid y la Universidad Autónoma de Madrid.

PRINCIPALES PUBLICACIONES

Monografías

- La participación en el delito y el principio de accesoriedad. Madrid, Tecnos, 1990.
- Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid, Civitas, 1991.

-
- En colaboración con M. Cancio Meliá y C. Suárez González: Un nuevo sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Lima, 1998 [= Buenos Aires y Bogotá, 1999. Traducción en lengua portuguesa: Um novo sistema do Direito penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Barueri-Sao Paulo, 2003].

Capítulos de libro

- Estudio introductorio (en colaboración con M. Cancio Meliá y C. Suárez González) a G. Jakobs: Estudios de Derecho penal. Madrid, UAM-Civitas, 1997.
 - Capítulos I. Homicidio, II. Asesinato y V. Lesiones (I), en M. Bajo Fernández (dir.). Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), vol. I, Madrid, CERA, 2003.
 - Fases en el desarrollo de la vida y grados de su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantatorio, en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid, Thomson-Civitas, 2005.

Artículos de revista

- Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito, Doxa 23 (2000), pp. 289-321 [también publicado en Carlos Gómez-Jara Díez (ed.): Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada, 2005].
 - La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo. RDPC 11 (2003), pp. 165-247.
 - Bioética y Derecho Penal en el comienzo de la vida: Algunas implicaciones jurídico-penales de las nuevas biotecnologías. En: A. Jorge Barreiro (ed.). Derecho y Genética: un reto de la sociedad del siglo XXI, número extraordinario del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, (en prensa: 2006).

LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. REFLEXIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL

SUMARIO

Las crecientes posibilidades de control sobre las características de la descendencia a que han dado lugar los avances producidos en los últimos años en los campos de la Biología, la Bioquímica, la Genética y la Medicina suscitan nuevas cuestiones éticas y jurídicas sometidas a valoraciones contrapuestas.

En el origen de estas controversias se encuentra la diferente consideración que se tiene de los diversos intereses en juego: en sociedades pluralistas como es la nuestra no hay una forma única de entender y valorar, por ejemplo, la libertad reproductiva, el status de las mujeres, los derechos de los enfermos y discapacitados o la libertad de investigación científica. Y tampoco la vida humana en su fase prenatal de desarrollo es objeto de una evaluación uniforme.

Estas diferencias de opinión encuentran también su reflejo en el plano legislativo. A analizar algunos rasgos generales de la regulación de las nuevas técnicas reproductivas en la legislación española, así como en la de otros países que parecen inspirarse en modelos normativos diferentes, se dedica por ello una parte de este artículo. Este análisis, pese a su necesaria brevedad, habrá de mostrar que tras esas regulaciones se hallan concepciones asimismo divergentes sobre el valor de la vida humana en sus eta-

pas iniciales. En el Derecho español parece latir la idea de que la protección de la vida debe intensificarse gradualmente a medida que se producen en ella ciertas modificaciones, pero esta idea ha de competir con otra que toma como punto de partida la continuidad biológica del ser humano desde la concepción y concluye en la imposibilidad de trazar en ese continuum cualquier distinción que no sea completamente arbitraria. Por ello se habrán de considerar también las implicaciones de ambos puntos de vista en diversos aspectos de la protección de la vida prenatal, a fin de enjuiciar su consistencia con prácticas sociales y jurídicas en principio indiscutidas o, al menos, muy ampliamente compartidas; y a fin también de establecer si las distinciones que parecen emerger de tales prácticas son susceptibles de traducirse en esquemas teóricos y normativos coherentes. A tales efectos se examinará sobre todo el papel concedido en esos contextos al hecho del nacimiento y al de la implantación del embrión en el útero materno y su posible significación en un modelo gradualista de protección de la vida y la dignidad humanas. Por último, se extraerán de ello algunas conclusiones acerca del enfoque que podría ser más adecuado adoptar ante los desafíos que plantean las nuevas técnicas de reproducción asistida.

THE NEW CHALLENGES OF ASSISTED REPRODUCTION

ETHICAL AND LEGAL REFLECTIONS FROM THE PENAL LAW PERSPECTIVE



SUMMARY

The increasing possibilities of taking control over the characteristics of descendants that the advances occurred in the last years in the fields of Biology, Biochemistry, Genetics and Medicine have brought about, introduce new ethical and legal matters that are subject to opposed valuations.

Underlying these controversies is to be found the different consideration that is taken regarding the diverse interests at stake: in pluralist societies, like this one of us, there is no unique way of understanding and valuating, for instance, the reproductive freedom, the woman's status, the rights of ill or disabled people or the freedom of scientific research. Either human life, in its prenatal phase of development, is subject to a uniform assessment.

These different opinions find their own reflex on a legislative level. This article is, therefore, partly devoted to taking a closer look at some of the general features of the regulation of the new reproductive techniques in the Spanish legislation, as well as in those from other countries that seem to be inspired by different regulative models. This analysis, despite its mandatory briefness, is expected to show that beyond these regulations divergent conceptions about the value

of human life in its initial stages are found too. It seems that the Spanish Law ponders on the idea that the protection of human life must be gradually intensified as long as it goes on getting some modifications, but this idea must compete against the one whose starting point is the biological continuity of the human being from the time of conception and comes up to the conclusion that it is impossible to draw up any type of distinction that is not completely arbitrary in that continuum. Therefore, the involvements of both points of view in several features of the prenatal life's protection must be thought of, in order to consider its consistency through social and legal practices unargued in principle or, at least, widely shared; and also in order to establish whether the distinctions that seem to raise from such practices could be translated into consistent theoretical and regulative schemas. To this effect, above all the role being granted in those contexts to the fact of birth and that of the embryo's implantation in the maternal uterus, and its possible meaning within a gradualist model of the human life and dignity protection, will be examined. At last, some conclusions regarding the most adequate focus to face the challenges that the new assisted reproductive techniques bring about, will be drawn.



LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. REFLEXIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL*

PROF. DR. ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS

INTRODUCCIÓN

Los formidables avances producidos, sobre todo desde el final de los años 80 del pasado siglo, en el ámbito de las Ciencias de la vida -y especialmente en la Biología celular, la Bioquímica y la Genética- han “provisto a los científicos de las herramientas necesarias para entender los detalles moleculares de cómo funcionan y evolucionan las células vivas y, con ello, de los medios para el diagnóstico, el tratamiento y la prevención de muchas enfermedades”. Este juicio del jurista norteamericano John Robertson, en el que está implícita una valoración fundamentalmente positiva del sentido que han tenido esos hallazgos y de la evolución que de ellos cabe esperar en el futuro, adquiere un relieve particular allí donde a esos progresos se añaden los producidos en un sector de la Medicina en rápido desarrollo: el de la Medicina reproductiva. La conjunción de ambos factores ha venido a ofrecer a los individuos un grado de libertad reproductiva y de capacidad de control sobre las características de la descendencia que hasta hace poco parecía propio de la literatura de ficción¹.

*Este artículo se inscribe en el Proyecto de Investigación 09/SHD/004 sobre “Repercusiones en el Derecho Penal de los avances en Biotecnología y Ciencias Biomédicas” (DEPENBIOMED), cofinanciado por la Comunidad de Madrid y la Universidad Autónoma de Madrid.

Es precisamente el temor de que pronto puedan cumplirse las peores fantasías en este terreno lo que mueve a otros autores a emitir juicios más recelosos o directamente negativos sobre esta evolución. Así, el gran filósofo alemán Jürgen Habermas ha llegado a decir que el control exhaustivo de la dotación genética de la descendencia -que él cree atisbar en el diagnóstico genético preimplantatorio y en la investigación con células troncales embrionarias- entrañaría el peligro de una “tecnificación de la naturaleza humana” que vendría a modificar “la autocomprensión ética de la especie” hasta el punto de que “ya no podamos vernos como seres vivos éticamente libres y moralmente iguales, orientados a normas y a razones”². El fundamento de esta valoración es ciertamente muy dudoso³, pero hay motivos más comprensibles para discutir algunas aplicaciones reproductivas de las recientes investigaciones. Entre otros, cabe mencionar los siguientes. Por una parte, algunas de estas prácticas proyectan nuevamente la sombra de la eugenesia⁴, que, aunque sea en la forma de una eugenesia “liberal” o “desde abajo”, no deja de evocar de algún modo terribles experiencias vividas en la primera mitad del siglo XX⁵. Por otra parte, se teme también que el vertiginoso desarrollo científico y tecnológico porte en sí el germen de graves daños “colaterales”, tan difíciles de predecir y controlar, como potencialmente catastróficos⁶. Existe asimismo la preocupación de que la selección de las características genéticas de la descendencia pueda traer consigo una



“homogeneización social empobrecedora” que elimine “valiosas formas de vida y de cultura”⁷. Y, claro está, se manifiesta también el temor de que las nuevas técnicas traigan consigo una disminución inaceptable del valor concedido a la vida y a la dignidad humanas.

En uno de los últimos informes del President's Council on Bioethics norteamericano se viene a destacar cómo la “creciente capacidad de intervención en los comienzos de la vida humana y, especialmente, de la que tiene su inicio extracorporalmente, ya sea en la clínica o en el laboratorio”, a que han dado lugar los grandes avances biotecnológicos producidos en las últimas décadas, “ha hecho que emerjan (nuevas) cuestiones éticas en las que se ven envueltos numerosos bienes humanos de gran importancia”; muchas aplicaciones de la tecnología en este campo resultan extraordinariamente controvertidas, pues su uso “puede tener consecuencias de largo alcance, no sólo para los individuos involucrados, sino también para la sociedad en su conjunto”⁸.

En la raíz de estas controversias se encuentra la diferente consideración que se tiene, según el punto de partida valorativo en cada caso adoptado, de los distintos intereses que entran aquí en juego y del modo en que podrían ponderarse: la libertad reproductiva, el status de la mujeres, los derechos de los discapacitados, la libertad de investigación científica así como los intereses de los posibles beneficiarios de sus descubrimientos y, no en última instancia, la vida prenatal, son entendidos y valorados en efecto de modos muy diferentes en sociedades pluralistas como es la nuestra⁹. No puede sorprender por tanto que algunos de los juicios más negativos sobre las aplicaciones de las técnicas reproductivas y genéticas que implican la pérdida o destrucción de embriones humanos antes de su implantación sean emitidos por quienes impugnan toda forma de gradualismo en la consideración de la vida humana o de su dignidad, mientras que la aceptación de una perspectiva gradual a este respecto ofrezca un perfil más favorable a los demás intereses concurrentes en una eventual ponderación.

DIVERSAS SOLUCIONES LEGISLATIVAS

Estas diferencias de opinión tienen también un variado reflejo en el plano legislativo. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, el referido desacuerdo es seguramente una de las razones principales de que falte casi por completo una regulación específica en materia de reproducción asistida y de otras actividades afines y de que predomine el *laissez faire*, aunque tampoco son ajenas a tal planteamiento ciertas tradiciones jurídico-políticas muy arraigadas en Norteamérica¹⁰. En otros países la controversia no ha impedido, en cambio, la adopción de concretas regulaciones, orientadas unas veces en un sentido liberal, como sucede en el Reino Unido, y otras en un sentido más restrictivo, como ocurre en la República Federal Alemana¹¹.

Por lo que a España se refiere, la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 fue una de las primeras en todo el mundo en regular esta materia y lo hizo, en general, de un modo permisivo. En consonancia con ello, es también limitada la intervención del Derecho Penal en este ámbito. El Código Penal español vigente, de 1995, castiga la manipulación genética en sentido estricto (art. 159), la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana (art. 160.2) y la clonación reproductiva (art. 160.3), pero no incrimina otros supuestos muy debatidos, como son los de la clonación terapéutica¹² o la investigación con células troncales obtenidas de embriones *in vitro* “sobrantes” de técnicas de reproducción asistida (con el consiguiente “consumo” o destrucción de los embriones preimplantatorios o “preembriones” así utilizados)¹³. De este modo, tales supuestos constituyen, a lo sumo, ilícitos administrativos o están incluso permitidos, a pesar de que -en opinión de algunos autores- podrían tener la gravedad suficiente para merecer la intervención penal y son, de hecho, penalmente sancionados en otros ordenamientos jurídicos -por ejemplo y de manera muy destacada, como enseguida veremos, en Alemania o en Italia.

Las modificaciones introducidas posteriormente en la Ley española de 1988 no han alte-



rado radicalmente las características generales de esta regulación¹⁴. Ciertamente, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, ha establecido algunas restricciones a la práctica de las técnicas de reproducción asistida que, al tiempo que tratan de resolver el problema que suscita la acumulación de embriones sobrantes, han venido a limitar la eficacia de esas técnicas y a imponer costes adicionales a sus usuarias, estableciendo así un nuevo balance entre los intereses de éstas y el respeto al “valor singular” del embrión humano, al que se refiere su Exposición de Motivos. No obstante, el legislador de 2003 no ha dejado por completo al margen de su consideración la eficacia de estos tratamientos y, por otro lado, en una especie de solución salomónica, ha venido a permitir la utilización con fines de investigación de las “estructuras biológicas” de los preembriones viables “supernumerarios” (esto es, sobrantes de técnicas de reproducción asistida) que hubiesen sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (el 23 de noviembre de 2003)¹⁵.

Poco tiempo después se anunció el propósito del actual Gobierno de ampliar las posibilidades de investigación con preembriones *in vitro* viables más allá del plazo establecido en la Ley 45/2003 y de extender el permiso para realizar el diagnóstico preimplantatorio a supuestos distintos de los hasta ahora expresamente autorizados. Estos propósitos han comenzado ya a concretarse. El Proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que se tramita actualmente en el Senado, viene a confirmar, en la redacción ya aprobada por el Congreso de los Diputados, la licitud de la combinación de esas técnicas con el diagnóstico genético preimplantatorio como medio para la prevención y el tratamiento de enfermedades hereditarias (con la precisión ahora de que se trate de enfermedades graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal) y para la detección de alteraciones que pudieran comprometer la viabilidad del preembrión¹⁶. Por otra parte, esa licitud se extiende ahora expresamente, bajo un régimen de estricta autorización por parte de la autoridad

sanitaria, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, al caso de que el diagnóstico “preimplantacional” sirva para determinar “los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones *in vitro* con fines terapéuticos para terceros”¹⁷. Con ello se viene a acoger un modelo inspirado en el del Reino Unido, donde la Autoridad de Fertilización y Embriología Humanas ha ejercido en los últimos años las competencias que la legislación británica le confiere para autorizar la selección de embriones con esta finalidad y donde la Cámara de los Lores ha confirmado la adecuación de estas autorizaciones al Ordenamiento jurídico británico en su sentencia de 28 de abril de 2005¹⁸. Por otra parte, el Proyecto elimina el límite de tres embriones que en principio se permite generar como máximo en cada ciclo reproductivo, según la regulación vigente desde 2003¹⁹, sustituyendo ese tope por una remisión a los “criterios clínicos” acerca de lo que resulte “necesario (...) para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso”²⁰. Por lo demás, la nueva regulación se dirige a autorizar, ya sin límite temporal alguno, la investigación con preembriones sobrantes (viables o no) de técnicas de reproducción asistida²¹; y casi simultáneamente se ha comunicado a la opinión pública que la futura Ley de Investigación Biomédica, actualmente en estudio, podría autorizar la llamada “clonación terapéutica”, esto es, la técnica consistente en transferir a ovocitos previamente enucleados el núcleo de células somáticas para obtener células troncales susceptibles de desarrollarse en los órganos y tejidos más variados y con el máximo grado de histocompatibilidad con su eventual receptor²².

En Alemania, por el contrario, gran parte de las conductas que en España están ya permitidas o se proyecta autorizar no sólo han sido prohibidas, sino que constituyen comportamientos punibles²³. Así sucede con la clonación terapéutica, castigada -sin distinguirla de la reproductiva- en el § 6 I de la Ley alemana de protección de embriones de 13 de diciembre de 1990 (Embryonenschutzgesetz [ESchG]), o con



la utilización de embriones *in vitro* con finalidad distinta de la reproducción (§ 2 I ESchG) o, incluso, con la utilización o importación de células troncales embrionarias para la investigación, penalmente sancionada en el § 13 I de la Ley alemana de células troncales de 28 de junio de 2002 (Stammzellgesetz [StZG]), en relación con su § 4 I²⁴. Más dudosa es la cuestión que atañe al diagnóstico genético preimplantatorio, cuyo tratamiento jurídico en Alemania es sumamente complejo y depende en gran medida de las modalidades de su realización²⁵. La estipulación de que son embriones en el sentido del Derecho alemán “el ovocito humano fecundado y viable *a partir del momento de la fusión del núcleo*” y también “toda célula totipotente extraída de un embrión, que en caso de concurrir los demás requisitos necesarios para ello pueda dividirse y desarrollarse en un individuo” (§ 8 I ESchG) ha conducido a una alambicada interpretación, en la que sólo hay dos datos seguros: de una parte, que está claramente permitido el diagnóstico genético preimplantatorio realizado (con muchas limitaciones) mediante el análisis de los corpúsculos polares extraídos del ovocito antes de la fusión de los pronúcleos de los gametos; y, de otra, que está inequívocamente prohibido e incluso conminado con una sanción penal el que se efectúa mediante la toma de células totipotentes del embrión (hasta el estadio de ocho células). En cambio, en lo que afecta al diagnóstico genético efectuado con células embrionarias pluripotentes, la situación es muy incierta: según la opinión dominante, este procedimiento incurre también en alguna de las conminaciones penales de la ESchG, pero este punto de vista encuentra en los últimos años una creciente oposición en la doctrina. En todo caso, la incertidumbre reseñada y el consiguiente riesgo de persecución penal determinan que esta clase de diagnóstico preimplantatorio tampoco se practique actualmente en Alemania. Una división de opiniones semejante se observa también en el Consejo Nacional de Ética alemán. Un sector, ahora minoritario, de los miembros del Consejo considera que, salvo en la modalidad mencionada en primer lugar, el diagnóstico

genético preimplantatorio está prohibido y penalmente sancionado en Alemania y que esta situación debería mantenerse²⁶. Por el contrario, la mayoría del Consejo Nacional de Ética se ha pronunciado, al menos para el futuro, a favor de una admisión controlada del mismo (en todas sus modalidades), en términos similares a los previstos en el Proyecto español de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida²⁷.

Por su parte, la Ley italiana nº 40 de 2004 de procreación médicamente asistida es, en muchos aspectos, aún más estricta que la regulación alemana. Esta ley no sólo restringe el acceso a estas técnicas reduciéndolo a las parejas afectadas por esterilidad o infertilidad -y excluyendo así, entre otros casos, el de las parejas fértiles portadoras de graves enfermedades genéticas transmisibles a la descendencia-²⁸, sino que somete ese acceso a la severa condición de que no existan otros medios de carácter terapéutico para remover sus causas, configurando de este modo la fertilización *in vitro* como si fuera un mal, no necesariamente menor, que en principio habría de evitarse²⁹. Así lo pone claramente de manifiesto lo dispuesto en el art. 6.1 de la Ley italiana que, aparte de imponer al médico la obligación de informar detalladamente “sobre los métodos, *los problemas bioéticos*, los posibles efectos colaterales sanitarios y psicológicos consiguientes a la aplicación de las propias técnicas, la probabilidad de éxito y los riesgos que de ellas derivan, así como sobre las consecuencias jurídicas correspondientes para la mujer, el varón y el nasciturus”, establece el deber de comunicar a la pareja “la posibilidad de recurrir a *procedimientos de adopción o de acogimiento... como alternativa a la procreación médicamente asistida*”³⁰.

Nada de esto puede sorprender en una ley que, proclamando ya desde el primer artículo su intención de asegurar “*los derechos de todos los sujetos implicados, incluido el concebido*” (art. 1.1), trata en realidad de ofrecer a éste una protección prácticamente absoluta, en detrimento de los restantes intereses concurrentes³¹ y diseña a tal efecto un amplio catálogo de medidas de tutela del embrión, reforzadas muchas veces



con severas sanciones penales. Así se incrimina, entre otras conductas, cualquier clase de experimentación efectuada sobre embriones, salvo que tenga una finalidad terapéutica para el embrión mismo, la selección de embriones y la clonación en cualquiera de sus formas, sancionándose todos estos comportamientos con penas de prisión de hasta seis años. Por otro lado, se sanciona también con penas de prisión, aquí de hasta tres años, no sólo la supresión de embriones, sino también la creación de más de tres por ciclo e incluso su crioconservación, lo que se explica por la obligación, también penalmente reforzada, que la Ley italiana impone de transferir al útero de la mujer todos los embriones generados (hasta ese límite) tan pronto como sea posible y por la exclusión para todos los intervinientes en estas técnicas de reproducción asistida (incluida la propia mujer) de la facultad de revocar su consentimiento una vez que se haya producido la fecundación.

Ha sido reiteradamente señalado que con un marco normativo semejante se termina por comprometer seriamente el éxito de las técnicas de procreación asistida³² y por imponer a las personas usuarias de esas técnicas, y en particular a las mujeres, graves costes en términos de salud y de libertad reproductivas³³. También se ha advertido que ello se debe a las reservas ideológicas del legislador italiano hacia la propia reproducción asistida, más que a su torpeza o impericia³⁴, hasta el punto de que el sentido profundo de la ley de 2004 no habría sido otro que el de “convertir de facto en impracticable la fecundación artificial en este país”, sin importar que con ello se induzca “a los ciudadanos y a las ciudadanas interesados” en estas técnicas “a recurrir al llamado ‘turismo procreativo’ (...), o incluso a prácticas clandestinas con los consiguientes riesgos para la salud de las mujeres”³⁵.

¿GRADUALIDAD O CONTINUIDAD EN LA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA?

No es difícil advertir que tras estas regulaciones tan distintas se hallan concepciones también

diferentes sobre el valor de la vida humana en sus fases iniciales de desarrollo. La legislación española sobre la reproducción asistida, así como en lo relativo a la interrupción del embarazo y a los delitos de aborto y de homicidio responde, de acuerdo con la interpretación dominante en nuestro país, a la idea de una protección de la vida que progresa y se intensifica a medida que ciertos cambios cualitativos (en especial el que determina el nacimiento) se producen. Esta perspectiva gradual ha sido también acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional español desde su sentencia 53/1985, de 11 de abril, relativa al sistema de indicaciones en la interrupción voluntaria del embarazo y ha sido después confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 212/1996, de 19 de diciembre, relativa a la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, y por la STC 116/1999, de 17 de junio, acerca de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida. En esta última sentencia se ha venido también a destacar como un hito decisivo para el reconocimiento de un determinado status jurídico al embrión humano -y, con ello, de un determinado grado de protección a la vida en esa fase embrionaria- la anidación o implantación del embrión en el útero materno.

Esta perspectiva no es, sin embargo, compartida por todos. Sin ir más lejos, en su voto particular discrepante de la STC 212/1996, el Magistrado del Tribunal Constitucional español José Gabaldón López, manifestó un punto de vista favorable a extender a los seres humanos desde el comienzo de su existencia biológica las mismas garantías y la protección de que goza la vida de los ya nacidos. Años más tarde Gabaldón, insistiendo en esa misma tesis, ha aportado algunos argumentos adicionales, que toman como punto de partida la continuidad biológica del ser humano desde la concepción y concluyen en la imposibilidad de trazar cualesquiera distinciones entre sus fases de desarrollo que no resulten a la postre puramente arbitrarias. Entiende, en efecto, Gabaldón que, como habría



demostrado terminantemente la investigación genética, “desde el momento de la unión de los gametos masculino y femenino existe un ser distinto perteneciente a la especie *‘homo sapiens’* a quien no le falta ya nada para poder ser definido como hombre (...) y al que (...) le cabe ya, según el art. 10.1 de nuestra Constitución la dignidad de la persona y la aplicación de su principio al libre desarrollo incluso antes y aun al margen de la adquisición formal de la personalidad jurídica según la ley positiva”³⁶. En la medida en que “el embrión humano dispone de un genoma completamente individual desde la fecundación” y “se desarrolla continuamente desde ese momento, sin saltos en su desarrollo”, habría que admitir que “el embrión no es una persona potencial sino actualmente una persona humana con potencialidades todavía no actualizadas”. En consecuencia, a su juicio, “los conceptos de hombre y de persona son inseparables” y cualquier “intento de separación responde a una mera razón estratégica”³⁷.

No muy distante en su punto de partida y en la línea argumental es el planteamiento del constitucionalista alemán Ernst-Wolfgang Böckenförde, que fue también Magistrado del Tribunal Constitucional de su país. Este autor critica también como arbitrarios todos los intentos, cada vez más extendidos en la literatura filosófica y jurídica alemana, de diferenciar entre vida humana y vida personal y de configurar de este modo la noción de persona (Person) como un concepto más estricto que el de ser humano (Mensch) y señala por tanto que “el embrión humano ha de ser tratado también en su fase vital más temprana como titular de la dignidad humana y del derecho a la vida” que reconoce la Constitución alemana. Ello se correspondería por lo demás con los conocimientos científicos actuales, de acuerdo con los cuales “después de que haya quedado fijada la dotación cromosómica no hay ya incidencia alguna en la cualidad de aquello que se desarrolla”. Y también vendrían a coincidir con ello las valoraciones que se hacen en la vida ordinaria: así -dice Böckenförde- “no es raro que los padres sepan con exactitud en qué relación se ha originado su hija o

su hijo” y es “desde ese momento, el de la fecundación, y no, por ejemplo, desde el de la posterior anidación o formación de la corteza cerebral cuando data para ellos el comienzo de su vida”. Por ello no sería “en modo alguno contraintuitivo cifrar el comienzo de la vida humana en la fecundación”³⁸.

En lo que sigue se habrán de considerar muy brevemente algunas implicaciones de los puntos de vista reseñados en distintos aspectos de la protección de la vida prenatal. Por un lado, se examinará la consistencia pragmática de los distintos planteamientos, esto es, su correspondencia o no con prácticas sociales o jurídicas en principio indiscutidas o, al menos, muy ampliamente compartidas. Por otro, habrá que discutir si el carácter continuado del proceso vital resulta o no compatible con cesuras o saltos cualitativos que justifiquen el establecimiento de diferentes grados de protección y la posibilidad de traducir todo ello a esquemas teóricos y normativos comprensibles. En definitiva, se trata de comprobar hasta qué punto tienen fundamento los reproches de arbitrariedad que se vierten frente a la distinción de fases y de grados en la protección de la vida.

CORRESPONDENCIA CON EL DERECHO POSITIVO Y OTRAS CONSIDERACIONES PRAGMÁTICAS: EN PARTICULAR, LA IMPORTANCIA DEL NACIMIENTO

Difícilmente se puede negar que “la (solución de) la cuestión del status moral del embrión tiene que estar en una relación de consistencia pragmática con las respuestas que una determinada sociedad da a la cuestión del aborto”³⁹. Ello nos obliga a comparar a grandes rasgos el tratamiento que el Derecho vigente asigna a los delitos de homicidio y de aborto.

El Código Penal español de 1995, al igual que sucede en los demás Ordenamientos jurídicos, protege de un modo muy diferente la vida humana antes y después del nacimiento. Tal protección es muy amplia y particularmente intensa en relación con los delitos de homicidio: por una parte,



se sancionan tanto los comportamientos dolosos (arts. 138 ss.), como los imprudentes y éstos, tanto si media imprudencia grave (art. 142), como si se cometen de forma levemente imprudente (art. 621.2); por otra parte, no hay restricción de los potenciales sujetos activos de las infracciones correspondientes; y, por último, las penas son en general de una considerable gravedad (hasta veinticinco años de prisión en el caso del art. 140, por ejemplo). En cambio, la protección de la vida tiene una menor amplitud e intensidad en su fase prenatal (intrauterina) de desarrollo: sólo se castigan los comportamientos de aborto de carácter doloso (arts. 144 s.) o que sean cometidos con imprudencia grave (art. 146), siendo punible en este último supuesto (el de grave imprudencia) sólo la conducta realizada por terceros (no por la gestante); y, allí donde procede imponerlas, las penas son sensiblemente inferiores a las del homicidio (no superan los ocho años de prisión en el caso más grave del aborto doloso sin el consentimiento de la mujer, ni los tres años de prisión en los realizados con su consentimiento).

Por otra parte, desde 1985 rige en nuestro Derecho un sistema específico de causas de justificación para la interrupción voluntaria del embarazo (las llamadas “indicaciones”) que difiere también sustancialmente del que opera en el homicidio. De este modo, el aborto está permitido cuando, mediando consentimiento de la mujer, “sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada” (la llamada indicación “médica” o “terapéutica”), cuando “el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación” (la llamada indicación “ética”) y cuando “se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas” (la llamada indicación “embriopática” o también, equívocamente, “eugenésica”). En el primer caso, la indicación actúa en cualquier momento del embarazo y en los dos últimos sólo en el plazo de las doce o veintidós primeras semanas de la gestación, respectivamente.

Toda esta regulación es consistente con una consideración gradual del valor de la vida según

la fase de desarrollo en que se encuentre y no es extraño por ello que este punto de vista sea el que predomina en la literatura jurídico-penal española. Desde esta perspectiva se puede explicar con facilidad, en efecto, la menor severidad del castigo en el aborto que en el homicidio. También que la protección de la vida prenatal experimente a través del sistema de indicaciones, cuando entra en conflicto con los intereses de la gestante, más limitaciones que las que encontraría la de la vida de un ser humano ya nacido en una situación de conflicto que fuese por lo demás semejante⁴⁰. Y así también resulta fácilmente comprensible que las opciones de practicar una interrupción del embarazo sean más amplias al inicio de la gestación que cuando ésta está ya muy avanzada⁴¹.

Las cosas no son tan sencillas si se escoge el punto de vista opuesto. En Alemania, por ejemplo, aunque un sector cada vez más numeroso de la doctrina sostiene también el diferente valor de la vida humana en esas dos fases de su desarrollo, hay un sector todavía muy importante que, apoyándose en una determinada interpretación de las sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 25 de febrero de 1975 y 28 de mayo de 1993, dictadas ambas también en materia de aborto, considera inaceptable el establecimiento de cualquier diferencia valorativa según el estadio en que la vida se encuentre. Ciertamente, tampoco desde este sector se pretende en general que la protección jurídico-penal de la vida de los no nacidos haya de ser en todo idéntica a la que se le ha de dar tras el nacimiento. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en la que esta opinión dice basarse ha reconocido que “el legislador no está fundamentalmente obligado a establecer las mismas medidas de carácter jurídico-penal para la protección de la vida del no nacido que considere adecuadas y necesarias para el aseguramiento de la de los ya nacidos”⁴². La menor extensión e intensidad de tal protección antes del nacimiento tendría que ser, pues, explicada por otros factores: lo decisivo no sería una diferencia de valor de la vida en sus sucesivas fases de desarrollo, lo que es



categoricamente rechazado, sino los diferentes contextos y situaciones de conflicto en los que ese bien jurídico se podría llegar a encontrar con otros intereses legítimos: en palabras de algún autor, “sólo la situación de conflicto y no el bien jurídico es susceptible de graduación”⁴³. Concretando este punto de vista, se ha señalado que aquellas diferencias de trato tendrían su fundamento en la necesidad de compensar la colisión objetiva de intereses en que se sitúan la gestante y el embrión por su peculiar vinculación simbiótica durante el embarazo y de atender a la situación de conflicto que subjetivamente deriva de ella para la madre, junto a otras consideraciones relativas a la idoneidad de la pena para procurar una protección efectiva de la vida durante la gestación⁴⁴.

Todo ello no evita, sin embargo, que la tesis de la completa equivalencia de la vida humana en sus fases prenatal y posnatal de desarrollo haya de ser considerada como una “exageración muy difícil de sostener”⁴⁵. Así lo pone ya de manifiesto la siguiente consideración: la situación de conflicto en que la vida en gestación puede encontrarse con los intereses de la mujer, dada su peculiar relación simbiótica, puede explicar a lo sumo una disminución de la responsabilidad en los supuestos de aborto consentido, sobre todo respecto de la propia gestante, pero no la menor punición que también se establece, en relación con el homicidio o el asesinato, para el aborto cometido sin el consentimiento de la mujer, sin que ello se haya sentido nunca como una discriminación intolerable para la vida prenatal.

A ello hay que añadir la existencia de algunas prácticas sociales muy arraigadas, que tampoco me consta que hayan sido nunca seriamente cuestionadas. En un informe muy recientemente elaborado en el ámbito de la Academia Nacional de Ciencias norteamericana puede leerse lo siguiente: “Incluso en nuestra propia sociedad, donde muchos mantienen este punto de vista (sc. el de que la vida humana tendría el mismo valor en todas sus fases, desde el instante de la concepción) en un sentido filosófico, nunca ha sido adoptado como una

cuestión de práctica social. Y así, por ejemplo, la pérdida natural de un embrión en la reproducción humana normal no es reconocida como una muerte que haga preciso un funeral”⁴⁶. Otro ejemplo interesante nos ofrece Gethmann: “Corresponde a una praxis civil muy extendida considerar que es el nacimiento lo que determina la forma plena de adquisición de los derechos. La identidad social del ser humano se define esencialmente por la fecha de nacimiento (en todo caso más que por la de la concepción, de la anidación o del ingreso a la escuela)”⁴⁷. Estas observaciones son oportunas y salen al paso de las consideraciones de Böckenförde sobre el valor que supuestamente habría que atribuir en todo caso al hecho de la concepción: la importancia central del nacimiento no excluye que también se conceda alguna relevancia, sobre todo a ciertos efectos, a otros momentos anteriores (o posteriores), del mismo modo que el hecho de que la tutela penal de la vida humana alcance su nivel máximo con el nacimiento no se opone a que la vida prenatal goce de protección, aunque en una medida menor.

¿UNA PROTECCIÓN MÁS INTENSA PARA EL EMBRIÓN *IN VITRO* QUE PARA EL EMBRIÓN *IN UTERO*?

La tesis de que el valor de la vida humana es siempre el mismo y de que sólo se reduce el grado de su protección durante el embarazo en atención a la relación simbiótica y a los potenciales conflictos que en él se dan entre el embrión o el feto y la gestante está por lo demás destinada a provocar algunas paradojas justamente en relación con aquella etapa de la vida humana en que esa relación aún no se ha establecido.

Algunas de estas paradojas se han hecho ya sentir en aquellos ordenamientos jurídicos que han intentado llevar a la práctica un planteamiento semejante. Muy significativo es el caso italiano, en el que la regulación contenida en la Ley nº 40 de 2004 sobre procreación médicamente asistida establece, en muchos aspectos,



un mayor grado de protección para el embrión *in vitro* que para el feto *in utero*, dando así lugar a algunas decisiones judiciales que suscitan una enorme perplejidad. Basta citar dos de ellas. En mayo de 2004 un Tribunal de Catania, en la primera aplicación que conozco de la ley italiana de reproducción asistida dictada en ese año, impidió “a una pareja de personas infértiles y portadoras de una enfermedad genética recurrir a las técnicas de procreación médicamente asistida para seleccionar los embriones sanos a transferir al útero”, pero un mes más tarde, otro Tribunal, éste de Cagliari, en virtud de la legislación italiana sobre interrupción de la gestación, “ha autorizado la reducción embrionaria respecto de un embarazo gemelar en el que uno de los embriones estaba enfermo”, lo que da a entender que, según el punto de vista del legislador de ese país, “el aborto en el tercer mes es un mal menor respecto de la selección embrionaria precoz”⁴⁸.

La referida tesis suscita también algunas otras perplejidades. Si el valor de la vida humana es el mismo a lo largo de todo su desarrollo, esto implicaría tener que considerar tan disvaliosa en principio la destrucción de un embrión preimplantatorio como la muerte de un ser humano ya nacido. Para mostrar que esta equiparación no sería compatible con intuiciones socialmente muy arraigadas, se utiliza con frecuencia el siguiente ejemplo (o uno parecido): en una clínica donde se realizan técnicas de reproducción asistida se declara un incendio y los bomberos tienen que optar entre salvar los diez embriones crioconservados que se encontraban en el depósito del sótano o al bebé recién nacido que se hallaba en la segunda planta. Prácticamente todos están de acuerdo en que la segunda opción no sólo es preferible, sino que debería ser considerada como jurídicamente obligatoria, pero ello contradice abiertamente aquel punto de partida⁴⁹.

En realidad, la configuración de un estatuto del embrión preimplantatorio de tal grado de exigencia habría de conducir a una radical transformación del modo en que la mayor parte de las sociedades actuales se relacionan con los

estadios iniciales de la vida humana. Como ha advertido Dieter Birnbacher⁵⁰, respecto de la noción de dignidad humana (pero lo mismo vale para el derecho a la vida), si correspondiese al embrión temprano la misma especie de dignidad que a la persona ya nacida, no se podría permitir el aborto, ni siquiera en casos de indicación médica con la amplitud que ahora se admite, ni impedir la implantación del embrión mediante dispositivos intrauterinos. Tampoco sería justificable la forma en que se practica la fertilización *in vitro*, en la que se permite fecundar y transferir hasta tres embriones en la esperanza de que sólo uno de ellos sobreviva. Menos justificables aún serían otras prácticas autorizadas por nuestra legislación, como la utilización de embriones sobrantes con fines de investigación (debiendo carecer por lo demás de cualquier clase de relevancia a tal efecto que sean viables o no o que hayan sido crioconservados antes o después de una determinada fecha), la generación misma o la crioconservación de tales embriones sobrantes.

Ciertamente se podrían desechar estos reparos diciendo que todo ello se debe a que nuestra Ley de Técnicas de Reproducción Asistida no está orientada a la protección del embrión, como en cambio sí sucede en las leyes italiana o alemana. Pero es más que dudoso que incluso una auténtica ley de protección de embriones pueda llegar a ser completamente coherente con esa perspectiva. Pueden bastar a tal efecto un par de ejemplos. Como advierte D’Avack, “si el embrión tiene el status de persona, de ello se sigue que deba procurarse siempre su nacimiento” (de ahí la prohibición de la crioconservación y de la sobreproducción de embriones que la ley italiana establece), pero, en ocasiones, para lograr otros fines regulativos que considera deseables, lo que hace la ley es precisamente prohibir la implantación del embrión. Así sucede en Italia por ejemplo en caso de fallecimiento de su progenitor: entonces -se pregunta con razón aquel autor- “¿qué derecho del embrión viene tutelado al obligarlo a seguir la suerte del padre muerto antes que la de la madre viva y dispuesta a proseguir con el inten-



to de hacerlo nacer? Ciertamente la aspiración de tener ambas figuras paternas no puede ser razón jurídica y ética suficiente respecto de la no existencia”⁵¹. Un dilema semejante se suscita con el embrión obtenido mediante clonación, cuya implantación está también prohibida y severamente sancionada por el § 6 II de la Ley alemana de protección de embriones⁵².

¿ES POSIBLE CONSTRUIR COHERENTEMENTE UN MODELO GRADUAL DE PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA?

En la doctrina constitucional alemana más reciente, a la vista de las dificultades con que tropieza la tesis tradicionalmente seguida en ese país, se extiende el punto de vista contrario, según el cual la vida humana no goza de una protección cualitativamente idéntica desde la fecundación. Algunos suponen la existencia del derecho fundamental a la vida desde que la fecundación concluye, pero admiten distintos grados en su protección según las fases por las que discurre en su desarrollo⁵³. Otros aplazan hasta el momento de la implantación el reconocimiento de ese derecho fundamental⁵⁴. Otros, por último, sostienen que sólo los seres humanos ya nacidos pueden ser titulares de derechos fundamentales y que antes de la cesura del nacimiento la vida humana sólo tiene una protección refleja, en todo caso cualitativamente distinta y menor, como un bien jurídico-constitucional objetivamente derivado de la garantía de aquel derecho respecto de los ya nacidos⁵⁵. Cabe suponer que la difusión de estos puntos de vista no es aún más amplia en Alemania porque la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional parece contradictoria, en alguno de sus fundamentos, con tales interpretaciones⁵⁶.

La situación es sustancialmente diferente por lo que se refiere a nuestro país. El punto de vista de que el Ordenamiento jurídico reconoce a la vida humana antes y después del nacimiento un distinto valor no sólo predomina en la doctrina jurídico-penal española⁵⁷, sino que ha sido

expresamente acogido por el propio Tribunal Constitucional. En su fundamental sentencia de 11 de abril de 1985 se afirma, en efecto, que: “la vida humana es (...) un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen su reflejo en el *status* jurídico público y privado del sujeto vital”; y que “dentro de los cambios cualitativos del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular importancia el nacimiento”. Esta diferencia cualitativa entre las fases prenatal y posnatal de desarrollo de la vida humana se encuentra igualmente destacada en las sentencias 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio, dictadas en relación con las Leyes 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos y 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida, respectivamente. En todas estas decisiones del Tribunal Constitucional, la diferencia cualitativa apuntada se traduce en la distinción entre el derecho fundamental a la vida, del que es titular la persona, esto es, el ser humano ya nacido, y el bien jurídico-constitucional de la vida humana, que deriva objetivamente del contenido normativo del artículo 15 de la Constitución y viene a proteger también, aunque en menor grado que la vida de la persona y de un modo creciente, sus fases precedentes de desarrollo.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional mantiene pues desde el comienzo una concepción gradual acerca del valor de la vida humana y de su protección. En la primera de las sentencias citadas, en la que se toma en cuenta el muy diverso tratamiento que nuestro Derecho ha venido desde siempre otorgando a los delitos contra la vida humana independiente (el homicidio y sus formas) y al aborto y se examina la legitimidad del llamado sistema de indicaciones, se considera decisivo el cambio cualitativo que determina el nacimiento, en cuanto “significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en sociedad” o, lo que es lo mismo, la plena incorporación del ser humano a la vida social de un modo que no era posible mientras se encontraba en el claustro materno.



En la sentencia 116/1999 el Tribunal Constitucional español ha admitido a su vez expresamente que la implantación o anidación del embrión en el útero materno puede ser otro de los momentos en que se produce un cambio cualitativo en el desarrollo de la vida humana capaz de justificar una variación significativa en el grado de protección jurídica que se le dispensa. En ella se afirma que “los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno” y, lo que es más importante, con ello se viene a justificar, precisamente, la conformidad a la Constitución del art. 12.1 LTRA en el que se establece la posibilidad de practicar el diagnóstico preimplantatorio para valorar la viabilidad de los preembriones o detectar en ellos enfermedades hereditarias, en la medida en que “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 constitucionalidad igualmente se declara. A mi juicio, esto es correcto y no es por lo demás casual la vinculación que se establece entre ambas cuestiones (la menor protección del embrión no transferido aún al útero y la libertad reconocida a la mujer de rechazar la transferencia).

LA CUESTIÓN DE LA DIGNIDAD: DIGNIDAD DE LA VIDA HUMANA Y DIGNIDAD DE LA PERSONA

Antes de señalar la razón de tal vinculación y las implicaciones que de ella se desprenden he de detenerme en una cuestión previa: ¿es posible que, teniendo la vida del embrión temprano un valor relativo, su destrucción o manipulación o ciertas formas de destrucción o de manipulación afecten a un valor absoluto, imponderable, como es el de la dignidad humana? El problema

estriba una vez más en la extensión de esta noción de dignidad a todas las fases de desarrollo de la vida humana sin distinciones y en la nivelación o igualación de su tratamiento. Un ejemplo de ello lo encontramos en la constitucionalista alemana Ute Sacksofsky. En su opinión, algunas formas del trato dado a los embriones tempranos podrían entrañar graves atentados a la dignidad humana y, para determinar cuándo es ese el caso, cabría servirse de una analogía con aquellos supuestos en que se aprecia con nitidez una lesión de la dignidad respecto de los seres humanos ya nacidos. Con arreglo a este criterio, el diagnóstico genético preimplantatorio tendría inequívocamente ese carácter, pues, a juicio de esta autora, la “selección” que implica este procedimiento sería equivalente a los más horribles crímenes del régimen nacionalsocialista, al presentar rasgos propios del “programa eutanásico” dirigido por dicho régimen para eliminar a los discapacitados⁵⁸. La exageración en que con ello se incurre es evidente, como cuando se habla de “campos de congelación” para evocar una supuesta similitud entre las clínicas de reproducción asistida donde se practica la crioconservación de embriones y los campos de concentración y exterminio, o cuando se alude a un “holocausto silencioso” en este contexto. Como ha replicado Weyma Lübke⁵⁹, de ser algo de eso cierto no sería comprensible por qué no se propone inmediatamente después que se emprendan intervenciones humanitarias para detener los crímenes de lesa humanidad que se estarían produciendo de forma masiva en el Reino Unido o en los Estados Unidos de América (o en cualquier otro de los países donde se permite y practica el diagnóstico preimplantatorio o la investigación con preembriones, como España).

En realidad, el paralelismo trazado por Sacksofsky fracasa en varios niveles. Por una parte, resulta muy forzada la analogía que se pretende establecer entre una aniquilación sistemática -y programada desde el Estado- de personas con determinadas características físicas o mentales y las decisiones individuales de determinadas mujeres o parejas de someterse a técnicas



de fecundación *in vitro* y realizar pruebas diagnósticas a los preembriones así obtenidos para reducir, sin eliminar por completo, el riesgo de tener descendencia con anomalías o defectos congénitos⁶⁰. Por otra, no se advierte cómo se podría establecer tal analogía sin que terminase por alcanzar también a la interrupción del embarazo realizada bajo una indicación embriopática. Y, por último, aunque alguna similitud se diese, habría que dar por supuesto que carece por lo demás de importancia la diferencia de que en un caso se trate de la supresión de la vida de seres humanos ya nacidos y en el otro de embriones en su etapa más temprana.

Dieter Birnbacher⁶¹ prefiere optar también aquí, al igual que en relación con la vida, por una protección gradual de la dignidad. La dignidad de la persona, de la que se predica su inviolabilidad, corresponde sólo a los seres humanos ya nacidos, pero antes del nacimiento la vida humana tiene dignidad en una forma anticipada, atenuada y creciente a medida que se aproxima a ese momento. Un punto de vista similar ha expuesto Habermas, quien propone distinguir “entre dignidad de la vida humana” y dignidad de la persona o “dignidad humana”⁶². A esta concepción de una proyección o eficacia anticipada de la dignidad de la persona, que impide tratar a los preembriones como simples cosas, pero no les otorga una protección absoluta, está próxima también la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

LA IMPORTANCIA DE LA IMPLANTACIÓN

Muchas veces se supone que atender a la anidación o implantación para establecer a partir de ese momento un determinado grado de protección de la vida humana sería una arbitrariedad, porque ese instante no tendría un significado especial en el devenir de la vida. La consideración del momento de la anidación como una cesura que indica un cambio cualitativo en el desarrollo de la vida humana encuentra ya, sin embargo, un punto de partida en ciertos datos biológicos. Como han señalado entre nosotros

Carlos Alonso Bedate y Diego Gracia, los hallazgos de la investigación epigenética han puesto de manifiesto que “para la constitución de un nuevo organismo hace falta, sin duda, la información genética, que es condición necesaria de su existencia” y que se encuentra ya en el cigoto desde la fusión de los pronúcleos de los gametos; “pero hace falta también la concurrencia de otra información procedente del *medio*”⁶³. Parte esencial e imprescindible, hoy por hoy, de ese “medio” es el organismo de la mujer que transmite al embrión información decisiva para su desarrollo⁶⁴. La bióloga y Premio Nobel alemana Christianne Nüsslein-Volhard ha contestado por ello a la pregunta “¿cuándo es el ser humano una persona?” (*Wann ist der Mensch ein Mensch?*) del siguiente modo: “El óvulo fecundado (aunque no todos, pues más de la mitad de los huevos no son viables) tiene la herencia completa -la suma de todos los genes de un ser humano y por tanto su programa genético. Para que llegue a estar en condiciones de ejecutarse, este programa necesita sin embargo adicionalmente el intercambio intensivo, la simbiosis, con el organismo materno. Éste es imprescindible e irremplazable. Por tanto, sólo con la anidación en el útero está completo el programa para convertirse en una persona y sólo con el nacimiento está ya ejecutado. Sólo con el nacimiento ha surgido del ser humano que estaba haciéndose un organismo autónomo que respira y tiene su propio e independiente intercambio de energía. Ciertamente está el bebé aún necesitado de cuidados, pero ahora se alimenta de fuera y puede por tanto en caso de necesidad sobrevivir sin su madre. Entonces el ser humano es una persona. Y ahí estamos todos de acuerdo”⁶⁵.

Con ser esto importante, lo decisivo para el Derecho no es el dato biológico en bruto, sino su significado en el contexto social de la interacción humana. El momento de la implantación del embrión en el útero materno señala desde esta perspectiva un paso muy significativo. Hasta entonces el desarrollo de la vida humana se mueve en una gran dosis de incertidumbre, que antes era sólo producto del azar y ahora es



también imputable a decisiones responsablemente adoptadas. La decisión de la mujer de acoger al embrión en su seno le presta el medio necesario para que se pueda completar su programa de desarrollo y se den las demás condiciones para que se ejecute; y es además imprescindible para que la vida humana adquiera las notas de individualidad y de unicidad⁶⁶. Pero esa decisión no se puede dar por supuesta, como de un modo u otro se hace cuando se afirma que desde la fusión de la dotación genética de los gametos el programa de desarrollo de un nuevo ser humano está ya “completo” y su ejecución se produce “continuamente desde ese momento, sin saltos en su desarrollo”⁶⁷, o que “un preembrión es una entidad que, con alimento y un *ambiente adecuado*, deviene *por sí mismo* un ser humano adulto”⁶⁸. Bien al contrario, “en el caso de los embriones *in vitro*... la supuesta continuidad del proceso vital depende en realidad de la intervención de terceros, en primer lugar del médico que realiza la implantación; pero especialmente de la mujer, que aún ha de decidirse a ella en ejercicio de un derecho que pertenece a su esfera más íntima, y que en modo alguno puede ser limitado”⁶⁹. Algo que, por cierto, también sucede en la procreación “natural”, en la que la libre disponibilidad de medios como los dispositivos intrauterinos no se puede explicar sólo porque su uso se produzca en un contexto tan íntimo.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Según lo que hasta aquí se ha expuesto, la diferente valoración de la vida humana antes y después de su implantación en el útero materno permite explicar también que la protección de aquella experimente algunas limitaciones más que la de ésta. Así, por lo que se refiere al diagnóstico preimplantatorio, es posible aceptar la legitimidad de autorizarlo en algunas hipótesis en las que habría de considerarse en cambio ilícita una interrupción del embarazo, como sucede en el caso de selección de un embrión para que tras su nacimiento pueda ser donante de

células o tejidos trasplantables a un hermano aquejado de una grave enfermedad. No obstante, me parece correcto que, como prevé el art. 12.2 del Proyecto de LTRHA, se sea cauteloso a la hora de conceder estas autorizaciones y se requiera una rigurosa evaluación de “las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso”, a fin de asegurar que haya serias razones para concederlas⁷⁰. La simple apelación a la libertad reproductiva de los progenitores no es suficiente, pues ello ampararía la elección de cualquier rasgo de la descendencia, como predicen los defensores de un planteamiento libertario en esta materia.

Estoy de acuerdo por tanto con la idea expresada por Coleman, en contra de semejantes puntos de vista, de que las graves decisiones que pueden estar aquí implicadas serían trivializadas si se colocaran en un mismo plano el derecho a recurrir a los medios disponibles en la actual Medicina reproductiva cuando existe un riesgo significativo de transmitir una grave enfermedad hereditaria (o concurren las restantes circunstancias mencionadas en el art. 12 del Proyecto de LTRA) y el supuesto derecho de los progenitores a seleccionar cualquier característica de su descendencia, como el color del pelo o el de los ojos (o, sin razones médicas, el sexo) y más aún cuando se pretende aceptar el reforzamiento o incluso la disminución de las capacidades de los descendientes mediante una selección o manipulación genética: el hecho de que “a los individuos no se les pueda impedir tener hijos... tampoco significa que tengan el derecho a diseñar un hijo con cualesquiera especificaciones que elijan”⁷¹.

NOTAS

1. Robertson J. Procreative Liberty in the Era of Genomics. *Am.J.L. Med* 2003; 29: 439-440.
2. Habermas J. El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal? Barcelona: Paidós, 2002; 60 y *passim*.
3. Aunque se admita que las nuevas técnicas genéticas y reproductivas entrañan un desafío a las concepciones morales recibidas, ello no implica que su



- aplicación suprime las condiciones de posibilidad de toda evaluación moral: vid. por ejemplo en este sentido Dworkin R. *Virtud soberana. La teoría y la práctica de igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003; 488.
4. Cfr. por ejemplo Romeo Casabona CM^a. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994;195 ss.; Id. *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*. Bilbao-Granada: Comares, 2002; 135; y Buchanan A et al. *Genética y justicia*. Madrid: Cambridge University Press, 2002; 9-10.
 5. Claramente se percibe este trasfondo en el “Discurso berlinés” del entonces Presidente Federal alemán Johannes Rau, ¿Irà todo bien? Por un progreso a medida humana, pronunciado el 18 de mayo de 2001 en la Biblioteca Nacional de Berlín y reproducido en *Revista Derecho y Genoma Humano (RDGH)*. 2001; 14:25.
 6. Ejemplar de este punto de vista es el artículo de Enzensberger H-M. *Putschisten im Labor*, originalmente publicado en *Der Spiegel* el 2 de junio de 2001 (hay traducción de Eusebio Val, publicada, bajo el título de “Golpistas en el laboratorio”, en *La Vanguardia* el 10 de junio de 2001: 10-11, por la que se cita), en el que se vierte una crítica implacable contra las “nuevas promesas utópicas” que ahora llegan “de los institutos de investigación y de los laboratorios de ciencias naturales” y contra el “complejo científico-industrial” que las promueve.
 7. Nussbaum M. *Genética y Justicia: Tratar la enfermedad, respetar la diferencia*. *Isegoría* 2002; 27: 5.
 8. The President’s Council on Bioethics. *Reproduction & Responsibility. The Regulation of New Technologies*. Washington, D. C. 2004:XXXIX (disponible en www.bioethics.org).
 9. Vid. en este sentido Peñaranda Ramos E. *Fases en el desarrollo de la vida y grados en su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantatorio*. En: Bajo Fernández M, Jorge Barreiro Ag, Suárez González C, eds. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2005; 1677 con referencias en n. 21 al Estudio Europeo de Biotecnología publicado por la Fundación BBVA, una de cuyas conclusiones es precisamente que “Europa es claramente pluralista en su visión del comienzo de la vida humana y de la condición moral del embrión” y que “ese pluralismo se observa dentro de cada país y entre las distintas sociedades europeas consideradas”.
 10. Vid. a este respecto nuevamente The President’s Council on Bioethics. *Reproduction & Responsibility* (n. 8):8-12.
 11. Sobre los diferentes contextos históricos e ideológicos en que se enmarcan las opciones legislativas de estos tres países cfr. Belew K. *Stem Cell Division: Abortion Law and Its Influence on the Adoption of Radically Different Embryonic Stem Cell Legislation in the United States, the United Kingdom, and Germany*. *Texas International Law Journal* 2003-2004; 39: 479, 486, 496.y 507. Vid. también con una perspectiva geográfica más amplia, pues recoge también referencias a otros Estados europeos (Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia y Noruega), aunque sólo respecto del diagnóstico preimplantatorio, el Informe de la Comisión de Educación, Investigación y Valoración de las Consecuencias de la Técnica del Bundestag alemán: *Präimplantationsdiagnostik –Praxis und rechtliche Regulierung in sieben ausgewählten Ländern*, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode , Drucksache 15/3500 (30.06.2004).
 12. Vid. en el sentido del texto recientemente Cuerda Riezu A. *¿Es punible o sancionable la clonación terapéutica en España?* En *Homenaje a Rodríguez Mourullo* (n. 9). 2005:1257-1262; y Tomás-Valiente Lanuza A. *Avances biomédicos, legislación sanitaria y Derecho penal*. En *Bioética, Religión y Derecho*. Madrid: Fundación Universitaria Española, 2005; 106-107, ambos con otras referencias.
 13. Cfr. en relación con este supuesto (y también con el anterior) Lorenzo Copello P. *Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo*. *Revista Penal* 2004; 13: 125.
 14. De otra opinión Silva Sánchez JM^a. *Sobre el llamado “diagnóstico de preimplantación”*. Una aproximación a la valoración jurídica de la generación de embriones *in vitro* con la decisión condicionada de no implantarlos en el útero. En Pérez del Valle C, ed. *Genética y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial*. 2004; VI: 154-155.
 15. Según el apartado 1º de la nueva Disposición final primera de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en la redacción que le ha dado la mencionada Ley 45/2003, éste es uno de los cuatro destinos de los “preembriones humanos supernumerarios” que hubiesen sido criopreservados antes de su entrada en vigor, por los que pueden optar libremente los progenitores o la mujer.
 16. Art. 12.1, apartados a) y b) del Proyecto de LTRHA (aquí y en adelante se cita el Proyecto en la redacción remitida por el Congreso de los Diputados al Senado, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 27 de febrero de 2006). La Ley vigente admite expresamente estas dos indicaciones del diagnóstico preimplantatorio, aunque



- en términos algo diferentes de como lo hace el Proyecto: vid. los arts. 1.3 y 12.1 LTRA de 1988.
17. Art. 12.2 del Proyecto de LTRHA. La LTRA aún vigente no prevé expresamente este tercer supuesto, que se refiere al procedimiento técnicamente conocido como HLA matching o typing (determinación del antígeno del linfocito humano -Human Lymphocyte Antigen, en lengua inglesa-), con el que se trata de conocer la compatibilidad del embrión respecto de un pariente, en general un hermano, ya nacido, que padezca graves enfermedades, como la anemia de Fanconi o la beta talasemia mayor, que sólo pueden ser tratadas eficazmente mediante un trasplante de médula ósea o con la transfusión de sangre del cordón umbilical de un donante compatible.
 18. House of Lords [2005] UKHL 28. Sobre esta sentencia, dictada por unanimidad, vid. Scott R. Choosing between Possible Lives: Legal and Ethical Issues in Preimplantation Genetic Diagnosis. *Oxford Journal of Legal Studies (OJLS)* 2006; 26-1: 154, n. 2.
 19. Esta regla admite excepciones, según el art. 4.3 LTRA (en la redacción que le ha dado la Ley 45/2003), cuando la existencia de una "patología de base de los progenitores" obligue a generar un mayor número de preembriones y a crioconservar los excedentes para su eventual transferencia en intentos sucesivos con el fin de procurar unos grados mínimos de eficacia de las técnicas en estas situaciones. El Real Decreto 1720/2004, de 23 de julio, por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida ha hecho un uso muy amplio de tal posibilidad. Una valoración muy negativa de esta regulación puede verse en Bellver Capella V. *Monografías Humanitas* 2004; 4: 207-212.
 20. El art. 26 b), 8ª del Proyecto tipifica como infracción grave "la generación de un número superior de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario conforme a los criterios clínicos" mencionados.
 21. Art. 15 del Proyecto.
 22. Al parecer se parte a este respecto de la suposición de que con ello no se incumplirían las obligaciones internacionalmente asumidas por España al suscribir y ratificar sin reserva alguna el Convenio de Oviedo, relativo a los derechos humanos y la biotecnología (en cuyo art. 18.2 "se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación"). Cfr. también en este sentido Cuerda Riezu A. (n. 12): 1264-1265. Acerca de "las ambigüedades del Derecho internacional" en este punto vid. también Romeo Casabona CMª. El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías. En Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El derecho a la vida. Madrid: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; 42; y Romeo Casabona CMª, Urruela Mora A. Presupuestos y propuestas para una futura armonización legal en Europa sobre la investigación con células embrionarias humanas. *Monografías Humanitas* 2004; 4: 222-228.
 23. Una excelente exposición del ambiente jurídico-político en que se ha generado la legislación sobre protección de embriones y células troncales en ese país, especialmente desde la perspectiva del Derecho constitucional, se encuentra en Gutiérrez Gutiérrez I. El debate alemán sobre la investigación con células-madre de origen embrionario. *Teoría y Realidad Constitucional (TRC)* 2002-2003; 10-11: 533.
 24. Esta última Ley autoriza, sin embargo, bajo ciertas condiciones adicionales, la importación y el uso posterior de células troncales obtenidas en el extranjero antes del día 1 de enero de 2002. Sobre ello vid. Dederer HG. Verfassungskonkretisierung im Verfassungsneuland: das Stammzellgesetz. *Juristenzeitung (JZ)* 2003: 986.
 25. Sobre esta cuestión vid. ampliamente Peñaranda Ramos E. (n. 9):1690-1682.
 26. Cfr. Nationaler Ethikrat. Zweite Stellungnahme zur Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik. Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft. 2003: 40-55.
 27. Ibidem:56-76.
 28. Vid. al respecto críticamente Canestrari S. Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Il Commento. *Diritto penale e processo* 2004; 4: 417; y D'Avack L. La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico. *Il diritto di famiglia e delle persone* 2004; XXXIII, 3-4: 805-806.
 29. Vid. los arts. 1, apartados 1º y 2º, y 4 de la Ley italiana nº 40 de 2004. Una interpretación semejante, en este caso abiertamente contra legem, propone para el Derecho español Pérez del Valle C. Finalidad terapéutica e investigación genética (A propósito de la consideración jurídica del embrión). En *Genética y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial* 2004; VI: 177 y passim.
 30. Llama poderosamente la atención la confusión que ello implica de las funciones, sustancialmente diversas, que corresponden a las técnicas de reproducción asistida, a la adopción y el acogimiento.



- miento: sobre ello vid. D'Avack L. *Il diritto di famiglia e delle persone* 2004; XXXIII, 3-4: 800-801.
31. Así lo entienden igualmente, entre otros, D'Avack L. *Il diritto di famiglia e delle persone* 2004; XXXIII, 3-4: 802; y Dolcini E. Embrione, pre-embrión, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004, n. 40). *Rivista italiana di diritto e procedura penale (Riv. it. dir. proc. penale)*. 2004; 451: de este modo "el legislador hace una vez más bien visible que su preocupación primaria es la tutela del embrión y sólo de un modo subordinado la cura de la esterilidad".
 32. Vid. por ejemplo en este sentido Canestrari S. Procreazione assistita: limiti e sanzioni. *Il Commento. Diritto penale e processo* 2004; 4: 421; y Dolcini E. *Riv it dir proc penale* 2004: 454-455.
 33. Destaca estos aspectos especialmente Pocar V. *Sociologia del diritto*. 2004-1: 5-6.
 34. Así Dolcini E. *Riv it dir proc penale* 2004: 456.
 35. Pocar V. *Sociologia del diritto*. 2004-1: 11-12.
 36. Gabaldón López J. Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida. *Persona y Derecho* 2001; 44: 134.
 37. Gabaldón López J. Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida. *Persona y Derecho* 2001; 44: 155-156.
 38. Cfr. Böckenförde E-W. Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte. *JZ*. 2003: 810-813. Un dato al que este autor concede una importancia fundamental es el de que la Ley Fundamental alemana en su art. 1 I refiere la dignidad que declara inviolable al "ser humano" (Mensch) y no a la persona. La diferencia con respecto a la Constitución española, que en su art. 10.1 considera "la dignidad de la persona" como uno de los "fundamentos del orden político y de la paz social", es bien patente.
 39. Así Gethmann CF. Ethische Anmerkungen zur Diskussion um den moralische Status des menschlichen Embryos. *Deutsche Richterzeitung (DriZ)* 2002; 80: 204-207 [una versión abreviada de este artículo en lengua inglesa, con el título "The Moral Status of the Embryo and the Protection of its Life", puede verse en *Newsletter Akademie-Brief* 2002; 34: 1-2 (publicación de la Europäische Akademie zur Erforschung von Folgen wissenschaftlich-technischer Entwicklungen)].
 40. Rodríguez Mourullo G. Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte. En Cobo del Rosal M, Bajo Fernández M, eds. *Comentarios a la Legislación Penal, tomo I, Derecho Penal y Constitución*. Madrid: EDERSA, 1982; 70.
 41. Vid. en este sentido Scott R. *OJLS* 2006; 26-1: 160, donde esta autora también acoge expresamente un "enfoque gradualista" para el Derecho británico.
 42. BverfGE 39, p. 45.
 43. Keller R. Beginn und Stufungen des strafrechtliche Lebensschutzes. En Günther H-L, Keller R, eds. *Fortpflanzungsmedizin und Humangentik - Strafrechtliche Schranken?*, Tübinger Beiträge zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen, 2ª ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1991; 123.
 44. Eser A. En Schönke A, Schröder H. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 25ª ed. Munich: Beck, 1997; núm. marg. 9 antes de los §§ 218 ss. Eser finalmente ha venido a reconocer que la vida humana prenatal tiene un valor creciente a medida que se aproxima al nacimiento: Eser A. En Schönke A, Schröder H. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 26ª ed. Munich: Beck, 2001; núm. marg. 9 antes de los §§ 218 ss.
 45. Así acertadamente Geilen G. Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens, *Zeitschrift für die gesamte Strfrechtswissenschaft (ZStW)* 1991; 103: 489.
 46. Cfr. Guidelines for Human Embryonic Stem Cell Research. Washington D.C.: The National Academies Press, 2005: 40 (también disponible en la dirección: <http://www.nap.edu/openbook/0309096537/html/R1/html>).
 47. Gethmann CF., *DriZ* 2002; 80: 208.
 48. D'Avack L. *Il diritto di famiglia e delle persone* 2004; XXXIII, 3-4: 806-807, con n. 16.
 49. Cfr. Lübke W. Das Problem der Behindertenselektion bei der pränatalen Diagnostik und der Präimplantationsdiagnostik. *Ethik in der Medizin* 2003; 3: 217.
 50. Birnbacher D. Prinzip der Pietät -Begründung der (begrenzten) Schutzwürdigkeit früher Embryonen. *Ethik in der Medizin* 2004; 2: 156.
 51. D'Avack L. *Il diritto di famiglia e delle persone* 2004; XXXIII, 3-4: 808-809.
 52. Acerca de las paradojas que surgen para establecer un tratamiento adecuado de la clonación reproductiva que pueda ser aceptado por quienes sostienen la condición de persona del embrión vid. la toma de posición personal de Foster D, Gazzaniga M, Rowley J, Sandel M, Wilson J. En The President's Council on Bioethics, *Reproduction & Responsibility* (n. 1): 233-234.
 53. En esta línea Taupitz J. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2001; 3437-3438.
 54. Cfr. en este sentido Dederer H-G. Menschenwürde des Embryo in vitro? Der Kristallisationspunkt der Bioethik-Debatte am Beispiel des therapeutischen Klonens. *Archiv für öffentliches Recht (AöR)*



PROF. DR. ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS - LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

- 2002; 127: 17; e Id. Verfassungskonkretisierung im Verfassungsneuland: das Stammzellgesetz. *JZ* 2003 ; 998-999.
55. Así ante todo Dreier H. Stufungen vorgeburtlichen Lebensschutzes. *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2002 ; 377-381.
56. Así expresamente por ejemplo Lübbe W. *Ethik in der Medizin* 2003; 3: 211.
57. Cfr. Peñaranda Ramos E. La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo. *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)* 2003; 11: 207-208.
58. Sacksofsky U. Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz. *Kritische Justiz (KJ)* 2001; 282.
59. Lübbe W. *Ethik in der Medizin* 2003; 3: 218.
60. Sobre la diferencia entre las conductas “selectivas” en los ámbitos público y privado, cfr. Lübbe W. *Ethik in der Medizin* 2003; 3: 214-215.
61. Birnbacher D. *Ethik in der Medizin* 2004; 2: 156.
62. Habermas J. (n. 2):55-56.
63. Gracia D. El estatuto de las células embrionarias. En Mayor Zaragoza F, Alonso Bedate C, eds. *Gen-Ética*. Barcelona: Ariel, 2003; 69.
64. Alonso Bedate C. El estatuto ético del embrión humano: una reflexión ante propuestas alternativas. En *Gen-Ética* (n. anterior); 46.
65. Nüsslein-Volhard Ch. Wann ist der Mensch ein Mensch (disponible en http://www.eb.tuebingen.mpg.de/papers/pop_wiss_pub/mensch.htm).
66. Cfr.así también especialmente Romeo Casabona CM^a. Los genes y sus leyes (n. 4); 184; e Id. El estatuto jurídico del embrión humano. *Monografías Humanitas* 2004; 4: 115-116 y 120-122.
67. Así Gabaldón López J. *Persona y Derecho* 2001; 44: 156.
68. Bellver Capella V. *RDGH* 1999; 11: 133 (sin cursivas en el original).
69. Así, resumiendo la conclusión a que llega un sector de la moderna doctrina alemana (en particular la posición de Dederer), Gutiérrez Gutiérrez I. *TRC* 2002-2003; 10-11: 542.
70. Vid. en este sentido Scott R. *OJLS* 2006; 26-1: 163-166 y passim.
71. Coleman CH. Is There a Constitutional Right to Preconception Sex Selection? *Am J Bioethics* 2001; 1-1: 27.