

EL DIAGNÓSTICO PREIMPLANTATORIO EN LA LEY 35/1988, DE 22 NOVIEMBRE, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

M^a Cruz Díaz de Terán Velasco
Doctora en Derecho
Universidad de Navarra

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los avances y descubrimientos que se han producido en el campo de la Biotecnología, han permitido el desarrollo de técnicas encaminadas a la procreación artificial. Éstas se presentan, originariamente, como respuesta ante el deseo de tener hijos en las parejas estériles. Sin embargo, lo que en un primer momento se configuró como un procedimiento para tener hijos, ha derivado en una práctica selectiva. En muchos casos, ya no se busca sólo dar un hijo a una pareja sino que, además, éste posea una constitución genética determinada.

Esto ha sido posible a través de la aplicación de los extraordinarios avances que han tenido lugar en el campo de la Genética a las técnicas de reproducción asistida. En este sentido, los objetivos logrados por el Proyecto Genoma Humano (PGH) han permitido descifrar parte de la base informativa que se constituye como la guía de todos los procesos y estructuras de la vida. Esta información recoge los caracteres estructurales propios e individuales de cada ser humano. A su vez, tal información aparece determinada desde el momento de la fecundación. Por ello, los conocimientos del genoma humano, acompañados de las últimas tecnologías reproductivas, permiten someter a los embriones a un análisis genético -previo a su implantación en el útero- con el fin de introducir en la mujer únicamente aquellos que se adapten a los criterios establecidos -con la consecuente eliminación de los “defectuosos” o “enfermos”-. Esta selección de embriones se lleva a cabo, fundamentalmente, a través del llamado “diagnóstico preimplantatorio” (DPI).

El presente estudio va a centrarse en el tratamiento que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas

de reproducción asistida (LTRA) dispensa al DPI. Concretamente, el capítulo cuarto apartado segundo -dedicado al diagnóstico y tratamiento de enfermedades-, 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 y que merecen ser atendidas. De este modo, el presente estudio comenzará analizando quién es el sujeto que se somete al diagnóstico. 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. Posteriormente se reflexionará 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

¹ *La adopción de tales criterios es deudora, a su vez, de una serie de informes elaborados por Comisiones que se fueron formando en distintos países a medida que iban surgiendo nuevos problemas ligados al desarrollo de las novedosas técnicas de reproducción artificial. Esos Informes analizaban las posibilidades que las nuevas tecnologías presentaban y trataban de dar respuestas a los diversos dilemas que se planteasen en el ámbito jurídico. El primero de ellos fue el informe británico conocido como Informe Warnock. Este documento posee una gran importancia por la repercusión que tuvo en todos los documentos del género que se han producido posteriormente. El mismo Informe español -conocido como Informe Palacios-, es deudor en varios aspectos del documento británico.*

justifica amparándose en que los desechados no alcanzan un mínimo de salud exigible. Por último, se tratará el análisis de las expresiones *finalidad diagnóstica* y *finalidad terapéutica* sobre el embrión preimplantatorio a las que alude la LTRA como base para justificar legalmente el recurso al DPI.

II. EL PACIENTE DEL DIAGNÓSTICO PREIMPLANTATORIO

Como ya se ha puesto de manifiesto en la introducción, 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 obtenemos 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”². 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”³.

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”⁴. Esto se traduce en

² Exposición de Motivos de la LTRA. No obstante, con posterioridad, el texto de la Ley acude, de forma exclusiva, al criterio de los catorce días de desarrollo -sin contar el tiempo que hubiese podido estar congelado-, dejando a un lado el de la implantación en el útero ya que éste adquiere un carácter no necesario, en cuanto que ya es posible mantener embriones *in vitro*.

³ Exposición de Motivos de la LTRA.

⁴ Exposición de Motivos de la LTRA. Ya el Informe Palacios apuntaba en la misma dirección, cuando afirmaba que al moverse el preembrión en la “incertidumbre”, “no hay ser humano individualizado, lo que

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 plazo⁵. 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 biológico⁶, detectable en cualquier ser vivo desde su origen. Tal dinamismo se inicia con la fecundación.

La fecundación, más que un momento concreto, consiste en una serie de procesos⁷. Contemplados en el

*permitirá considerar este período de la vida embrionaria a efectos de manipulaciones reguladas y condicionadas. Dicho de otro modo, en esta fase, el preembrión no se presentaría como objeto de protección “en cuanto ser humano”, al no poder garantizarse que ya sea “individualizado” (...). El embrión, al menos durante este período que referimos, no es persona ni se le tiene como tal” (AAVV., Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, págs. 68-69).*

⁵ FEMENÍA LÓPEZ, P. J., Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido *in vitro*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 62.

⁶ LÓPEZ GUZMÁN, J., “El estatuto biológico del embrión”, en AAVV., La Humanidad *in vitro*, Comares, Granada, 2002, pág. 179.

⁷ BOMPIANI, A., Genetica e medicina prenatale. Aspetti clinici, bioetici e giuridici, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, pág. 13. Se considera que no es éste el lugar para un meticuloso análisis de la fisiología de la reproducción humana. No obstante, sintetizando algu-

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 óvulo⁸. 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”⁹. A partir de ese instante comienza el desarrollo continuo de un organismo que únicamente encuentra su fin con la muerte¹⁰.

nos puntos esenciales del proceso, éste consiste, en primer lugar, en la preparación del aparato reproductivo femenino y de los gametos femeninos y masculinos. A continuación, se produce el proceso de fecundación, que consiste en toda una serie de modificaciones y desplazamientos de los espermatozoos hasta la unión de los dos gametos. Posteriormente, se produce la concepción, esto es, la fusión de los dos pronúcleos con la formación de una célula fecundada dotada de un patrimonio genético absolutamente nuevo respecto a aquellos dos gametos que lo han originado. Más tarde, el cigoto se implanta en el útero, donde reposa hasta el momento del nacimiento (vid. LOMBARDI RICCI, M., *Fabricare bambini? La questione dell’embrione tra nuova medicina e genetica, Vita e Pensiero, Milano, 1996, pág. 78*).

Para el estudio científico de los procesos de la embriogénesis, vid., entre otros, LANGMAN, J., *Embriología médica, Ed. Médica Panamericana, Buenos Aires, 1996*; CARLSON, B. M., *Embriología humana y biología del desarrollo, Hartcourt, Madrid, 2000*; LOMBARDI RICCI, M., *Fabricare bambini? La questione dell’embrione tra nuova medicina e genetica, Vita e Pensiero, Milano, 1996, págs. 71-79*.

⁸ CARLSON, B. M., *Embriología humana y biología del desarrollo, Hartcourt, Madrid, 2000, pág. 30*.

En este sentido, J. LEJEUNE pone de manifiesto como “curiosamente, cada lote de cromosomas hace algo; pero cada uno por separado no puede construir una imagen completa, es decir, la forma completa (del individuo). Si se forma un cigoto con dos pronúcleos masculinos (lo que se llama un androgenote), éste produce pequeñas vesículas (quistes dermoides) que se parecen a las membranas y a la placenta que normalmente el niño construye alrededor de él para hacerse una cápsula espaciotemporal de modo que pueda tomar los líquidos vitales de los vasos maternos. Esto es lo que sabe hacer un cigoto que contenga sólo cromosomas masculinos. Si un cigoto contiene sólo cromosomas de origen femenino, fabrica “piezas sueltas”, construye trozos de piel, partes de dientes, pueden hacer una uña pequeña, pero todo en completo desorden, sin articular de ninguna manera, piezas sueltas, solamente, no un individuo. Es lo que se llama mola hidatiforme” (LEJEUNE, J., *¿Qué es el embrión humano?, Rialp, Madrid, 1993, págs. 53-54*).

⁹ LEJEUNE, J., *¿Qué es el embrión humano?, Rialp, Madrid, 1993, pág. 36*.

¹⁰ Así, afirma A. SERRA que “es indiscutible que de la integración de dos conjuntos de información genética, diversos entre sí pero complementarios el uno del otro, y dotados de funciones específicas durante el

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 congelación¹¹. 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 Embriología¹². Desde el momento en que los gametos

*desarrollo embrionario, surgen –para usar términos descriptivos más comprensibles para nosotros– un nuevo proyecto y un nuevo programa, los cuales permanecen respectivamente delineados e inscritos de manera estable en el genoma del cigoto. Precisamente esta nueva constitución genética es la que individua clara y definitivamente al cigoto, es decir, lo constituye un sujeto con su propia existencia independiente y con sus propias características que lo distinguen de todo otro. Desde el punto de vista biológico, este nuevo concebido es un ser viviente que inicia su propia existencia diversa y distinta de la de sus progenitores (...). La vida para el científico no es un concepto abstracto, sino una realidad que se concreta en un ser y que tiene las características vitales de esta o aquella especie” (SERRA, A., “El embrión humano, ciencia y medicina. En torno a un reciente documento”, en AAVV., *La vida humana: origen y desarrollo, UPCM, Madrid, 1989, págs. 42-43*). Un estudio del estatuto biológico del embrión humano puede encontrarse en LÓPEZ GUZMÁN, J., “El estatuto biológico del embrión”, en AAVV., *La Humanidad in vitro, Comares, Granada, 2002, págs. 174-192*.*

¹¹ Un estudio completo sobre el origen del término *preembrión* puede consultarse en FERRER COLOMER, M. Y PASTOR GARCÍA, L. M., “Antecedentes e historia del término “pre-embrión”: análisis desde el debate bioético norteamericano de los hechos biológicos en los que se basan sus partidarios”, en PASTOR GARCÍA, L. M. Y FERRER COLOMER, M. (eds.), *La bioética en el milenio biotecnológico, Sociedad Murciana de Bioética, Murcia, 2001, págs. 105-138*.

¹² FERRER COLOMER, M. Y PASTOR GARCÍA, L. M., “Antecedentes e historia del término “pre-embrión”: análisis desde el debate bioético norteamericano de los hechos biológicos en los que se basan sus partidarios”, op. cit., págs. 105-138. También estos mismos autores han comprobado, a través de un estudio bibliométrico, el escaso éxito que el término *preembrión* ha tenido en la literatura científica, quedando su uso cada vez más relegado a las revistas de reproducción asistida. Para el estudio bibliográfico revisaron el Medline de la Universidad de Murcia –que abarca una distribución por años desde 1991 a 1997–, completándolo con el Medline que ofrece la “National Library of Medicine” Americana –último año (1997), últimos 2, 5 y 10 años y todo completo–. En síntesis, concluyen afirmando que: “fijándonos en los porcentajes, es mayor la utilización del término “embryo” sobre el “pre-embryo” de una forma aplastante. Se podría argüir que el término “embryo” es más amplio y podría recoger artículos más allá de los 14 días de desarrollo, lo que hace que la comparación no sea exacta. Hay que reconocer que esto es cierto pero, al mismo tiempo, indicar que la fecundación *in vitro* ha impulsado enormemente los estudios de embriología centrándose la mayoría de ellos en el embrión preimplantatorio. Es muy sintomático que sólo haya 32 veces en que es usado el término “pre-embrión” frente a 7.324 en 1997 teniendo en cuenta que en las revistas de biología de la reproducción sólo hay una cita del término “pre-embrión” (...). Si nos circunscribimos –parcialmente– al uso de este término en trabajos relacionados con el hombre, las diferencias son menores pero aún significativas: es 25 veces más usado

se funden se genera un embrión unicelular -el llamado cigoto-, que se desarrolla rápidamente según las instrucciones fundamentadas en su genoma¹³. 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 fisuras¹⁴. La presunción científica es, por tanto, que el embrión, desde los primeros estadios, es un individuo de la especie humana, una persona¹⁵.

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 importancia¹⁶. 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”¹⁷.

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”¹⁸. 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 descubrimientos¹⁹ acerca de la totipotencialidad y la diferenciación celular.

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 embrionario²⁰. 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”²¹. 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

“human embryo/s” que “human pre-embryo” (FERRER COLOMER, M. Y PASTOR GARCÍA, L. M., Génesis y uso del término “pre-embrión” en la literatura científica, PB, 2 (1998), págs. 1-27).

¹³ LÓPEZ BARAHONA, M., “El estatuto biológico del embrión humano”, en TOMÁS GARRIDO, G. M. (coord.), Manual de Bioética, Ariel, Barcelona, 2001, págs. 210-211. Con referencia a este punto, afirma G. HERRANZ que: “Todos hemos sido embriones unicelulares y, por haberlo sido, nos hemos hecho capaces de ser lo que ahora somos (...) Cada ser humano es engendrado bajo la apariencia de una célula. El día que eso ocurre alcanza la más elevada concentración de humanidad por unidad de volumen (...)” (HERRANZ, G., “Ética de las intervenciones sobre el embrión preimplantado”, en Anuario Filosófico, 27 (1994), pág. 134).

¹⁴ En este sentido, añade J. LÓPEZ GUZMÁN, refiriéndose al inicio de la vida humana, que: “Este fenómeno que se dispara repentinamente en el momento de la fecundación no se interrumpe hasta el momento de la muerte (...) El único salto cualitativo es el momento de la fecundación, en donde dos células en la etapa terminal de su proceso de diferenciación (al borde de la muerte) surge una realidad nueva, distinta” (LÓPEZ GUZMÁN, J., Métodos ¿anticonceptivos? postcoitales, Centro Farmacéutico Nacional, Madrid, 2001, pág. 49).

¹⁵ En el mismo sentido se pronuncia la Encíclica Donum Vitae, recordando la Declaración sobre el aborto procurado: “Desde el momento que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por su propia cuenta. Nunca llegaría a ser humano si no lo fuera ya ahora” (RATZINGER, J., El don de la Vida, Palabra, Madrid, 1992, pág. 42).

¹⁶ PARDO, A., “Citología de los 15 primeros días del desarrollo embrionario”, en Cuadernos de Bioética, 3 (1990), pág. 25.

¹⁷ LÓPEZ MORATALLA, N., “Biología del desarrollo”, en Investigación y Ciencia, 4 (1997), págs. 34-35; LÓPEZ MORATALLA, N., “La construcción de un ser vivo”, en Investigación y Ciencia, Tema 3 (1997), págs. 2-15.

¹⁸ PARDO, A., “Citología de los 15 primeros días del desarrollo embrionario”, op. cit., pág. 26.

¹⁹ LÓPEZ GUZMÁN, J., Métodos ¿anticonceptivos? postcoitales, op. cit., págs. 54 y ss; BOZZATO, G., “Quando inizia ad esistire l'individuo umano”, en Medicina e Morale, 1 (1999), págs. 82-89.

²⁰ PARDO, A., “Citología de los 15 primeros días del desarrollo embrionario”, op. cit., pág. 26.

²¹ LÓPEZ BARAHONA, M., “El estatuto biológico del embrión humano”, en TOMÁS GARRIDO, G. M. (coord.), Manual de Bioética, Ariel, Barcelona, 2001, pág. 211.

gemelos empezó siendo cigoto y, el otro, siendo embrión de dos o cuatro células²².

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 CE (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 TC 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 mo-

mento aunque, precisamente por no ser *lo mismo*, su estatus jurídico va variando a lo largo de su vida”²³.

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 (...)”²⁴.

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 53/1985²⁵. 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 LTRA²⁶, tratan, por diversos medios, de eliminarla o limitarla.

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

²² LÓPEZ MORATALLA, N., “Biología del desarrollo”, en *Investigación y Ciencia*, 4 (1997), pág. 4. Pueden encontrarse más datos en PASTOR, L. M., “El cigoto ese desconocido”. *Jornada de trabajo: El comienzo de la vida humana: aspectos biológicos, antropológicos, bioéticos e históricos.* Facultad de Medicina de la Universidad Autónoma de Madrid, 18 de mayo de 1996.

²³ BELLVER, V., “El estatuto jurídico del embrión”, en AAVV., *La Humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002, págs. 253-254.

²⁴ En el Fundamento Jurídico 4º de la STC 53/1988, de 11 de abril se alude a la obligación negativa del Estado “de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales” y a la “obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos”.

²⁵ STC 53/1985, de 11 de abril. Fundamento Jurídico 5º: “(...) basta precisar : a) que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación (...); b) que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”.

²⁶ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho español”, en VIDAL MARTÍNEZ, J. (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, op. cit., pág. 99.

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 normalmente²⁷.

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*²⁸ ni siquiera está aceptada universalmente en Medicina.

²⁷ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho español”, en VIDAL MARTÍNEZ, J. (coord.), Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Comares, Granada, 1998, pág. 86. Así se reconoce en el Considerando 5 de la Recomendación 1046 del Consejo de Europa (año 1986) y en el Considerando 7 de la Recomendación 1100 (año 1989) a las que se refiere el Preámbulo de la LTRA.

²⁸ “El origen del término pre-embrión es más bien jurídico y ha sido reconocido en la legislación española y en la británica sobre reproducción asistida. Sin embargo, el uso del término pre-embrión es aún controvertido, ya que hay muchos que no aceptan la distinción entre embrión y pre-embrión para distinguir las etapas anteriores y posteriores al día 14 de desarrollo” (COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE BIOÉTICA Y CLONACIÓN DE LA FUNDACIÓN DE CIENCIAS DE SALUD, Informe sobre

En este sentido, es interesante señalar que, la adopción en un texto legal del plazo de catorce días para diferenciar el desarrollo embrionario tuvo su origen a raíz de un editorial de la revista NATURE²⁹. En él se alentaba a que el Comité Warnock diera algunas sugerencias favorables con relación al uso de los embriones humanos vivos *in vitro* para que pudieran ser utilizados en estudios embriológicos. El Comité debería fijar un tiempo límite en el crecimiento del embrión humano “en cultivo” -que podría corresponder al tiempo normal de la implantación-recomendando que hasta este límite fuera permitida la investigación cuando los estudios con animales no suministraran suficiente información. Finalmente, el Comité Warnock recomendó el límite de 14 días en la investigación embrionaria. No obstante, declaró abiertamente que este límite de tiempo era un compromiso totalmente arbitrario adoptado “con objeto de mitigar la ansiedad pública” y conceder a los científicos todo el tiempo posible para la investigación embrionaria³⁰.

El enfrentamiento en el seno del Comité entre los que consideraban al embrión humano como un ser al que hay que respetar plenamente en su humanidad y los que tenían una idea evolutiva de la adquisición progresiva de derechos y de respeto, a partir de un punto de partida prehumano, llevó al Comité al borde de la ruptura. Para apaciguar la situación, M. WARNOCK aconsejó fijar en 14 días después de la fecundación el plazo en el que podría autorizarse la investigación que comprende la destrucción de embriones. Algunos de los miembros del Comité -7 de los 16-, quisieron que sus puntos de desacuerdo se adjuntaran como apéndice al final del Informe. Estos puntos fueron publicados varios años después³¹.

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 previa-

clonación. En las fronteras de la vida, Ed. Doce Calles, Madrid, 1999, pág. 48).

²⁹ Editorial, “Britain’s test tube babies”, en Nature, 298 (1982), pág. 570.

³⁰ FERRER COLOMER, M. Y PASTOR GARCÍA, L. M., “Antecedentes e historia del término “pre-embrión”: análisis desde el debate bioético norteamericano de los hechos biológicos en los que se basan sus partidarios”, en PASTOR GARCÍA, L. M. Y FERRER COLOMER, M. (eds.), La bioética en el milenio biotecnológico, op. cit., págs. 105 y ss.

³¹ Editorial, “The embryo bill”, en Ethics and Medicine, 5 (1989), págs. 33-35.

mente se sustenta sobre el respeto no incondicionado al embrión³². 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”³³. 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*³⁴. Ciertamente, la justificación última de tal razonamiento es la consideración de que la vida del enfermo no merece ser respetada³⁵, 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 prioritaria³⁶.

³⁴ SARMIENTO, A., RUIZ-PÉREZ, G. Y MARTÍN, J. C., *Ética y Genética. Estudio ético de la ingeniería genética*, Eunsa, Pamplona, 1993, págs. 79-80. *Una crítica a la identificación entre calidad de vida y vida digna puede encontrarse en APARISI MIRALLES, A. Y LÓPEZ GUZMÁN, J., “Aproximación a la noción de dignidad humana”, en AAVV., Libro homenaje a Georges Kalinowski, (en prensa).*

³⁵ *Actitud que contrasta con la finalidad originaria de la Medicina, según sostiene G. HERRANZ, quien afirma que “una de las ideas más fecundas y positivas, tanto para el progreso de la sociedad como para la educación de cada ser humano, consiste en comprender que los débiles son importantes. De esa idea nació la Medicina (...) Ser débil era, en la tradición médica cristiana, título suficiente para hacerse acreedor al respeto y a la protección” (HERRANZ, G., “El respeto médico a la vida terminal”, en Servei de Documentació Montalegre, año VIII, 3ª época, semana del 22 al 28 de julio de 1991, pág. 8). En esta misma línea añade A. POLAINO que “Si la práctica de la Medicina no fuese conforme a la dignidad humana, tal actividad no podría calificarse como médica. Y esto puede suceder cuando se reduce la asistencia a sólo un problema técnico, despojándosela de su verdadero contenido y traicionando a los enfermos, a cuyo servicio debe ponerse. Las secuelas de estos efectos negativos (tanto individuales como sociales) son muy amplias, variando según los casos, las acciones y las circunstancias de la degradación a la pérdida del respeto que toda persona se debe a sí misma” (POLAINO, A., “Los fundamentos de la bioética”, en POLAINO, A. (ed.), Manual de Bioética General, Rialp, Madrid, 1993, pág. 121). Se trata de la distinción entre praxis y poiesis. La selección de embriones siempre se calificaría de poiesis: se consigue algo “aparentemente” bueno (menos enfermos), pero sólo aparentemente, ya que se logra mediante su eliminación.*

³⁶ *En este sentido, resulta revelador el hecho de que en Francia haya tenido que crearse el “Collectif contre l'handiphobie” (Colectivo contra la fobia al minusválido), tras dos sentencias judiciales contra los derechos de los discapacitados (las Sentencias a las que se alude son la referente al caso Perruche, de noviembre de 2000 (un Tribunal sentenció el derecho a “no nacer” de un minusválido) y el caso Lionel, de noviembre de 2001, análoga). Si bien, ha sido tal la discusión que ha provocado la sentencia del caso Perruche, que, finalmente, la Asamblea Nacional francesa y el Senado han tenido que intervenir, elaborando un texto con el que se ha pretendido poner fin a este tipo de jurisprudencia. En el texto, aprobado el 12 de febrero de 2002, se afirma que “nadie puede alegar un perjuicio por el mero hecho de su nacimiento”.*

Por consiguiente, el texto viene a establecer la prohibición de alegar un “derecho a no nacer” para obtener una indemnización -de los padres o del médico-, por sufrir “una vida dañada”. Mantiene la responsabilidad del personal médico en caso de que un error haya generado la minusvalía: “La persona que ha nacido con una minusvalía debido a un error médico puede obtener la reparación de su perjuicio cuando el error cometido haya provocado directamente la minusvalía o no haya permitido adoptar las medidas susceptibles para atenuarla”. No obstante, sucede que, entre los errores del personal médico, se incluye el error de diagnóstico, por el cual a los padres se les ha privado de la oportunidad de abortar. Sobre esta cuestión -y la denuncia que ha supuesto por parte de grupos de minusválidos-, el Ministro de Sanidad francés, BERNARD KOUCHNER, ha resaltado lo siguiente: “he descubierto (...) que si seguimos por esta vía estamos creando dos categorías de padres de niños discapacitados. Pido a los juristas que se lo piensen. El error médico en estos supuestos consiste en haber impedido el recurso a la interrupción del embarazo, lo que significa que los padres

³² *Posición que, a su vez, muestra una fuerte conexión con intereses científicos y profesionales que han presionado durante años con el fin de ir ampliando, cada vez más, las posibilidades de uso y destrucción de embriones humanos (vid. FERRER COLOMER, M. Y PASTOR GARCÍA, L. M., “Antecedentes e historia del término “pre-embrión”: análisis desde el debate bioético norteamericano de los hechos biológicos en los se basan sus partidarios”, op. cit., pág. 138).*

³³ VEGA GUTIÉRREZ, A. M., VEGA GUTIÉRREZ, J. Y MARTÍNEZ BAZA, P., *Reproducción asistida en la comunidad europea. Legislación y aspectos bioéticos*, Universidad de Valladolid, 1993, pág. 217.

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

1ª) Se afirma que el momento de la implantación en el útero es “de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión”. (Exposición de Motivos Ley 35/88. Vid. FEMENÍA LÓPEZ, P. J., Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro, op. cit., pág. 262).

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

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

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. HERRANZ³⁷, 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

le están diciendo a su hijo discapacitado que se arrepienten de que esté aquí... Acabo de entenderlo y os doy las gracias por habérmelo hecho entender con tanta claridad” (FONDATION JÉRÔME LEJEUNE, “La fin de la jurisprudence Perruche”, en Gènetique, 26 (2002). www.genetique.org.) (la traducción es propia).

³⁷ Son numerosos los artículos que G. HERRANZ ha escrito criticando el recurso al diagnóstico preimplantatorio, en los que esgrime los argumentos expuestos. Entre ellos podemos citar, ¿Es racional oponerse al uso de embriones humanos para fines de experimentación?, Células troncales embrionarias: retórica y política... publicados ambos en *Diario Médico*.

sobre la base de calidad de vida del propio individuo o desde el bienestar de otros, como los padres, la sociedad, etc.?³⁸

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”³⁹. 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. LAS INTERVENCIONES CON FINALIDAD DIAGNÓSTICA Y TERAPÉUTICA SOBRE EL EMBRIÓN PREIMPLANTATORIO EN LA LTRA

La LTRA bajo las expresiones *finalidad diagnóstica* y *finalidad terapéutica* justifica legalmente el recurso al DPI. La legislación española ampara el recurso al DPI tras su inclusión como medida para prevenir y tratar enfermedades de origen genético⁴⁰. No obstante, como se va a intentar poner de relieve, bajo estas expresiones se oculta una realidad mucho más compleja, que responde a la idea de supervivencia del más fuerte, mostrando un desprecio total hacia el débil.

3.1. Actividades con finalidad de diagnóstico

El apartado primero del artículo 12 LTRA admite intervenciones con “fines diagnósticos” en los embriones vivos *in vitro*, en dos casos: para la valoración de su viabilidad o para la detección de enfermedades hereditarias. En este último caso será para tratarla, si es posible, o para “desaconsejar la transferencia [del embrión] para procrear”⁴¹.

³⁸ SARMIENTO, A., RUÍZ-PÉREZ, G. Y MARTÍN, J. C., Ética y Genética. Estudio ético sobre la ingeniería genética, EUNSA, Pamplona, 1993, pág. 79.

³⁹ SARMIENTO, A., RUÍZ-PÉREZ, G. Y MARTÍN, J. C., Ética y Genética. Estudio ético sobre la ingeniería genética, EUNSA, Pamplona, 1993, pág. 81.

⁴⁰ La LTRA contiene, en este sentido, disposiciones análogas a las establecidas en el Anexo a la Recomendación 1046 (1986) del Consejo de Europa, relativa a la utilización de embriones y fetos humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, donde se recogen las “Reglas a respetar sobre la utilización y la obtención de tejidos de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos y terapéuticos”.

⁴¹ ARTÍCULO 12. 1 LTRA. “Toda intervención sobre el preembrión, vivo, *in vitro*, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la

El científico, a través de estas intervenciones valora al embrión preimplantatorio para emitir su dictámen, esto es, para exteriorizar su diagnóstico a propósito de informar sobre alguno de estos fines: 1) si es viable o no, es decir, si puede ser apto para el proceso de la fecundación; 2) si se le detectan enfermedades hereditarias “a fin de tratarlas si ello es posible”, y si cabe el tratamiento o terapia adecuadas; 3) si por el resultado del diagnóstico procede “desaconsejar la transferencia del embrión”⁴².

La Ley recomienda, por tanto, que cuando el diagnóstico sobre el embrión sea negativo y no haya posibilidad de tratarlo, no se transfiera a la mujer. Esto implica que la Ley española autoriza la selección de embriones, desechando los portadores de genes deletéreos o enfermedades hereditarias, de tal modo que se prevenga que el hijo no nazca con taras por estos motivos. Con otras palabras, se está recomendando una selección entre los que deben vivir o no en función de su patrimonio genético hereditario. Porque, aunque la Ley no lo diga expresamente el DPI que se propone en el apartado primero del artículo 12, constituye un medio de selección de embriones en función de su calidad genética.

Frente a esto debe recordarse que el diagnóstico en Medicina se pone al servicio de la salud y de la vida; se constituye, de esta manera, como “el primer paso indispensable para sucesivas intervenciones del médico a favor del paciente”⁴³. La finalidad originaria del diagnóstico prenatal –que se contempla dentro de la medicina preventiva–, es la curación o mejora de la calidad de vida del paciente, en este caso, el embrión preimplantatorio⁴⁴. Pero el diagnóstico que propone la LTRA no es semejante a un diagnóstico médico ordinario, no sólo por las técnicas y análisis en que se basa, sino porque tampoco su finalidad coincide con otros diagnósticos ordinarios. La normativa española propone que el DPI se emplee para determinar si el embrión padece enfermedades, a fin

valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear”.

⁴² MARTÍNEZ CALCERRADA, L., Derecho tecnológico: La nueva inseminación artificial (estudio Ley 22 de noviembre 1988), Central de Artes Gráficas, Madrid, 1989, pág. 312.

⁴³ TETTAMANZI, D., Bioética. Nuove sfide per l'uomo, Piemme, Milano, 1987, pág. 105.

⁴⁴ En este sentido, la Encíclica Domun Vitae (I, 2) propone la aceptación del diagnóstico prenatal siempre y cuando conserve su finalidad originaria, esto es, siempre y cuando “respete la vida e integridad del embrión y del feto humano y se oriente hacia su custodia o su curación” (RATZINGER, J., El don de la vida, Palabra, Madrid, 1992, pág. 44).

de tratarlas, si ello es posible⁴⁵, o, en caso contrario, “desaconsejar la transferencia [del embrión] para procrear”. En este sentido, la finalidad del diagnóstico que propone la LTRA consiste en la emisión de un juicio valorativo a fin de determinar si el embrión se transfiere o no al útero materno. El objetivo inmediato es obtener la mayor información posible para transmitir al útero sólo aquellos embriones que demuestren no estar afectados de anomalías genéticas investigadas, lo que, a su vez, implica eliminar o convertir en objeto de experimentación a aquellos en los que el resultado del análisis diagnóstico sea positivo. Para estos embriones, el resultado del DPI, equivale, pues, a una sentencia de muerte.

Sucede entonces que la razón de ser del diagnóstico se corrompe y su finalidad inicial –terapéutica, esto es, con vistas a la mejora de las condiciones de vida del enfermo–, pasa a convertirse en finalidad eugenésica. Las intervenciones que el apartado primero del artículo 12 acepta llevar a cabo sobre el *preembrión* revelan, claramente, que tienen un objeto distinto del diagnóstico de enfermedades, puesto que permite desaconsejar su transferencia y, por lo tanto, es causa de la muerte del embrión preimplantatorio⁴⁶. De esta manera, se les da a los padres la oportunidad de tener un hijo supuestamente sano evitando el nacimiento de niños aparentemente “enfermos” a través de lo que, en definitiva, es un aborto selectivo (eugenésico).

3.2. Actividades con finalidad terapéutica

Por lo que se refiere a las intervenciones con “fines terapéuticos”, recogidas en el artículo 13 LTRA, sólo se autorizan si tienen como finalidad tratar una enfermedad o impedir su transmisión con garantías razonables y contrastadas⁴⁷. Este tipo de intervenciones tendrán que cum-

⁴⁵ La finalidad de curar al embrión es, sin duda, digna de alago, pero hasta la fecha no puede todavía ser llevada a la práctica con fiabilidad. Por otro lado, tal finalidad viene a demostrar la subjetividad del embrión, en clara contradicción que del mismo se hace en la Exposición de Motivos de la LTRA.

⁴⁶ Este mismo argumento se esgrimió en el recurso de inconstitucionalidad núm. 376/1989, afirmando que el artículo 12.1 de la LTRA es inconstitucional “en cuanto que permite intervenciones sobre el llamado *preembrión*, que tienen un objeto distinto del diagnóstico de enfermedades, puesto que permite desaconsejar su transferencia y, por lo tanto, obliga a la causación de la muerte del llamado *preembrión*, y en cuanto que, a sensu contrario de su afirmación sobre los fines diagnósticos, permitiría otras intervenciones o finalidades ajenas a las previstas en la norma”. (Recurso de inconstitucionalidad, núm. 376/1989, pág. 16).

⁴⁷ ARTÍCULO 13.1 LTRA. “Toda intervención sobre el *preembrión* vivo, in vitro, con fines terapéuticos no tendrá otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas”.

plir una serie de requisitos adicionales para ser llevadas a cabo: que cuenten con la aceptación previa de la pareja o de la mujer si no hay pareja; tendrá que tratarse de enfermedades con un diagnóstico muy preciso de carácter grave o muy grave y que el tratamiento ofrezca garantías razonables de mejoría o solución del problema (requisito contenido en la Recomendación 1046 del Consejo de Europa). Se tendrá, igualmente, que disponer de una lista de enfermedades en las que la terapia sea posible con criterios estrictamente científicos⁴⁸.

Estas intervenciones –añade el apartado tercero del artículo 13–, no deben influir en los caracteres hereditarios no patológicos ni deben buscar la selección de individuos o de la raza. No obstante, se entiende que esta previsión es de difícil cumplimiento desde el momento en que es la propia normativa la que recomienda que no se implanten los embriones que se sospecha poseen genes “enfermos”. Con otras palabras, es la propia legislación la que recomienda una selección de individuos según su salud genética. Además, muchas de las enfermedades que busca detectar el DPI van unidas a un sexo concreto o a una raza determinada. Así, por ejemplo, la fibrosis quística posee una incidencia en nacimientos vivos de 1/1600 para los caucásicos; la distrofia muscular de Duchenne, posee una incidencia en nacimientos vivos de 1/3000 (ligada al cromosoma X); la enfermedad de Tay Sachs –cuyo gen mutado es el hexoaminadasa A– cuya incidencia es de 1/3500 para los judíos Ashkenazi y de 1/35000 para el resto o la Hemofilia A (factor VIII de la coagulación defectuosa) cuya incidencia es de 1/10000 entre los varones. Por consiguiente, desde este punto de vista, la discriminación entre individuos según el sexo o la raza se presenta inevitable. Por último, deben realizarse en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados con los medios necesarios.

De la lectura de este artículo –en relación con el anterior–, se deduce que el tratamiento terapéutico en caso de enfermedades incurables –a fin de “impedir su trans-

misión”– consistirá en no implantar al embrión anormal. De este modo podrá asegurarse, como indica la Ley, que el tratamiento ofrezca “garantías razonables de solución del problema”. Evidentemente, una vez eliminado el enfermo, será imposible que transmita una enfermedad.

No es cierto que a través de estas medidas se eliminen o disminuyan los riesgos de transmitir enfermedades de origen hereditario o genético. Lo que la LTRA recomienda para combatir la enfermedad no es poner los medios para encontrar un remedio eficaz, sino eliminar al enfermo. En último lugar, este planteamiento lleva implícito una propuesta según la cual la manera de acabar con una enfermedad es eliminando a todos aquellos que la padecen, y para lograr una mayor efectividad de esta medida se propone que el Derecho la ampare y le de cobertura. Ésta es la propuesta última que subyace en la LTRA.

Por otro lado, la Ley autoriza a acudir a estas práctica cuando haya “garantías razonables y contrastadas”⁴⁹. De este modo, desaconseja la transferencia del embrión al útero en los casos en los que, a través del diagnóstico, se hayan detectado enfermedades hereditarias, con garantías suficientes. Pero la gran mayoría de enfermedades humanas que implican factores genéticos son multifactoriales. De esto resulta que el componente genético de las enfermedades multifactoriales, va normalmente acompañado de términos como *incremento del riesgo*, *predisposición* o *susceptibilidad* a padecer o desarrollar una enfermedad⁵⁰. Por ello puede afirmarse que la Ley es ciertamente optimista, pues, desde el punto de vista biológi-

⁴⁹ En este sentido, J. R. LACADENA sostiene la prácticamente segura inaplicabilidad de este precepto por lo que hace referencia a las “garantías razonables y contrastadas”. Vid. LACADENA, J. R., “Una lectura genética de la Ley española sobre “técnicas de reproducción asistida”, en AAVV., Reproducción Asistida (Actas del 12º Curso de verano. Universidad de Cádiz), Universidad de Cádiz, 1992.

⁵⁰ En muchas ocasiones es la misma técnica de fecundación artificial la que provoca anomalías cromosómicas tanto en el ovocito como en el cigoto. Y lo mismo cabe decir de la crioconservación del embrión frecuentemente usada en los centros de fecundación artificial, donde se almacenan hasta que son implantados. Sobre esta cuestión vid., BOMPIANI, A., Genetica e medicina prenatale. Aspetti clinici, bioetici e giuridici, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, pág. 79; DALPRÀ, L., TIBILETTI, M., CRISTIANI, C., RAGNI, O., CROSIGNANI, P. G., “Morphology and nuclear contents in IVF embryos”, en *Annales de Génétique*, 36/2 (1993), págs. 100-106; DE SUTTER, P., DHONT, M., VAN LUCHENE, E., VANDEKERKHOVE, D., “Correlations between follicular fluid steroid analysis and maturity and cytogenetic analysis of human oocytes that remained infertilized after in vitro fertilization”, en *Fertility and Sterility*, 55 (1991), págs. 958-963; SELVA, J., MARTINPONT, B., HUGUES, J. N. ET AL., “Cytogenetic study of human oocytes uncleaved after in vitro fertilization”, en *Human Reproduction*, 6 (1991), págs. 709-713.

⁴⁸ Podría entenderse, de acuerdo con este requisito, que las intervenciones terapéuticas sobre los embriones no serán posibles mientras no se publique tal lista. Ciertamente, la cuestión no está clara. El Gobierno debería haber elaborado esa lista en un plazo de seis meses a partir de la promulgación de la Ley [Disposición Adicional Primera, apartado d)]. Sin embargo, según el artículo 4.4 del Real Decreto 415/1997 ha encargado a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida que estudie y proponga una lista de enfermedades genéticas y hereditarias que puedan ser detectadas mediante diagnóstico preimplantatorio a efectos de “prevención” o “terapia”. (Vid. LEMA ANÓN, C., Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida, Trotta, Madrid, 1999, pág. 391).

co, es claro que esa previsión no puede efectuarse con fiabilidad.

Seleccionar a las persona en función de su carga genética implica desconocer lo que la persona humana es. Tal actitud responde a unos presupuestos antropológicos claros, en los que la vida humana es contemplada de un modo reduccionista. En estos supuestos, la vida humana se limita a una dimensión biologicista desnaturalizada, que en ningún caso responde a su grandeza. Y, un Derecho que desconoce esta nota trascendental e inherente a la persona misma es un Derecho a que ha comenzado a deshumanizarse.

En definitiva, la legislación española propone como modo de tratamiento y prevención de enfermedades, impedir que el embrión continúe su desarrollo normal, conculcando de esta manera el derecho a la vida contenido en el artículo 15 CE⁵¹. En este sentido, puede afirmarse que la legislación española, amparándose en estas expresiones, encubre una selección de vidas humanas en función de su constitución genética⁵².

IV. 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

⁵¹ Derecho que, por otro lado, al legislador no parece importarle demasiado, como se desprende de la lectura de la LTRA. En el apartado cuarto del artículo 2 se dice que “la mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización debiendo atender su petición”. O, el apartado tercero del artículo 11, que señala que “los preembriones sobrantes de una FIV por no ser transferidos al útero se crioconservarán en los bancos autorizados por un máximo de cinco años”.

⁵² En principio parece que se excluyen en el apartado primero del artículo 12 las intervenciones diagnósticas para determinar características genéticas no patológicas. Así lo entiende, por ejemplo, C. M. ROMEO CASABONA [El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 239]. Pero el problema está en determinar qué se entiende por “patológico”, más cuando los avances en genética descubren, progresivamente, una mayor interacción entre los genes y el medioambiente. Además, la legislación insta a que se siga “el ritmo marcado por la sociedad”. De este modo, circunstancias que actualmente no se consideran “patológicas”, pueden llegar a serlo dentro de unos años. En este sentido, G. HERRANZ advierte de que si la práctica de acudir al diagnóstico preimplantatorio para prevenir la aparición de descendencia que pueda estar afectada de enfermedades graves se convierte en práctica aceptable, resultará inevitable que, progresivamente, tal procedimiento se aplique a enfermedades menos graves. De este modo, quedarían incluidos aquellos a quienes se les detectan meras predisposiciones a sufrir ciertos tipos de cáncer, enfermedades cardiovasculares o trastornos psiquiátricos. Y ello aun en los supuestos en que no exista plena seguridad de que el individuo probado vaya a sufrir la enfermedad. “Diagnóstico genético y eugenesia”, en PASTOR GARCÍA, L. M. Y FERRER COLOMER, M. (eds.), La bioética en el milenio biotecnológico, Sociedad Murciana de Bioética, Murcia, 2001, págs. 142 y ss.

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.

Clasificar a las vidas humanas en bien constituidas genéticamente y mal constituidas genéticamente implica -al negar la universalidad- comenzar a destruir la idea misma del sentido del Derecho. La negación de la realidad del otro que lleva implícita esta regulación, conduce a reducir a las vidas humanas a una mera dimensión biológica. De este modo se convierten en objeto de dominio. Así el destino que la LTRA dispensa a las vidas humanas creadas está a expensas del egoísmo colectivo. En el caso concreto, el embrión queda reducido a una dimensión biológica desnaturalizada. Se convierte en un objeto de dominio que, al no resultar adecuado a los parámetros del momento, es automáticamente eliminado.

Permitir tal selección embrionaria implica negar la titularidad natural de derechos a los más débiles e indefensos. La renuncia a la universalidad en el terreno de los principios actúa siempre en perjuicio de los más débiles, de los peor situados, que son, precisamente, quienes más necesitan la protección y la legitimación para reivindicar la igualdad que proporciona la idea de derechos universales⁵³. No se está proponiendo que el Derecho defienda la voluntad de los débiles, porque no es ésa su función, pero sí que lo es velar porque se respete lo suyo de todos y cada uno. Más concretamente, el Derecho sí que debe imponer, al menos, -asumiendo los planteamientos de J. BALLESTEROS-, la exclusión de la discriminación en lo que se refiere a la extensión del vínculo con los otros e,

⁵³ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., “Universalidad de los derechos: de lo abstracto a lo concreto”, en Persona y Derecho, 41 (1999), pág. 62. Resulta inevitable recordar en este punto a TRASÍMACO cuando, en el primer libro de La República, afirma que “Lo justo es el derecho del más fuerte”. Actualmente las formas son más sofisticadas, pero los argumentos -y los fines- son los mismos. Vid. PLATÓN, La República, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, tomo I, Libro I, 339, a., pág. 24.

igualmente, debe excluir la violencia en sus diversas formas en lo que se refiere a la intensidad de los mismos⁵⁴.

Las leyes del Estado tienen como objetivo natural la tutela del bien de la persona y la defensa de los más débiles e inocentes de las agresiones injustas. Con ello no se quiere indicar que el Derecho alcance el nivel de la caridad, pero sí que debe proteger a todos y cada uno de modo que se excluyan aquellos actos que suponen atentados indebidos. Sólo así es posible el respeto a la convivencia y al bien común.

⁵⁴ BALLESTEROS, J., Sobre el sentido del Derecho, *Tecnos, Madrid, 1997*, pág. 128. En este sentido, el Parlamento noruego señaló en su Informe *Parliamentary Report N° 25 (1992-1993) to the Storting, "Biotechnology related to Human Beings"* [Oslo, Ministry of Health and Social Affairs, 1993], que la ideología del Estado de Bienestar que asegura la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, y que constituye la base de la filosofía de una sociedad bien integrada, ha de conceder a las personas con deficiencias genéticas un lugar natural y de pleno derecho en la sociedad. Le indicó al Gobierno que su objetivo prioritario con relación a las personas impedidas era garantizarles la máxima participación e igualdad, y que un concepto fuerte de igualdad, sin discriminación por inteligencia o aspecto físico, es parte fundamental para lograr la igualdad de derechos. En este sentido el Parlamento noruego recordaba que todos los seres humanos son iguales, cualesquiera que sean su personalidad, su herencia o estilo de vida; que todos padecen mutaciones genéticas. La Sociedad, en virtud del principio de solidaridad, debería acoger a todos y ofrecer a cada uno la posibilidad de ser un miembro valioso de ella. Comenta este Informe HERRANZ, G., "Diagnóstico genético y eugenesia", *op. cit.*, pág. 145.