

BIOÉTICA Y DERECHO PENAL EN EL COMIENZO DE LA VIDA: ALGUNAS IMPLICACIONES JURÍDICO-PENALES DE LAS NUEVAS BIOTECNOLOGÍAS (*)

Enrique PEÑARANDA RAMOS

I. INTRODUCCIÓN

A. Las controversias acerca de la admisibilidad de ciertas aplicaciones de las nuevas biotecnologías y sus causas

EN un reciente informe del *President's Council on Bioethics* norteamericano se viene a destacar 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 enormes avances biotecnológicos producidos en las últimas décadas. Esta capacidad, surgida –como se señala también en el mencionado informe– «de la confluencia del trabajo en biología reproductiva, biología del desarrollo y genética humana, ha hecho que emerjan (nuevas) cuestiones éticas en las que se ven envueltos numerosos bienes humanos de gran importancia» (1). No puede sorprender por tanto que muchas aplicaciones de la tecnología en este campo resulten extraordinariamente controvertidas. En este contexto sólo parece evidente que «la forma en que sean usadas esas nuevas tecnologías puede tener consecuencias de largo alcance, no sólo para los individuos involucrados, sino también para la sociedad en su conjunto», pero

(*) Texto revisado, ampliado y actualizado de la ponencia presentada en las II Jornadas Jurídicas Luso-Españolas «Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI». Este texto se basa en otros trabajos míos precedentes (particularmente los citados *infra* en las notas 1 y 34) a los que me remito para una fundamentación más detallada de los puntos de vista que a continuación se exponen.

(1) THE PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Reproduction & Responsibility. The Regulation of New Technologies*, Washington, D. C., 2004, p. XXXIX (disponible en www.bioethics.org). *Vid.* en este sentido ya anteriormente J. A. ROBERTSON, *Procreative Liberty in the Era of Genomics*, *Am. J. L. & Med.* 29 (2003), p. 439. Cfr. también, por ejemplo, N. RIVA, «Genetica, diritti e giustizia. Nuove tecniche d'intervento genetico e riproduzione umana», en *Sociologia del diritto*, núm. 1 (2004), pp. 43 y ss.; y E. PEÑARANDA RAMOS, «Fases en el desarrollo de la vida y grados en su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantatorio», en M. Bajo Fernández/Ag. Jorge Barreiro/C. Suárez González (eds.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 1675 y ss., con otras referencias.

son muchas las dudas acerca de «cómo se puede servir mejor en el largo plazo a los intereses de esos individuos y del público en general, a medida que aquellas nuevas tecnologías se desarrollen y se apliquen» (2).

En la raíz de estas controversias se encuentran las diferencias de criterio que se manifiestan acerca de la importancia que se debe conceder, según el punto de partida valorativo en cada caso adoptado, a los distintos intereses que están aquí en juego y acerca del modo en que se ha de efectuar su eventual ponderación: la libertad reproductiva, el status de las 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, entre otros muchos intereses, son entendidos y valorados en efecto de modos muy diversos en sociedades pluralistas como es la nuestra (3).

B. 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 en estos ámbitos un criterio de *laissez faire*, aunque tampoco parecen ajenos a tal planteamiento otros factores que se relacionan más bien con ciertas tradiciones jurídico-políticas norteamericanas muy arraigadas (4). En otros casos la controversia no ha impedido, en cambio, la adopción de concretas regulaciones normativas, orientadas en unos casos en un sentido liberal, como sucede en el Reino Unido, y en otros en un sentido más restrictivo, como ocurre en la República Federal Alemana (5).

(2) THE PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Reproduction & Responsibility* (n. 1), p. XXXIX.

(3) Vid. en este sentido E. PEÑARANDA RAMOS (n. 1), p. 1677 con referencias en núm. 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». Cfr. también THE PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Reproduction & Responsibility* (n. 1), p. 8: «hay un profundo desacuerdo en nuestra sociedad acerca del grado de respeto debido a la vida humana embrionaria *in vitro* y del peso que debería prestársele en relación con otras consideraciones morales tales como las de ayudar a las parejas aquejadas de infertilidad a tener hijos, ayudar a otras parejas a tener hijos sanos o avanzar en el conocimiento biomédico que podría conducir a la curación de terribles enfermedades». Sobre el conjunto de bienes o intereses en juego vid. *ibidem*, pp. 4 y s.

(4) Vid. a este respecto nuevamente THE PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Reproduction & Responsibility* (n. 1), pp. 8-12. Cfr. también las referencias contenidas en la nota siguiente.

(5) Sobre los diferentes contextos históricos e ideológicos en que se enmarcan las opciones legislativas de estos tres países cfr. la instructiva exposición de K. L. BELEW, «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* 39 (2003-2004), pp. 479 y ss., 486 y ss., 496 y ss. y 507 y ss. 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), especialmente pp. 66 y ss.

1. Por lo que se refiere a España, 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, en un sentido permisivo. En consonancia con ello, es también muy limitada la intervención del Derecho penal en este ámbito. El Código Penal español 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 (ésta es, al menos, la interpretación dominante) algunos de los supuestos más debatidos, como son los de la clonación terapéutica (6) 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 preembriónes así utilizados) (7). De este modo, tales supuestos constituyen, a lo sumo, ilícitos administrativos, 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, en Alemania o en Italia–. Las modificaciones introducidas posteriormente no han alterado radicalmente las características generales de esta regulación (8). 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, limitan la eficacia de esas técnicas e imponen costes adicionales para sus usuarias, estableciendo así un nuevo balance entre los intereses de éstas y ese respeto debido al «valor singular» del embrión humano, al que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley. No obstante, el legislador de 2003 no ha dejado por completo al margen de su consideración la eficacia de estos tratamientos (9) y, por

(6) *Vid.* en el sentido del texto, pese a no compartir «las consecuencias de esa opción y sus presupuestos valorativos», A. DEL MORAL, «Clonación y Derecho penal», en C. Pérez del Valle (dir.), *Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial VI-2004*, pp. 81 y ss. (especialmente pp. 87 y ss.) con otras referencias. Cfr. también ahora A. CUERDA RIEZU, «¿Es punible o sancionable la clonación terapéutica en España?», en M. Bajo Fernández/Ag. Jorge Barreiro/C. Suárez González (eds.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 1257 y ss.

(7) Cfr. en relación con este supuesto (y también con el anterior) P. LAURENZO COPELLO, *Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo*, RP 13 (2004), pp. 125 y ss. *Vid.* también C. M.^a ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, 2002, pp. 161 y ss., y 191 y s.

(8) De otra opinión J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, «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 C. Pérez del Valle (dir.), *Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial VI-2004*, pp. 154 y s. Cfr. al respecto E. PEÑARANDA RAMOS (n. 1), pp. 1683 y ss.

(9) Así se advierte también con claridad en la propia Exposición de Motivos de la Ley 45/2003: «para evitar la generación y acumulación de preembriónes supernumerarios, a la vez que se intenta reducir la tasa de embarazos múltiples... se ha optado por una solución que combina el compromiso y la responsabilidad por parte de los centros y los usuarios, con la flexibilidad necesaria para asegurar la eficacia de las técnicas en las distintas circunstancias en las que acuden las mujeres usuarias de las técnicas de FIV». Ello remite inmediatamente a la hipótesis mencionada en el artículo 4.3, en su nueva redacción, en la que la existencia de una «patología de base de los progenitores» faculta a generar un mayor número de preembriónes para que, mediante su crioconservación, puedan ser eventualmente transferidos en intentos sucesivos, favoreciéndose así unos niveles mínimos de eficacia de aquellas técnicas en tales situaciones, pero también la posibilidad de que algunos de ellos resulten finalmente sobrantes o «supernumerarios» a tales intentos.

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 criopreservados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (el 23 de noviembre de 2003) (10). El Real Decreto 2132/2004, de 29 de septiembre, ha desarrollado posteriormente esta posibilidad.

Poco tiempo después, la ministra española de Sanidad anunció, como próximos proyectos de su Departamento, entre otros, los de ampliar las posibilidades de investigación con preembriones *in vitro* viables, más allá de lo ya permitido en la Ley 45/2003, a los criopreservados después de su entrada en vigor, sin descartar «incluir en el futuro otras técnicas como la transferencia nuclear (clonación terapéutica)» y extender el permiso para realizar el diagnóstico preimplantatorio a fin de «seleccionar genéticamente los embriones» y que así «se puedan escoger embriones que den lugar a niños que sirvan como donantes a sus hermanos enfermos» (11). Estos propósitos han comenzado ya a concretarse. El Proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 13 de mayo de 2005, confirma, en primer lugar, la licitud de la combinación de tales técnicas con el diagnóstico genético preimplantatorio como vía para la prevención y tratamiento de graves enfermedades de origen genético (con la precisión de que sean de aparición precoz y no susceptibles de terapia postnatal) o para la detección de alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión (12), y extiende expresamente esa licitud, bajo un régimen de estricta autorización por parte de la autoridad sanitaria competente e informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, al caso en que para determinar «los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones *in vitro* con fines terapéuticos para terceros» (13). Por otra parte, el Proyecto se dirige a autorizar, ya

(10) Según el apartado 1.º 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. Los otros son «el mantenimiento de la criopreservación hasta que le sean transferidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; la donación, sin ánimo de lucro, con fines reproductivos a otras parejas que lo soliciten, según lo previsto en los artículos 5, 7, 8 y 9 de la Ley 35/1988; (...) o proceder a su descongelación sin otros fines».

(11) Según la referencia publicada en el diario *El País* de 4 de noviembre de 2004. Sobre estos proyectos y el contexto en que se producen *vid.* J. R. LACADENA, *Controversia en España sobre la utilización del diagnóstico genético preimplantacional en la selección de embriones con fines terapéuticos*, disponible en <http://www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/06/2004>.

(12) *Vid.* en este sentido el artículo 12.1 *a)* y *b)*, en relación con el artículo 1.b) del Proyecto. Sobre la regulación aún vigente *cfr.* ampliamente E. PEÑARANDA RAMOS (n. 1), pp. 1673 y ss., 1682 y ss. y *passim*.

(13) Artículo 12.2 del Proyecto. La Ley de Técnicas de Reproducción Asistida aún hoy vigente no prevé expresamente este tercer supuesto, que se refiere al procedimiento técnicamente conocido como HLA-Matching (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 hermano ya nacido, que padezca graves enfermedades, como la anemia de Fanconi o la Beta-Talasemia, que sólo pueden ser tratadas eficazmente con un trasplante de médula ósea o con la transfusión de sangre del cordón umbilical de un donante compatible: sobre este procedimiento *vid.* por ejemplo el Informe Präimplantationsdiagnostik (n. 5), p. 11. La Ley admite expresamente en cambio las otras dos indicaciones del diagnóstico preimplantatorio, aunque en términos parcialmente diferentes a como lo hace el Proyecto: de la combinación de lo dispuesto en artículos 1.3 y 12.1 LTRA se desprende que el

sin límite temporal alguno, la investigación con preembriones sobrantes (viables o no) de técnicas de reproducción asistida (14) y elimina el límite máximo de tres que en principio se permite generar en cada ciclo reproductivo, según la regulación vigente desde 2003 (15), sustituyendo ese límite por una remisión a los «criterios clínicos» acerca de lo que resulte «necesario (...) para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso» (16). 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 el eventual receptor, pues no se considera que ello infrinja 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 (y, en particular, lo dispuesto en su art. 18.2, conforme al cual «se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación») (17).

2. 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 punibles (18). 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 I (19). Más dudosa es la cuestión que atañe al diag-

disgnóstico preimplantatorio se estima adecuado para la valoración de la viabilidad de los preembriones o para la prevención y tratamiento de (graves) enfermedades de origen genético o hereditario, «a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear».

(14) *Vid.* el artículo 15 del Proyecto.

(15) Acerca de las excepciones ya admitidas a esta regla, *vid.* lo que se expone *supra* en núm. 9 y 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, que ha hecho un uso muy amplio de tal posibilidad.

(16) El artículo 25.b), 8.ª 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.

(17) Cfr. también en este sentido A. CUERDA RIEZU (n. 6), pp. 1264 y s. Acerca de «las ambigüedades del Derecho internacional» a este respecto *vid.* también C. M.ª ROMEO CASABONA, Los genes y sus leyes (n. 7), pp. 193 y ss.; e íd., «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, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 42 y ss.

(18) 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 I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «El debate alemán sobre la investigación con células-madre de origen embrionario», *TRC* 10-11 (2002-2003), pp. 533 y ss.

(19) 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.* H.G. DEDERER, «Verfassungskongretisierung im Verfassungsneuland: das Stammzellgesetz», *JZ* 2003, pp. 986 y ss.

nóstico genético preimplantatorio (DPI), cuyo tratamiento jurídico en Alemania es sumamente complejo y depende en gran medida de las modalidades de su realización (20). Las misma división que se observa en la doctrina penal y constitucional alemana se aprecia en el Consejo Nacional de Ética alemán. Un sector, ahora minoritario, de los miembros del Consejo considera que el DPI (21) está prohibido y penalmente sancionado en Alemania y que esta prohibición se debe mantener también en el futuro (22). Por el contrario, la mayoría del Consejo Nacional de Ética se

(20) NATIONALER ETHIKRAT: «Zweite Stellungnahme zur Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik. Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft», 2003, p. 34. La prohibición del DPI que se efectúa mediante la toma de células totipotentes del embrión (hasta el estadio de ocho células) se estima inequívocamente derivada de la conminación penal de la clonación, tal y como es definida por la legislación alemana (§ 6 ESchG), y de la consideración como embrión, «en el sentido de esta Ley», de «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). Sólo está inequívocamente permitido en Alemania el DPI realizado mediante el análisis genético de los corpúsculos polares extraídos del ovocito antes de la fusión de los pronúcleos de los gametos en un solo núcleo. La licitud de este procedimiento se deduce también de la definición de embrión del § 8 I ESchG: «como embrión en el sentido de esta Ley se ha de entender ya el ovocito humano fecundado y viable a partir del momento de la fusión del núcleo», con lo que queda fuera del ámbito de protección de la ESchG el estado precedente. Sobre las (limitadas) posibilidades de esta forma de DPI cfr. también *ibidem*, p. 16. En cuanto al DPI con células embrionales 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 cuenta con una creciente oposición en la doctrina. En todo caso, esta incertidumbre y el consiguiente riesgo de persecución penal determinan que este tipo de diagnóstico preimplantatorio no sea practicado actualmente en Alemania. Los preceptos relevantes a este respecto son el § 1 I núm. 2 y el § 2 I ESchG. El § 1 I núm. 2 castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa a «quien emprenda la fecundación artificial de un ovocito con un fin distinto al de producir el embarazo de la mujer de la que el ovocito procede». El § 2 I ESchG establece por su parte lo siguiente: «Utilización abusiva de embriones humanos. Será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien enajene un embrión humano creado extracorporalmente o extraído de una mujer antes de la conclusión de su implantación en el útero o quien lo ceda, adquiera o utilice con un fin que no sirva a su conservación». Esta regulación es interpretada de modos sustancialmente diferentes (una completa exposición del estado de la cuestión puede verse en J. RENZIKOWSKI, «Die strafrechtliche Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik», *NJW* 2001, pp. 2753 y ss.; y G. DUTTGE, «Die Präimplantationsdiagnostik zwischen Skylla und Charybdis», *GA* 2002, 241, pp. 242 y ss., ambos con múltiples referencias). Cabe distinguir tres grupos de posiciones: a) Según un primer grupo de autores, entre los que se encuentra Renzikowski, el DPI sobre células no totipotentes es punible conforme a los §§ 1 I, núm. 2, y 2 I ESchG (análogamente también E. H. MILDENBERGER, «Der Streit um die Embryonen: Warum ungewollte Schwangerschaften, Embryoselektion und Embryonenforschung grundsätzlich unterschiedlich behandelt werden müssen», *MedR* 2002, 293 y ss.). b) De acuerdo con un segundo punto de vista, representado por Duttge, el tenor literal de estos preceptos y su interpretación atendiendo a sus antecedentes legislativos impide considerar punible el DPI realizado con células pluripotentes, pero su prohibición (sin refuerzo penal *de lege lata*) derivaría directamente del artículo 2 II inc. 1º GG, por el atentado a la vida del embrión que entraña su práctica (*ibidem*, pp. 251 y ss.). c) Un tercer sector de la doctrina alemana estima que no se produce en este caso ninguna vulneración del derecho fundamental a la vida y se pronuncia a favor de la plena licitud del DPI en células no totipotentes: *vid.* en este sentido T. HÖRNLE, «Präimplantationsdiagnostik als Eingriff in das Lebensrecht des Embryos?», *GA* 2002, pp. 659 y ss.; y U. SCHROTT, «Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts», *JZ* 2002, 170 y ss. Análogamente también, en virtud de una «interpretación liberal» de la ESchG, M. FROMMEL, «Die Menschenwürde des Embryos *in vitro*», *KJ* 2002, pp. 411 y ss.

(21) Salvo (*de lege lata*) en la modalidad de análisis genético de los corpúsculos polares realizado antes de la fusión de los pronúcleos de los gametos: *vid.* la nota anterior.

(22) Cfr. *Nationaler Ethikrat* (n. 20), pp. 40 y ss.

ha pronunciado, al menos *de lege ferenda*, a favor de una admisión limitada y controlada del DPI (en sus distintas modalidades), en términos similares a lo que establece actualmente la legislación española o a lo previsto en el Proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (23).

3. La Ley italiana n.º 40 de 2004 de procreación médicamente asistida es, en muchos aspectos, aún más estricta que la regulación alemana. Por un lado, 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 patologías genéticas transmisibles a la descendencia– (24),

(23) Cfr. *Nationaler Ethikrat* (n. 20), pp. 56 y ss. Este sector del Consejo apela para ello fundamentalmente a la analogía del DPI con el diagnóstico genético prenatal en relación con la indicación embriopática de la interrupción voluntaria del embarazo, que –aunque no está ya reconocida como tal en el Derecho alemán– se considera en general incluida tras la reforma del delito de aborto bajo la indicación médica (que ha tomado con ello un sentido terapéutico-social). Según este punto de vista, «el DPI es ética y constitucionalmente admisible cuando es pretendido por parejas con un elevado y conocido riesgo genético, que quieren evitar de este modo» el conflicto existencial en que les situaría la gestación de «un hijo con una enfermedad o discapacidad genéticamente condicionadas de carácter grave y no susceptibles de una terapia eficaz» (*ibidem*, p. 57). Fuera de este supuesto, el DPI podría también practicarse, al menos, en otros dos grupos de casos, a fin de excluir la existencia de alteraciones cromosómicas capaces de impedir que el embrión se pueda desarrollar hasta alcanzar su viabilidad. «El primer grupo afecta a parejas en las que es comprobable una alteración cromosómica de tales características que puede ser también diagnosticada en el embrión. En una procreación natural estas parejas sólo tienen a menudo una posibilidad muy reducida de obtener descendencia. Por medio del DPI se podría hacer posible reconocer y seleccionar aquellos (pocos) embriones que no muestran la alteración cromosómica en cuestión». Y «el segundo grupo de casos comprende a parejas que se someten a una terapia de esterilidad por reproducción asistida y a causa de la elevada edad de la madre o tras varios ciclos de tratamiento sin una alteración cromosómica conocida sólo tienen una reducida posibilidad de éxito» (*ibidem*, p. 589). En favor de esta última «indicación» se hace referencia a la literatura científica internacional que apunta a que en tales casos «un *screening* de aneuploidía podría elevar de forma relevante la tasa de éxito de la reproducción asistida y evitar al mismo tiempo la transferencia de varios embriones (con el riesgo de embarazos múltiples)». No se considera indicado el DPI, en cambio, cuando vaya dirigido «a la exclusión de enfermedades leves o susceptibles de terapia eficaz, a la exclusión del incremento del riesgo de padecer enfermedades de aparición tardía, a la exclusión de la condición de portador de una enfermedad hereditaria recesiva, a la selección de características patológicamente no relevantes del futuro hijo, como la elección del sexo, o a la selección positiva de características que son normalmente consideradas como impedimentos o limitaciones (por ejemplo en virtud del deseo de tener un hijo sordo). En estos casos no se puede partir de que la madre habría de situarse por el nacimiento de su hijo en un conflicto existencial». Merecerían en cambio una consideración más detenida ciertos supuestos límites de graves enfermedades de aparición en la edad adulta y los de la selección de un hijo que tras su nacimiento pueda ser donante de células o tejidos trasplantables a un hermano que padece una grave enfermedad, en los que no se da la analogía con una indicación embriopática o médico-social, pero en que podrían operar otras consideraciones igualmente relevantes (cfr. *ibidem*, pp. 58 y s.).

(24) *Vid.* al respecto críticamente S. CANESTRARI, «Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Il Commento», en *Diritto penale e processo*, n. 4/2004, p. 417; L. D'AVACK, «La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico», en *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXIII, 3-4 (2004), pp. 805 y s. Ambos ponen de relieve la «contradicción insuperable» que ello supondría con la práctica de la interrupción del embarazo, tras un diagnóstico prenatal, al amparo de la Ley n.º 194 de 1978. Cfr. también en un sentido similar G. ALPA, «Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti», en *Sociologia del diritto*, n.º 1 (2004), p. 40. V. POCAR, en *Sociologia del diritto*, n.º 1 (2004), p. 6, apunta la hipótesis (y, desde su perspectiva, el riesgo) «en modo alguno peregrinos» de que esta paradójica situación, en la que se termina procurando «una tutela más amplia al embrión (sc. *in vitro*) que al feto», sea próximamente «invocada para volver a someter a discusión la ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo».

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 ya desde el comienzo la fertilización *in vitro* como un mal, no necesariamente menor, que en principio se debería evitar (25). Así lo pone claramente de manifiesto lo dispuesto en el artículo 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 indicar a la pareja «la posibilidad de recurrir a procedimientos de adopción o de acogimiento... como alternativa a la procreación médicamente asistida» (26).

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 concurrentes (27) y diseña a tal efecto un amplio catálogo de medidas de tutela del embrión, reforzadas muchas veces con severas sanciones penales. Así se incriminan, 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, que en la mayoría de los casos resultan además agravadas (28). 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 mujer) de la facultad de revocar su consentimiento una vez que se haya producido la fecundación (29).

(25) Vid. los artículos 1, apartados 1.º y 2.º, y 4 de la Ley italiana n.º 40 de 2004. Una interpretación semejante, en este caso abiertamente *contra legem*, propone para el Derecho español C. PÉREZ DEL VALLE, «Finalidad terapéutica e investigación genética» (A propósito de la consideración jurídica del embrión), en íd. (dir.), *Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial* VI-2004, pp. 177 y ss. y *passim*. En contra de esta interpretación cfr. E. PEÑARANDA RAMOS (n. 1), pp. 1690 y ss.

(26) 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: sobre ello *vid.* también L. D'AVACK, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXIII, 3-4 (2004), pp. 800 y s.

(27) Así lo entienden igualmente, entre otros, L. D'AVACK, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXIII, 3-4 (2004), p. 802; y E. DOLCINI, «Embrione, pre-embrión, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita» (L. 19 febbraio 2004, n. 40), en *Riv. it. dir. proc. penale* 2004, p. 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».

(28) Cfr. el artículo 13 de la Ley n.º 40 de 2004.

(29) Cfr. el artículo 14 de la Ley n.º 40 de 2004. El artículo 6.3, *in fine*, de esta Ley establece: «La voluntad (sc. emitida para cualquiera de las técnicas de reproducción asistida) puede ser revocada por cada uno de los sujetos indicados en el presente apartado *hasta el momento de la fecundación del*

Ha sido reiteradamente señalado que con un marco normativo semejante se termina por comprometer seriamente el éxito de las técnicas de procreación asistida (30) 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 reproductivas (31). 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 impericia (32), 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»; y sin importar tampoco que de este modo Italia se haya puesto «fuera de las orientaciones jurídicas y culturales de los demás países de la Unión Europea y, más aún, del entero Occidente, todos ellos dotados de normas bastante más liberales» (33).

II. ¿GRADOS EN LA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA EN ATENCIÓN A LAS FASES DE SU DESARROLLO?

1. La regulación española de los delitos de aborto y de homicidio (así como la de las lesiones al feto y las lesiones corporales) responde, de acuerdo con la interpretación dominante en nuestro país, a la idea de una protección continuada de la vida (y de la salud que sobre ella se asienta) que progresa y se intensifica a medida que ciertos cambios cualitativos (en especial el que determina el nacimiento) se producen. Esta perspectiva gradual se encuentra en lo esencial avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional español, que ya desde la sentencia 53/1985, de 11 de abril, relativa al sistema de indicaciones en la interrupción voluntaria del embarazo, ha admitido que los cambios que experimenta la vida pueden tener «su reflejo» en el status jurídico que se reconozca al ser humano en las sucesivas fases de su desarrollo y ha destacado la «particular importancia» que a ese respecto se ha de conceder

óvulo». A partir de ese momento y «a salvo de los requisitos previstos por la presente ley» [sobre ello *vid. infra* IV a) 3], sólo «motivos de orden médico-sanitario» pueden impedir que se proceda a la transferencia del embrión, pero significativamente la decisión incumbe entonces al médico responsable del centro, que debe facilitar a la pareja su motivación por escrito (art. 6.4). L. D'AVACK, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXIII, 3-4 (2004), p. 801, advierte en ello signos de un «paternalismo médico» contrario a las orientaciones actuales en materia de autonomía del paciente y señala (*ibidem* pp. 802 y s.) las dificultades para conciliar todo esto con el artículo 32 de la Constitución italiana, con el artículo 5 del Convenio de Oviedo y con el artículo 3 de la Carta de Niza (Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea).

(30) *Vid.* por ejemplo en este sentido S. CANESTRARI, en *Diritto penale e processo*, n. 4/2004, p. 421; y E. DOLCINI, en *Riv. it. dir. proc. penale* 2004, pp. 454 y s.

(31) Destaca estos aspectos especialmente V. POCAR, en *Sociologia del diritto* n.º 1 (2004), pp. 5 y s., quien atribuye por ello a la Ley «una óptica marcadamente misógina», ya que, a través de la «contraposición entre la subjetividad de la madre y la del propio embrión», tendería a restablecer «el control sobre la mujer al que los hombres han renunciado hace tiempo como consecuencia de la emancipación femenina».

(32) Así E. DOLCINI, en *Riv. it. dir. proc. penale* 2004, pp. 456 y ss.

(33) V. POCAR, en *Sociologia del diritto* n.º 1 (2004), pp. 11 y s.

al hecho del nacimiento. Esta doctrina ha sido posteriormente confirmada por la 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 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 nivel de protección a la vida en esa fase embrionaria– la anidación o implantación del embrión en el útero materno, a la que muy probablemente ya apuntaba aquella primera sentencia con su referencia al «comienzo de la gestación» (34).

2. Esta perspectiva no es, sin embargo, por todos compartida. Puesto que las opiniones discrepantes son en sus líneas generales bien conocidas, me limitaré a reseñar algunas de las que me parecen más representativas e interesantes para el curso de esta exposición.

En su voto particular discrepante de la STC 212/1996, el magistrado don José Gabaldón López, manifestó el punto de vista de que la jurisprudencia sentada por el propio Tribunal Constitucional español en materia de aborto (35) contendría, al menos *in nuce*, «una doctrina apta para fundamentar una verdadera definición constitucional de la personalidad jurídica, hasta ahora relegada al ámbito de una ley civil, sin excluir de sus efectos a quienes biológicamente son, no ya vida humana en abstracto, sino concretos seres humanos no nacidos». Por ello «la mera consideración de que al *nasciturus* no le sea atribuible por falta de personalidad jurídica formal el derecho fundamental (sc. a la vida) del artículo 15 C.E.», como a su juicio se viene a sostener en la decisión de la que disiente, no sería suficiente para entender que no le sean aplicables las garantías o la protección de que goza la vida de los ya nacidos. Años más tarde Gabaldón, insistiendo en esa misma tesis, ha aportado argumentos adicionales, que toman como punto de partida la continuidad biológica del ser humano desde su 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 artículo 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

(34) Cfr. sobre todo ello E. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo», *RDPC*, 2.ª época, 11 (2003), pp. 165 y ss., pp. 179 y s. y 207 y s. Vid. también C. M.ª ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes* (n. 7), pp. 178 y ss.; y más ampliamente *id.*, *El derecho a la vida* (n. 17), pp. 25 y ss. Cfr. asimismo *infra*, IV b).

(35) Esto es, la sentada en la STC 53/1985, de 11 de abril.

(36) J. GABALDÓN LÓPEZ, «Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida», en *Persona y Derecho* 44-2001, p. 134. A esta afirmación subyace la pretensión de negar la condición de Derecho a esas leyes positivas si no cumplen un estándar moral mínimo: «una ley que lo legitima (sc. la negación del derecho a la vida) deja de ser una ley normalmente vinculante por incongruente con el bien común y opuesta a la igualdad de todos ante la ley, puesto que el objetivo fundamental de la autoridad estatal es el de defender la vida de todos y garantizar la seguridad» (*ibidem*, p. 142).

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» (37). En consecuencia, a su juicio, «los conceptos de hombre y de persona son inseparables y el intento de separación responde a una mera razón estratégica» (38).

No muy distante en su punto de partida y en la línea argumental general es el planteamiento del constitucionalista alemán Ernst-Wolfgang Böckenförde. Este autor critica también como arbitrarios («ergebnisorientiert») los intentos, cada vez más extendidos en la literatura filosófica y jurídica de su país, de diferenciar entre vida humana y vida personal y de configurar de este modo la noción de personalidad o de persona (Person) como un concepto más estricto que el de ser humano (Mensch) (39). Estos intentos estarían además destinados de antemano al fracaso en un ordenamiento jurídico como el alemán, cuya Constitución, en su artículo 1. I, proclama que «la dignidad del hombre (Mensch) es inviolable» y no la refiere a la persona (Person), poniendo así de relieve que esa dignidad corresponde al ser humano con independencia de sus concretas cualidades y de sus capacidades actuales y, en particular, del estadio de desarrollo en que se encuentre (40). Böckenförde aduce, por otra parte, que «si debe regir para todo ser humano el respeto de su dignidad, ésta se le ha de reconocer desde el primer comienzo de su vida y no tras un intervalo que haya tenido que superar previamente con fortuna, sin estar protegido frente al capricho y la discrecionalidad» (41). Y ese primer comienzo, de acuerdo con los conocimientos científicos actuales, que no constituyen el fundamento pero sí el sustrato necesario para la valoración jurídico-normativa, sólo podría hallarse en la fecundación y no más tarde: «después de que haya quedado fijada la dotación cromosómica no hay ya incidencia alguna en la cualidad de aquello que se desarrolla. El programa genético del desarrollo ya está listo entonces, no necesita de más complemento y se desarrolla desde dentro, de acuerdo con su propia organización. (...) Ciertamente nada de esto puede suceder sin una variada colaboración desde fuera que también imprime su sello, como el aporte de alimento y el contacto e intercambio con el organismo materno, entre otras cosas. Pero éstas no son más que condiciones necesarias para la posibilidad del propio desarrollo (...); y no existen sólo antes del nacimiento, sino que, en parte, persisten también después de él y durante mucho más tiempo» (42). Ello se correspondería por lo demás con las valoraciones que se hacen en la vida ordinaria: así «no es raro

(37) J. GABALDÓN LÓPEZ, en *Persona y Derecho* 44-2001, p. 156.

(38) *Ibidem*, p. 155.

(39) Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte», *JZ* 2003, p. 810, en referencia a la posición de D. BIRNBACHER, «Das Dilemma des Personenbegriffs», en *Strasser/Starz* (eds.), «Personensein aus bioethischer Sicht», *ARSP Beiheft* 73 (1997), pp. 9-25; e íd., «Hilft der Personenbegriff bei der Lösung bioethischer Fragestellungen?», en W. Schweidler/H. A. Neumann/E. Brysch (eds.), *Menschenleben-Menschenwürde*, Münster, 2003, pp. 31-44.

(40) Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *JZ* 2003, p. 811. La diferencia de la Grundgesetz en este punto con la Constitución española, que en su artículo 10.1 configura «la dignidad de la persona» como uno de los componentes del «fundamento del orden político y de la paz social», es bien patente.

(41) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *JZ* 2003, p. 812.

(42) *Ibidem*, p. 812.

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» (43). En definitiva, «que corresponda al embrión humano la protección de la dignidad del hombre y con ello también el derecho a la vida no depende» según Böckenförde «de ninguna clase de fundamentalismo ontológico, ni de si se puede calificar empíricamente como persona a un embrión de ocho o de dieciséis células». Lo «decisivo» sería, «más bien, que el reconocimiento de la dignidad del hombre, tal y como lo proclama la Ley Fundamental, de acuerdo con su propio contenido normativo y para que el mismo no resulte arbitrariamente recortado también abarca los primeros comienzos de la vida de todo ser humano y a ellos tiene que extenderse», con la consecuencia de 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» (44).

3. En lo que sigue se habrán de examinar las consecuencias e implicaciones de los puntos de vista reseñados en distintos aspectos de la protección de la vida prenatal. Por un lado, se tratará de comprobar 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, se habrá de establecer hasta qué punto encuentran apoyo en los conocimientos científicos hoy vigentes. Y en otro orden de cosas 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 niveles de protección y la posibilidad de traducir todo ello a esquemas teóricos comprensibles. En otros términos, 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.

III. IMPLICACIONES PARA LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ABORTO Y DE HOMICIDIO: EN PARTICULAR RESPECTO DEL TRATAMIENTO DE LAS SITUACIONES DE CONFLICTO

A. Correspondencia con el derecho positivo y otras consideraciones pragmáticas

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» (45). Ello nos

(43) E.-W. BÖCKENFÖRDE, JZ 2003, p. 812

(44) *Ibidem.*, pp. 812 y s.

(45) Así C. F. GETHMANN, «Ethische Amerkungen zur Diskussion um den moralische Status des menschlichen Embryos», *DrZ* 80 (2002), pp. 204 y ss., 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

obliga a comparar el tratamiento que el Derecho vigente ofrece de los delitos de homicidio y de aborto.

Por lo que a nuestro Derecho se refiere, el Código Penal español de 1995 ha ampliado significativamente la protección que la regulación anterior dispensaba a la vida (y también a la salud) humana en su fase prenatal, pero no se ha producido, sin embargo, una equiparación, ni menos aún la unificación, del tratamiento jurídico-penal de estas conductas con el de las que lesionan estos mismos bienes en su fase postnatal. Tal protección es muy amplia y particularmente intensa en el caso de los delitos de homicidio (y de lesiones postnatales o personales): por una parte, se sancionan tanto los comportamientos dolosos (arts. 138 y ss., 147 y ss. y 617.1), como los imprudentes y éstos, tanto si media imprudencia grave (arts. 142, 152 y 621.1), como si se cometen de forma levemente imprudente (arts. 621.2 y 3) (46); 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. En cambio, la protección de la vida (y la salud) tiene una menor amplitud e intensidad en su fase prenatal (o intrauterina) de desarrollo: sólo se castigan los comportamientos de aborto (o lesiones al feto) de carácter doloso (arts. 144 y s. y 157) o que sean cometidos con imprudencia grave (arts. 146 y 158) y en estos últimos supuestos (los de grave imprudencia) sólo es punible la conducta realizada por terceros (no por la gestante); y, allí donde procede su imposición, las penas son en general sensiblemente inferiores a las de los correspondientes delitos en la fase postnatal (47).

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 rige para el homicidio, en el que sólo operan (y además dentro de muy estrechos límites) las causas de justificación generales de la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber (48).

B. Cómo explicar la desigualdad de trato: ¿diferencias de valor o del contexto de la acción?

1. Según la consideración más generalizada, la necesidad de distinguir, en la protección penal de la vida humana, dos ámbitos, tajantemente separados por la cesura del nacimiento, en los que esa vida recibe una tutela sustancialmente diferente, deriva ya del distinto valor que a la vida humana corresponde antes y después del

verse en Newsletter Akademie-Brief – No. 34 (October 2002), pp. 1 y s. (publicación de la Europäische Akademie zur Erforschung von Folgen wissenschaftlich-technischer Entwicklungen)]. La conclusión a que llega este autor es que «quien, con el recurso al status de persona, considera al ser humano provisto de una pretensión categórica de protección de la vida tiene que sustraer el aborto, de un modo lógicamente forzoso, a cualquier ponderación» y «quien por contraposición considera admisible el aborto en ciertas circunstancias (aunque sea tan sólo la de la indicación médica) ha concedido por principio que la protección de la vida humana es accesible a ponderaciones».

(46) La única excepción es la comisión por imprudencia leve de lesiones que (si mediase dolo) serían constitutivas de falta.

(47) Cfr. sobre todo ello, de un modo más detallado, E. PEÑARANDA RAMOS, *RDPC*, 2.ª época, 11 (2003), pp. 166 y ss.

(48) *Vid.* a este respecto, por ejemplo, E. PEÑARANDA RAMOS, «Homicidio», en M. Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho Penal* (Parte especial), vol. I, Madrid, 2003, pp. 128 y ss.

nacimiento. Sumamente expresiva de este punto de vista es la opinión de mi maestro, Rodríguez Mourullo: es un «hecho» indudable que nuestro Código penal atribuye «a la vida del *nasciturus* un valor menor que a la vida del hombre ya nacido» y que esto es precisamente lo que explica que, «consecuentemente, se castigue con menos severidad la destrucción del fruto de la concepción que la muerte de otro hombre» (49). Antes que él, Arroyo Zapatero había expuesto ya esta misma idea incluso de un modo más tajante: «la tesis de la igualdad de valor de ambos bienes es de todo punto insostenible, pues, en la historia de las ideas filosóficas y religiosas, y tanto en el Derecho histórico como en el vigente, la constante que predomina es la valoración diferenciada de la vida humana en formación y de la vida de los nacidos» (50). En ello coincide, de un modo u otro, casi la totalidad de la doctrina penal española (51). Y en esta línea apunta claramente también la STC 53/1983, de 11 de abril: «la vida humana es... un continuo sometido por efectos del tiempo a *cambios cualitativos* de naturaleza somática y psíquica *que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital*» y «dentro de esos cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital... tiene particular relevancia el nacimiento» (52).

2. La cuestión no es, sin embargo, del todo pacífica. 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, otro sector todavía importante, apoyándose en la interpretación más usual de las sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 25 de febrero de 1975 y 28 de mayo de 1993, dictadas ambas en materia de aborto, considera inaceptable el establecimiento de cualquier diferencia valorativa en atención al estadio en que la vida se encuentre (53). Así, según Tröndle, «la vida del no nacido no tiene desde el punto de vista constitucional un status menor que la de los nacidos, porque los artículos 1 I y 2 II,

(49) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en M. Cobo del Rosal (dir.)/M. Bajo Fernández (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I, *Derecho Penal y Constitución*, Madrid, 1982, p. 70. En el mismo sentido J. CEREZO MIR, «Interrupción voluntaria del embarazo», en S. Mir Puig (ed.), *La despenalización del aborto*, Barcelona, 1983, pp. 117 y 121; íd., «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», en *Estudios Penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, pp. 104 y s. Vid. también T. S. VIVES ANTÓN, «Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido», *REDC* 15 (1985), p. 139.

(50) L. ARROYO ZAPATERO, «Prohibición del aborto y Constitución», *RFDUCM*, núm. 3, monográfico (1980), p. 202. A él se adhiere en este punto G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *CLP* I (n. anterior), p. 69.

(51) Aparte de los autores citados en las notas anteriores vid. por ejemplo J. L. Díez RIPOLLÉS, «El artículo 417 bis del Código penal y su naturaleza jurídica», en M. Cobo del Rosal (dir.)/M. Bajo Fernández (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. IX, Madrid, 1989, pp. 59 y ss.; C. M.^a ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, p. 139; y P. LAURENZO COPELLO, en J. L. Díez Ripollés/I. Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, I, Valencia, 1997, p. 278.

(52) STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5.º a) y c).

(53) Sobre estas posiciones vid. también, críticamente, J. L. Díez RIPOLLÉS, *CLP* IX (n. 51), pp. 61 y ss.; y E. RAMÓN RIBAS, *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Granada, 2002, pp. 282 y ss. (ambos con referencias a autores españoles que sostienen la igualdad de valor de la vida humana en todas sus fases). Próximo al punto de vista que se expone en el texto está I. PÉREZ VALERO, «El problema del límite mínimo en la delimitación del objeto material en los delitos de homicidio y lesiones (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999)», *AP* 1999, pp. 578 y 584 y s.

inc. 1.º, GG no permiten graduaciones de valor» (54). En este mismo sentido, Günther considera que «el embrión, feto o *nasciturus* y el niño ya nacido no se pueden fragmentar artificialmente en bienes jurídicos distintos. Tal perspectiva ignora los datos biológicos, contradice el sentimiento de justicia y la decisión jurídico-constitucional» plasmada en aquellos preceptos «a favor de la igualdad de valor (continuidad/identidad) de la vida del nacido y del no nacido» (55). Y, hasta hace poco, también Eser sostuvo la «fundamental equivalencia» de la vida humana desde su individuación (56). Ciertamente, ninguno de estos autores ha propugnado que la protección jurídico-penal de la vida de los no nacidos haya de ser por ello idéntica a la que se le ha de dar tras el nacimiento (57). La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en la que pretenden apoyarse 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» (58). La menor extensión e intensidad de tal protección antes del nacimiento habría de 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 categóricamente 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 Keller, «sólo la situación de conflicto y no el bien jurídico es susceptible de graduación» (59). Concretando este punto de vista, Eser, por ejemplo, vino a señalar que aquella explicación se hallaría en la necesidad de compensar la colisión objetiva de intereses en que se sitúan la gestante y el embrión por su peculiar vinculación 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 a la vida en gestación en ese contexto (60).

Gropp, que comparte fundamentalmente estos puntos de vista (61), les ha dado últimamente un giro aún más radical. A su juicio, el comienzo del nacimiento es

(54) TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49.ª ed., München, 1999, § 218, núm. marg. 17, antes del § 218.

(55) H. L. GÜNTHER, «Der Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen», *GA* 1987, pp. 445 y s.

(56) Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25.ª ed., München, 1997, núm. marg. 9 antes de los §§ 218 y ss., con otras referencias a partidarios (y detractores) de esta posición.

(57) Más cerca de ello se encuentra el punto de vista de C. BELLING, *Ist die Rechtfertigungstheorie zu § 218 a StGB haltbar? Zur Rechtsnatur der sogenannten indizierten Abtreibung*, Berlin-New York, 1987, pp. 70, 143 y ss., 150 y s. y *passim*.

(58) *BverfGE* 39, p. 45.

(59) R. KELLER, «Beginn und Stufungen des strafrechtlichen Lebensschutzes», en H. L. Günther/R. Keller (eds.), *Fortpflanzungsmedizin und Humangentik – Strafrechtliche Schranken?*, *Tübinger Beiträge zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen*, 2.ª ed., Tübingen, 1991, p. 123.

(60) Como en n. 56.

(61) W. GROPP, *GA* 1988, pp. 1 y ss., 19 y s., había sostenido anteriormente que el derecho a la vida de nacidos y no nacidos sería igualmente merecedor de protección penal, pero que existiría una menor capacidad de protección de la vida prenatal, pues tal capacidad vendría relativizada, en caso de conflicto con ciertos intereses de la gestante, por el hecho de que el no nacido se halle precisamente en el cuerpo de una madre que goza, a su vez y por principio, de inviolabilidad. La única diferencia esencial con lo que

«sólo un episodio más en el trayecto vital del ser humano» y, por tanto, sería arbitrario atender a ese dato para justificar una diferencia de trato de nacidos y no nacidos en cuanto a la protección de su vida y su salud (62). Todavía el Código penal alemán de 1871 se habría podido atener fundamentalmente a ese dato porque en su tiempo poco era lo que se pensaba sobre la vida prenatal. Entonces el no nacido no desempeñaba fundamentalmente ningún papel en la sociedad y no se consideraba necesaria para su protección la intervención del Derecho penal (fuera, se entiende, del caso del aborto doloso). Porque se tenía conciencia, sin embargo, de los riesgos que podían acecharle durante el parto, se extendió el alcance de los preceptos sobre el homicidio a esa fase final del embarazo a través de la fórmula del antiguo § 217 StGB (63). Todo este planteamiento pertenece, sin embargo, a juicio de Gropp, al pasado. En la actualidad el ser humano que aún no ha nacido, no es por ello un desconocido. Muchos padres se interesan por conocer cuál será el sexo de su hijo y muy pronto le ponen un nombre. Se sabe ahora mucho más de su estructura genética, que lo que sabemos de nosotros mismos. En definitiva el *nasciturus* no está ya oculto: «está ahí y desempeña un papel social, se ha convertido en un sentido social en persona» (64). Por otra parte, al igual que la conciencia de los riesgos del parto condujo a considerar la muerte producida en el transcurso del mismo como homicidio, el conocimiento que hoy tenemos sobre los riesgos de la terapia y el diagnóstico prenatales, impulsan a anticipar aún más su reconocimiento como persona a efectos penales. Sería por tanto preciso encontrar un criterio, alternativo al del nacimiento, al que vincular esta anticipación (65). Una consideración del Derecho comparado, especialmente del Derecho anglosajón y del Derecho holandés (66), pondría de manifiesto que este criterio podría hallarse

W. GROPP, «Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit», *GA* 2000, pp. 8 y ss. sostiene ahora es que ese dato no sería suficiente para justificar una diferencia de trato de la vida antes y después del nacimiento: el único criterio que permitiría justificar tal diferencia, desde el punto de vista de la necesidad del recurso a la sanción penal, sería el de la falta de viabilidad a causa de insuficiente madurez para continuar con vida en el exterior del claustro materno.

(62) W. GROPP, *GA* 2000, p. 10.

(63) *Ibidem*, p. 9.

(64) *Ibidem*, pp. 9 y s.

(65) *Ibidem*, p. 10.

(66) W. GROPP, *GA* 2000, pp. 11 y ss., toma aquí ya en cuenta distintas resoluciones o disposiciones que atribuyen a la viabilidad extrauterina el efecto de limitar la posibilidad de una libre interrupción del embarazo en esta fase. Así sucede en los Estados Unidos de Norteamérica de acuerdo con la jurisprudencia de la *U. S. Supreme Court*, que, desde las sentencias dictadas en los casos *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton*, de 1973, reconoce a la gestante un derecho constitucional a decidir libremente sobre la continuidad de su embarazo, pero confiere a los Estados el derecho a prohibir el aborto, que no sea necesario para proteger la vida o la salud de la mujer, desde el momento en que el feto alcanza la viabilidad (sobre esto *vid.* también, por ejemplo, M. A. WARREN, *Moral Status. Obligations to Persons and Other Living Things*, Oxford, 2000, pp. 212 y ss.); y en el Reino Unido, donde la *Infant Life Act* de 1929 prohíbe como «*child destruction*» la muerte de un no nacido que haya alcanzado la madurez suficiente para ser «*capable of being born alive*», lo que, sin llegar a equipararlo plenamente al ser humano ya nacido, viene también, ante todo, a restringir la justificación del aborto en esa fase tardía de la gestación. Su atención se centra, sin embargo, especialmente en la regulación contenida en el art. 82 a) del Código penal holandés, que viene a extender el alcance de los tipos de homicidio doloso (arts. 287-292) a la producción de la muerte de un feto del que cupiera seriamente esperar que estaría en condiciones de permanecer con vida fuera del claustro materno, presumiéndose que ello sucede en todo caso a partir de la 24.ª semana de gestación.

en la viabilidad extrauterina, esto es, en el momento en que termina la dependencia *necesaria* del feto respecto del organismo de la madre (67). Esta solución posibilitaría además un tratamiento adecuado de las lesiones ocasionadas al feto a partir del momento en que éste alcanzara esa viabilidad (68). Gropp cree que este criterio se podría sostener ya, *de lege lata*, como una interpretación del Derecho vigente, desde la derogación del anterior § 217 StGB y a la vista del silencio del legislador acerca de lo que se ha de entender como «interrupción del embarazo» en los §§ 218 y ss. StGB (69), pero la necesidad de efectuar en éste ciertas adaptaciones, a fin sobre todo de evitar que hubieran de considerarse también punibles comportamientos imprudentes de la gestante que ocasionen la muerte o lesiones del feto (70), le lleva finalmente a plantearlo tan sólo como una propuesta *de lege ferenda*, como una provocación al debate (71).

3. Algunos de los datos expuestos por Gropp tienen un indudable interés y de hecho pueden contribuir a explicar la creciente atención que desde el Derecho Penal se presta a la fase prenatal de desarrollo de la vida humana. La reciente incriminación en nuestro Derecho del aborto cometido por grave imprudencia y de las lesiones al feto dolosas o gravemente imprudentes se debe, con seguridad, a la distinta forma en que hoy se percibe el proceso de la gestación, a la mayor conciencia de los riesgos que lo acompañan y a la mayor importancia que, en virtud de los cambios sociales últimamente producidos, se concede ahora a la vida y a la salud en este período (72).

Todo ello no evita, sin embargo, que la tesis de la completa equivalencia de la vida humana en sus fases prenatal y postnatal de desarrollo haya de ser considerada como una «exageración muy difícil de sostener» (73). Creo que esto ya es evidente, si se toman en consideración algunas prácticas sociales muy arraigadas, que no me consta nunca hayan sido seriamente cuestionadas. Cabe citar en este sentido la siguiente reflexión expuesta en un informe muy recientemente elaborado en el ámbito de la Academia Nacional de Ciencias norteamericana: «Incluso en nuestra propia sociedad, donde muchos mantienen este punto de vista (sc. el de el igual valor de la vida humana en todas sus fases, desde el instante mismo 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

(67) W. GROPP, *GA* 2000, pp. 10 y s. y 13 y s. El criterio no podría ser en cambio el de la pura *dependencia fáctica* respecto del organismo de la gestante, pues tal clase de dependencia «existe también tras el inicio de la dilatación y hasta la conclusión del parto y, por tanto, en un momento en el que *indiscutidamente* ha comenzado ya la personalidad e efectos jurídico penales» (*ibídem*, p. 10, núm. 47). Esta última aseveración no es ya exacta ni siquiera en Alemania: *vid.* E. PEÑARANDA RAMOS, *RDPC*, 2.ª época, 11 (2003), pp. 170 y ss.

(68) Cfr. W. GROPP, *GA* 2000, pp. 16 y s.

(69) *Vid.* W. GROPP, *GA* 2000, pp. 14 y s.

(70) *Ibídem*, pp. 15 y ss.

(71) *Ibídem*, pp. 17 y s.

(72) Cfr. también sobre ello C. M.ª ROMEO CASABONA, «El estatuto jurídico del embrión y del feto, en Ética da vida: Concepções e debates», *Actas do III Seminario do Conselho Nacional de Ética, Presidência do Conselho de Ministros*, Lisboa, 1996, pp. 133 y s.; y E. RAMÓN RIBAS (n. 53), pp. 72 y ss. y 349 y ss.

(73) Así acertadamente G. GEILEN, «Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens», *ZStW* 103 (1991), p. 489. Cfr. también en este sentido J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *CLP*, IX (n. 51), pp. 59 y ss.

reproducción humana normal no es reconocida como una muerte que requiera un funeral» (74). 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). La praxis moral como tal no es ciertamente un argumento forzoso para situar los límites de la clasificación moral como persona en el momento del nacimiento, pero el papel de la fecha de nacimiento en la vida civil hace sin embargo patente que en esa praxis no tiene por qué proyectarse al momento de la fecundación el comienzo de todas las definiciones esenciales de la identidad personal» (75). Esta observación es oportuna y sale al paso de las consideraciones de Böckenförde sobre el valor socialmente atribuido al hecho de la concepción o incluso, pues la identificación que este autor hace de ésta con el de la relación sexual que la origina no es muy precisa, a algún dato precedente: la importancia central del nacimiento no excluye que también se conceda alguna importancia, sobre todo en ciertos contextos 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 alguna protección aunque sea en una medida menor.

4. Y es que si abandonamos ya el ámbito de la praxis social más o menos informal y nos introducimos en el contexto de la praxis jurídica más formalizada, como es la que corresponde al Derecho penal, se hace especialmente visible lo inadecuado de la tesis de la equivalencia y de un modo muy particular cuando esa equivalencia se postula ya desde el comienzo de la gestación o incluso antes, desde la fecundación misma. De una parte, apelar a la potencial situación de conflicto en que la vida en gestación puede encontrarse con los intereses de la mujer por la peculiar relación simbiótica que constituye el embarazo no explica directamente la menor punición que prácticamente todos los ordenamientos actuales, incluido el

(74) Cfr. «Guidelines for Human Embryonic Stem Cell Research (Prepublication Copy)», The National Academies Press, Washington D.C. (2005), p. 40 (disponible en <http://www.nap.edu/openbook/0309096537/html/R1/html/>). Fuera del contexto del aborto se cita también a continuación como un ejemplo más que «la disposición de embriones humanos después de completarse un tratamiento de infertilidad no es tratada como asesinato por el sistema legal». El ejemplo del texto recuerda vivamente el comentario de J. HABERMAS, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, trad. de R. S. Carbó, Barcelona-Buenos Aires, 2002, pp. 54 y s., a una información relativa a la modificación introducida hace unos años en la Ley sobre entierros del Land de Bremen: «Dicha información se refiere a los nacidos muertos y prematuros, así como a las interrupciones clínicas del embarazo, y reclama que el trato que se dé a los fetos guarde la honoración debida a la vida muerta. De acuerdo con dicha ley, no hay que eliminar a los fetos como –según el lenguaje funcional– «basura ética» sino enterrarlos en un cementerio, en fosas comunes anónimas. La reacción del lector –comenta Habermas– a la obscenidad de la formulación –por no hablar del desagrado ante la praxis– delata a contraluz del embrión muerto lo extendido y profundo que es el temor por la integridad de la vida humana incipiente, que ninguna sociedad civilizada puede tocar sin más ni más. Por otra parte, el comentario que hace el periódico (sc. la Frankfurter Allgemeine Zeitung del 13 de marzo de 2001) a la inhumación colectiva anónima arroja luz sobre una distinción intuitiva que me parece interesante: “La ciudadanía de Bremen también era consciente de que sería una exigencia excesiva (quizá incluso equivalente a un duelo colectivo patológico) que los embriones tuvieran que ser enterrados con los mismos criterios que los muertos después del nacimiento. [...] El dictado de respetar a los muertos puede expresarse en varias clases de entierro”».

(75) C. F. GETHMANN, *DriZ* 80 (2002), p. 208.

nuestro, establecen, no sólo para el aborto consentido, sino también para el no consentido, sin que ello haya sido sentido como una discriminación intolerable para la vida prenatal (76). Y de otra, tampoco recibe así una explicación suficiente la gradual intensificación de la protección de la vida, que late, también en los casos en que el conflicto ya está presente, tanto en el sistema de las indicaciones, como en el del plazo (77). No es ajeno a estas consideraciones el cambio de opinión de Eser, quien finalmente ha venido a reconocer que la vida humana prenatal tiene un valor creciente a medida que se aproxima al nacimiento (78).

Por lo demás también tropiezan con serias dificultades los intentos de equiparar la vida humana prenatal a la postnatal en sus fases más tardías de desarrollo, ya sea a través de la interpretación, ya sea por vía legislativa. Ello vale desde luego, para la propuesta de Gropp y otras similares de efectuar tal equiparación a partir del momento de la viabilidad extrauterina. Como este autor reconoce, esta propuesta habría de producir importantes fricciones con la sistemática del Código penal, pues la completa protección que en él se dispensa a la vida y a la salud no es, sin más, trasladable a la fase prenatal. Significativamente en el Código holandés la equiparación sólo se produce respecto de las formas dolosas del homicidio. Y, en la propuesta de Gropp, de esa equiparación se excluye en todo caso a la mujer y, en parte, a las personas que se mueven en su esfera social más próxima, cuando se comportan de forma meramente imprudente, a fin de no reducir de un modo intolerable su libertad de actuación (79). Que esto no se compadece del todo con el reconocimiento al feto viable del mismo status que a la gestante me parece ya claro (80). Pero todo se hace aún más evidente si se examinan algunas implicaciones de la tesis, mucho más extendida, de que a efectos penales la adquisición de ese status se sitúa en el momento del inicio y no de la conclusión del parto (81).

(76) J. L. Díez RIPOLLÉS, *CLP IX* (n. 51), p. 63; y ahora E. RAMÓN RIBAS (n. 53), pp. 283 y ss. y 381. Para el Derecho alemán *vid.* también en este sentido MAURACH/SCHROEDER, *Strafrecht BT I*, 8.ª ed., Heidelberg, 1995, 6/9.

(77) Cfr. en este sentido G. GEILEN, *ZStW* 103 (1991), pp. 849 y s. Sobre este carácter graduable del valor de la vida antes del nacimiento *vid.* también, entre otros, S. HUERTA TOCILDO, «Criterios para la reforma del delito de aborto», en S. Mir Puig (ed.), *La despenalización del delito de aborto*, Barcelona, 1983, p. 15; J. L. Díez RIPOLLÉS, *CLP IX* (n. 51), pp. 54 y 57 y s.; A. RUIZ MIGUEL, «El aborto: Problemas constitucionales», en *Cuadernos y Debates* 25, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 65 y ss.; J. CARBONELL MATEU/J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal*, t. II, Valencia, 1996, pp. 767 y s.; C. M.ª ROMEO CASABONA, *El estatuto jurídico del embrión y del feto* (n. 72), pp. 140 y ss.; y E. RAMÓN RIBAS (n. 53), pp. 287, n. 154, 349, n. 27, y 371, con n. 88. La misma idea late en la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5.º

(78) Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *StGB Kommentar*, 26.ª ed., Munich, 2001, § 218, núm. marg. 9 antes de los §§ 218 y ss.

(79) Cfr. W. GROPP, *GA* 2000, pp. 15 y ss.

(80) Cfr. en este sentido W. KÜPER, «Mensch oder Embryo? Der Anfang "Menschseins" nach dem neuen Strafrecht», *GA* 2001, pp. 536 y s.: «la pretensión de protección de la "persona" embrionaria», supuestamente exigida por razones jurídico-constitucionales, dificultaría la aceptación en esos casos de una exención de la pena o de un ámbito neutral al Derecho penal respecto de la gestante o las personas de su entorno.

(81) Esta es desde hace mucho la tesis dominante en la jurisprudencia y la doctrina alemanas. En España predomina en la doctrina el criterio de la completa separación o expulsión del claustro materno, pero la situación ha dado un giro por lo que respecta a la jurisprudencia: las SSTs de 22 de enero de 1999 [RJ 1999, 275] (en materia de lesiones) y de 29 de noviembre de 2001 [RJ 2002, 1787] (en materia de homicidio) se orientan manifiestamente en esta dirección. El TS, en estas dos

5. ¿Qué solución debe darse a aquellos casos en los que, una vez comenzado ya el parto, surge una situación de necesidad en la que entran en colisión la vida de la madre y la del hijo que está naciendo? De estas hipótesis se ha tenido que ocupar muy intensamente la doctrina alemana, pues en ella resultan particularmente problemáticas precisamente por el predominio del criterio de que no estamos ya en el ámbito del delito de aborto, sino del de homicidio. Desde este entendimiento, lo único que parece indiscutible es que no cabría apelar en estos casos a la indicación terapéutica, que sólo tiene aplicación para la «interrupción del embarazo». A partir de aquí y, dando por supuesto que la madre no quiera sacrificarse –pues en otro caso los términos del problema variarían radicalmente– las soluciones difieren, pero lo hacen dentro de una tendencia general a conceder preferencia a la vida de la madre sobre la de su hijo (82). La dificultad estriba en el modo de fundamentar semejante conclusión a partir de aquellas premisas. Puesto que ello no se podría basar, por definición, en una diferencia de valor de los bienes en conflicto, pues se trataría de la vida de dos personas (83), la razón para la preferencia de la vida de la madre habría de hallarse en otro plano: en la consideración del niño como un *quasi aggressor*

resoluciones, determina que «el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto», con el propósito declarado de propiciar una «mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución». Recientemente se han sumado varios autores a esta tesis: así J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Imprudencia sanitaria con resultado de lesiones irreversibles al feto. Comentario a la sentencia 492/95, de 5 de abril de 1995, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», en *Actualidad del Derecho Sanitario*, 1995, p. 354; C. GRANADOS PÉREZ, «Objeto material en los delitos contra las personas», en *Delitos contra las personas, Manuales de formación continuada* 3, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 241 y ss.; I. PÉREZ VALERO, *Actualidad Penal* 1999-2, pp. 571 y ss., 580 y ss.; A. ALONSO DE ESCAMILLA, en C. LAMARCA PÉREZ/A. ALONSO DE ESCAMILLA/E. MESTRE DELGADO/I. GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2001, pp. 46 y 63 (aunque equívocamente esta autora añade: «en contra STS 22 de enero de 1999»); A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 6.ª edición (con la colaboración de Alfonso Serrano Mañillo), Madrid, 2001, pp. 8 y s.; C. PÉREZ DEL VALLE, en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. V, Madrid, 2002, pp. 314 y s.; M. OLMEDO CARDENETE, *ibidem*, pp. 605 y ss.; y E. SANTANA PÁEZ/S. SENENT MARTÍNEZ, *ibidem*, p. 643, aunque la posición de estos últimos autores apunta incluso a un momento anterior, el de la viabilidad, en la línea de la propuesta de Gropp. Acerca de todo ello cfr. E. PEÑARANDA RAMOS, *RDPC*, 2.ª época, 11 (2003), pp. 167 y ss. y 221 y ss.

(82) Sobre esta cuestión *vid.* ampliamente C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* I, 3.ª ed., C. H. Beck, München, 1997, 16/70 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER (26) (n. 78) núm. marg. 41 antes de los §§ 218 y ss.; y críticamente R. HERZBERG/A. I. HERZBERG, «Der Beginn des Menschseins im Strafrecht: Die Vollendung der Geburt», *JZ* 2001, pp. 1110 y s. (todos con múltiples referencias).

(83) La conformidad a Derecho de la muerte del niño producida para salvar la vida de la madre (lo que, con una terminología obsoleta, se sigue denominando «perforación», esto es, craneotomía) no podría, en principio, ser fundamentada a través del estado de necesidad (agresivo) justificante (§ 34 StGB), pues, medidos por el valor de los bienes en juego, el interés que se trata de salvar no es de mayor importancia –y, menos aún, de una importancia esencialmente mayor, como este precepto requiere– que el que se lesiona. La admisión de un simple estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB) parece en general insatisfactoria, pues para la madre ello implicaría que su actuación seguiría siendo antijurídica y contra ella cabría legítima defensa, o al menos, un estado de necesidad defensivo, por parte de quien quisiera impedir la muerte del niño; y, para un tercero, señaladamente el médico que asiste al parto, que rara vez podría operar esa causa de exculpación, pues respecto de él, normalmente, la madre no es una «persona allegada» en el sentido de este precepto. Tampoco convence a la mayoría justificar el comportamiento del médico por una «colisión de deberes», pues, al considerarse ambos deberes de igual rango, ello dejaría a su libre elección el salvamento de la madre o del hijo.

iniustus, lo que nos remitiría a uno de los supuestos típicos del estado de necesidad defensivo. Desde esta perspectiva «una persona (el niño que está naciendo) pone en peligro a otra persona (la madre), sin que a aquélla se le pueda imputar esa puesta en peligro, ni siquiera como una acción, pues el nacimiento es un proceso puramente biológico» (84). Esta forma de plantear la cuestión encuentra un aparente fundamento en la idea de que la situación de necesidad tiene su origen «la mayor parte de las veces en una especial constitución del hijo (p. ej., hidrocefalia)» (85), pero desatiende la posibilidad de que suceda a la inversa (el peligro procede, por ejemplo, de la estrechez del canal del parto de la madre, a la que con igual fundamento se la podría entonces considerar como *quasi agressora iniusta* de su hijo) (86) o de que la situación de necesidad se desarrolle por factores que nada tengan que ver con la constitución de uno y de otra (87). Por ello se trata de aportar otros argumentos. El de Roxin es el siguiente: «la madre, que da al hijo la vida, tiene que cargar con las molestias y los perjuicios para su salud que están normalmente unidos al embarazo. Sin embargo, el Derecho no podría exigirle, como donante de esa vida, el sacrificio de la propia o la asunción de graves menoscabos en su salud». Que ello debe ser así vendría a demostrarlo también «el caso paralelo de la interrupción del embarazo en indicación médica, en el que la perforación no se puede subsumir sólo porque el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, ha anticipado la cualidad de persona al comienzo del nacimiento. Esto ha sucedido para proteger al bebé durante el nacimiento de una muerte o de unas lesiones evitables, pero no para recortar el derecho a la vida de la madre» (88).

No importa aquí tanto establecer cuál sería, desde aquellas premisas, la solución más correcta de ese delicado problema, ni en qué modo podría influir en ella la diferente regulación que el estado de necesidad tiene en nuestro Derecho (89). Más interés tiene ahora poner de relieve que esta forma de argumentar supone la aceptación, al menos implícita, de que la eventual ampliación al aún no nacido —en zonas más o menos extensas de la vida prenatal— de la protección penal que se dispensa a la vida de las personas no significa todavía su reconocimiento «como un miembro de pleno derecho de la comunidad jurídica» (90), esto es, precisamente como persona, ni puede aminorar la significación que a tal efecto sigue teniendo el nacimiento.

(84) C. ROXIN, AT (3) I (n. 82), 16/70.

(85) C. ROXIN, *ibídem*.

(86) Sobre esto ya G. GEILEN, ZStW 103 (1991), pp. 845 y s.; G. JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., Berlin-New York, 1991, 13/22, n. 44; y R. HERZBERG/A. I. HERZBERG, JZ 2001, p. 1111.

(87) *Vid.* el ejemplo que proponen R. HERZBERG/A. I. HERZBERG, JZ 2001, p. 1111.

(88) C. ROXIN, AT I (n. 82), 16/70.

(89) Creo sin embargo que en la ponderación de los males, y por tanto de todos los intereses en juego que es decisiva para apreciar o no un estado de necesidad conforme al artículo 20, núm. 5.º, tendrían también importancia consideraciones similares a las que se encuentran en la doctrina alemana. *Vid.* F. MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *RDPC*, núm 1, extraordinario, 2000, pp. 252 y ss.

(90) *Cfr.* en este sentido G. JAKOBS, AT (n. 85), 13/22, n. 43. De ello es también consciente W. KÜPER, GA 2001, p. 518: la consideración de la doctrina alemana dominante de que la cualidad de persona a efectos penales se produce ya en el momento del inicio del parto supone la *extensión* del ámbito de protección de los delitos de homicidio, por razones político-criminales, a una fase que, materialmente, constituye todavía «una fase del embarazo».

C. Nuevamente: la importancia del posible conflicto de la vida prenatal con los legítimos intereses de la gestante

Como hemos visto anteriormente, la situación de conflicto en que la vida prenatal puede llegar a encontrarse con los intereses de la mujer gestante por la especial relación que los une durante el embarazo no explica por sí misma, directamente, la menor punición que nuestro ordenamiento jurídico establece en todo caso para el aborto (también cuando éste no ha sido consentido y, por tanto, el mencionado conflicto no se hace presente) respecto de las distintas formas del homicidio. La importancia del nacimiento para la adquisición del status de persona y con ello para el acceso a la más elevada forma de protección que el ordenamiento jurídico presta a la vida puede deberse más bien al hecho de que el nacimiento supone la incorporación del ser humano a la vida social en una forma que no era posible mientras se encontraba en el interior de su madre (91). Este es probablemente también el punto de vista de nuestro Tribunal Constitucional cuando afirma que «dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, *ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad*» (92). Pero, justamente porque con ello se rompe simultáneamente la vinculación orgánica que hasta ese momento unía al feto con una persona, la gestante, no se puede descartar que en la elección del criterio del nacimiento juegue también algún papel la idea de que el reconocimiento de un derecho igual a la vida antes y después del nacimiento vendría a poner en peligro el status jurídico de las mujeres durante el embarazo, precisamente en atención esas situaciones de conflicto (93). En todo caso, una vez que, por las razones que sea, el legislador ha decidido establecer una protección

(91) T. S. VIVES ANTÓN, *REDC* 15 (1985), p. 144: «la posibilidad de vincular la titularidad de los derechos al nacimiento... es... totalmente razonable, porque el Derecho es un orden de convivencia y el nacimiento representa su iniciación». En este sentido también J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *CLP IX* (n. 51), pp. 62 (con otras referencias) y 66; y P. LAURENZO COPELLO, *Comentarios PE* (n. 51), p. 279. Vid. también J. HABERMAS (n. 74), pp. 49 y s.

(92) STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5.c).

(93) Sobre la importancia de este dato vid. E. PEÑARANDA RAMOS, *RDPC*, 2.ª época, 11 (2003), pp. 215 y ss., en referencia a la posición de M. A. WARREN, *Moral Status. Obligations to Persons and Other Living Things*, Oxford, 2000, pp. 215 y ss. Indicaciones en este sentido son claramente perceptibles en la STC 53/1985, FFJJ 8.º y 10.º. Cfr. también G. ALPA, *Sociología del diritto*, n. 1 (2004), pp. 29 y s., quien resalta la perplejidad que produciría que pudieran convivir en el mismo cuerpo dos sujetos con plenitud (y, por tanto, igualdad) de derechos. Acerca del «contexto de reconocimiento del embrión», que está necesariamente mediado por su relación con la madre, vid. C. F. GETHMANN, *DRiZ* 2002, p. 208. Una posición próxima, pero en este punto diferente, manifiesta W. LÜBBE, «Das Problem der Behindertenselektion bei der pränatalen Diagnostik und der Präimplantationsdiagnostik», en *Ethik in der Medizin* 3 (2003), pp. 203 y ss., 209, para quien el hecho de que ni el Derecho vigente ni la intuición moral más extendida equiparen homicidio y aborto es compatible con la tesis de un igual derecho a la vida antes y después del nacimiento. No obstante, como señala H. DREIER, *ZRP* 2002, p. 380: «si a la vida prenatal correspondiese la misma protección que a la persona ya nacida no sería comprensible cómo en caso de conflicto la decisión ha de recaer siempre a favor de la gestante y en perjuicio del *nasciturus*. (Incluso) la indicación médica sólo es convincente si se parte de la no equivalencia de la vida antes y después del nacimiento». Análogamente M. FROMMEL, *KJ* 2003, p. 422.

diferenciada para la vida en esas dos fases, ello condiciona, y hasta cierto punto viene a «programar», la consideración jurídico-penal de tales situaciones: «dado que, desde el punto de vista penal, como acredita el Derecho vigente, el valor de la vida del *nasciturus* es menor que la vida del hombre ya nacido, no resulta ilógico que la protección penal de aquélla experimente algunas limitaciones más que la de ésta» (94).

IV. IMPLICACIONES EN EL TRATAMIENTO DE LAS CONDUCTAS QUE INCIDEN EN EL EMBRIÓN NO IMPLANTADO (O «PREEMBRIÓN»)

A. ¿Una protección penal más intensa para el embrión *in vitro*?

La tesis de que el valor de la vida humana es siempre el mismo y de que sólo se reduce el nivel de su protección durante el embarazo en atención a la relación simbiótica que se da en él entre el embrión o el feto y la gestante está destinada a provocar algunas paradojas justamente en relación con aquella etapa de la vida humana en que esa relación aún no se ha establecido (95).

1. Algunas de estas paradojas se han hecho sentir ya en aquellos ordenamientos jurídicos que han tratado de llevar a la práctica un planteamiento semejante. Muy significativo es el caso italiano. La regulación contenida en la Ley n.º 40 de 2004 sobre procreación médicamente asistida establece, en muchos aspectos, un mayor nivel de protección para el embrión *in vitro* que para el feto *in utero*. Canestrari y D'Avack, dos de sus más agudos comentaristas, han podido así señalar la «contradicción insuperable» que ello supone con la práctica de la interrupción del embarazo, por ejemplo tras un diagnóstico prenatal, realizada al amparo de la Ley n.º 194 de 1978 (96). De un modo muy expresivo, este autor ha advertido que el nuevo régimen jurídico de la reproducción asistida en Italia es coherente «con la voluntad de asegurar al embrión una tutela absoluta, la misma reconocida a la persona ya nacida», pero se revela en verdad incompatible con la que se le quiere dispensar una vez que ha sido ya implantado: «el embrión sería “persona con derechos absolutos” en la probeta y “persona sólo con derechos *prima facie*” en el útero materno; sacro e inviolable en el estadio de óvulo fecundado, aun privado del medio materno que le es indispensable para venir al mundo; y, por el contrario, sometido al principio de autodeterminación de la mujer, una vez alcanzado el estadio fetal». Y no menos «ilógico» le parece «considerar el aborto en el tercer mes un mal menor respecto de la selección

(94) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *CLP I* (n. 49), p. 70.

(95) Llama la atención sobre ellas W. GROPP, en K. P. JULIUS, «Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2003», *ZStW* 115 (2003), p. 687.

(96) S. CANESTRARI, *Diritto penale e processo*, n. 4/2004, p. 417; L. D'AVACK, *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXIII, 3-4 (2004), pp. 805 y ss. Análogamente G. ALPA, «Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti», en *Sociologia del diritto*, n.º 1 (2004), p. 40.

embrionaria precoz», dando así pie a decisiones judiciales que provocan una gran perplejidad. Este autor refiere, por ejemplo, cómo el Tribunal de Catania, el 3 de mayo de 2004, en la primera aplicación de la ley 40 de ese mismo año, «ha impedido 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», mientras que un mes más tarde, otro Tribunal, éste de Cagliari, «ha autorizado la reducción embrionaria respecto de un embarazo gemelar en el que uno de los embriones estaba enfermo» (97).

2. La referida tesis suscita también algunas otras perplejidades. Si el valor de la vida humana es el mismo a lo largo de toda su evolución ¿querrá esto decir que se ha de considerar igualmente disvaliosa la destrucción de un preembrión (o embrión preimplantatorio) que la muerte de un ser humano ya nacido? Para mostrar que tal 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 (98). Ute Sacksofsky, pese a compartir algunos de los presupuestos en que se basa aquel punto de vista, considera las implicaciones de este ejemplo decisivas para considerar que la protección de la vida humana en la fase prenatal se incrementa, independientemente del contexto, a medida que avanza en su desarrollo (99).

3. Por otra parte, la configuración de un estatuto del embrión preimplantatorio de tal nivel de exigencia conduciría 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 Birnbacher (100), 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, ni impedir su implantación mediante dispositivos intrauterinos y tampoco sería justificable la forma en que se practica la fertilización *in vitro*, en la que se permite

(97) L. D'AVACK, *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXIII, 3-4 (2004), pp. 806 y s., con núm. 16. Respecto de la problemática del diagnóstico preimplantatorio y su comparación con la del aborto embriopático tras un diagnóstico prenatal, cfr. E. PEÑARANDA RAMOS (n. 1), pp. 1673 y ss., 1682 y ss., 1692 ss. y *passim*.

(98) De hecho, según refiere W. LÜBBE, *Ethik in der Medizin* 3 (2003), p. 217, con n. 35, el único miembro del Consejo Nacional de Ética alemán que, consultado a este respecto, sostuvo otra opinión (la de que sería tan lícita esa opción como la contraria) fue el jurista Jochen Taupitz, sin aclarar si era éste su propio criterio o el que creía impuesto por el Derecho alemán.

(99) Cfr. U. SACKSOFSKY, «Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz», *KJ* 2003, pp. 279 y s. Sobre este ejemplo y sus implicaciones *vid.* también H. ROSENAU, *Reproduktives und therapeutisches Clonen*, en K. Amelung/w. Beulke et al. (eds.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70 Geburtstag*, Heidelberg, 2003, p. 774.

(100) D. BIRNBACHER, «Prinzip der Pietät -Begründung der (begrenzten) Schutzwürdigkeit früher Embryonen», *Ethik in der Medizin* 2-2004, p. 156.

fecundar y transferir hasta tres embriones en la esperanza de que sólo uno de ellos sobreviva (101). Menos aún otras prácticas autorizadas por nuestra legislación, como la utilización de embriones sobrantes con fines de investigación (sin que a tal efecto pudiese tener cualquier clase de relevancia que sean viables o no o que hayan sido crioconservados antes o después de una determinada fecha), ni la propia generación y crioconservación de tales embriones sobrantes, ni la negativa de la mujer a la transferencia después de realizada la fecundación (102). Ciertamente se podrían desechar estos reparos señalando 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 llegue 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 ser siempre llevado a nacer» (de ahí la prohibición de la crioconservación y de la sobreproducción de embriones que establece la ley italiana) y, sin embargo, en ocasiones para lograr otros fines regulativos que considera deseables, la ley prohíbe precisamente la implantación del embrión, como sucede en el caso de fallecimiento de su progenitor: entonces –se pregunta con razón este 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 intento de hacerlo nacer? Ciertamente la aspiración de tener ambas figuras paternas no puede ser razón jurídica y ética suficiente respecto de la no existencia» (103). Un dilema semejante se suscita con el embrión obtenido mediante clonación, cuya implantación es también prohibida y severamente sancionada por el § 6 II de la Ley alemana de protección de embriones (104).

B. ¿Es posible construir coherentemente un modelo gradual de protección de la vida humana?

1. En la doctrina constitucional alemana más reciente, a la vista de las dificultades con que tropieza la tesis tradicional, 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 de este derecho desde que la fecundación concluye, pero admiten distintos grados en su protección

(101) Cfr. en el mismo sentido W. LÜBBE, *Ethik in der Medizin* 3-2003, p. 218. F. HUFEN, *ZRP* 2002, p. 372, advierte también, apuntando a esos mismos ejemplos, que por ello es muy razonable que el Tribunal Constitucional alemán en sus dos sentencias sobre el aborto haya sido cauteloso a la hora de atribuir al embrión y más aún al embrión preimplantatorio la condición de titular de la dignidad humana.

(102) *Vid.* en este sentido, críticamente, L. D'AVACK, *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXIII, 3-4 (2004), pp.797 y s.

(103) L. D'AVACK, *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXXIII, 3-4 (2004), pp. 808 y s.

(104) 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, GAZZANIGA *et al.* en THE PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Reproduction & Responsibility* (n. 1), pp. 233 y s.

según las fases por las que discurre en su desarrollo (105). Otros aplazan hasta el momento de la implantación el reconocimiento del derecho fundamental a la vida (106). Otros, por último, sostienen que sólo los seres humanos ya nacidos pueden ser titulares del derecho fundamental a la vida y que antes de la cesura del nacimiento la vida humana sólo tiene una protección refleja, en todo caso cualitativamente distinta y menor, como bien jurídico-constitucional objetivamente derivado de la garantía de aquel derecho (107). Cabe suponer que la difusión de estos puntos de vista no es más amplia en Alemania porque la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional parece contradictoria, en alguno de sus fundamentos, con tales interpretaciones. Así lo admite expresamente Weyma Lübbecke: ella no habría querido plantear la posibilidad de un merecimiento diferenciado de protección de la vida humana según su estadio de desarrollo «porque la posición oficial, basada en las sentencias del *Bundesverfassungsgericht*, se mantiene hasta ahora firme en el rechazo de tales diferenciaciones» (108).

2. 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 es predominante en la doctrina jurídico-penal española (109), 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» (110). Esta diferencia cualitativa (111) entre las fases prenatal y postnatal 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

(105) En esta línea J. TAUPITZ, *NJW* 2001, pp. 3437 y s.

(106) Cfr. en este sentido H. G. DEDERER, *AöR* 127 (2002), pp. 17 y ss.; e *id.*, *JZ* 2003, pp. 998 y s.

(107) Así ante todo H. DREIER, *ZRP* 2002, pp. 377 y ss., 381. *Vid.* también en este sentido J. IPSEN, *JZ* 2001, 989 y ss.; T. HÖRNLE, *GA* 2002, p. 661; EADEM, *ARSP* 2003, p. 337; E. DENNINGER, *KritV* 2/2003, pp. 204 y s.; M. FROMMEL, *KJ* 2002, pp. 420 y ss. y 425.

(108) W. LÜBBE, *Ethik in der Medizin* 3-2003, p. 211. *Vid.* también M. FROMMEL, *KJ* 2002, p. 422. El pasaje fundamental es aquel en el que el Tribunal Constitucional alemán se pronuncia en contra de un sistema de plazos [BVerfGE 88, 203 (254): «La medida de la protección constitucionalmente exigida es independiente de la duración de la gestación. La Ley Fundamental no contiene para la vida prenatal gradaciones del derecho a la vida y de su protección que dependan del transcurso de determinados plazos y sigan el proceso de desarrollo de la gestación»].

(109) Cfr. E. PEÑARANDA RAMOS, *RDPC*, 2.ª época, 11 (2003), pp. 207 y ss. *Vid.* también ampliamente C. M.ª ROMEO CASABONA, *El derecho a la vida* (n. 17), pp. 25 y ss.

(110) STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5.º

(111) O «categorial» como dice H. DREIER, *ZRP* 2002, p. 378.

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 (112).

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 nivel de protección jurídica que se le dispensa. (113). 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 artículo 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

(112) Cfr. las SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5.º, 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3.º y 116/1999, de 8 de julio, FFJJ 5.º y 9.º

(113) Un reconocimiento implícito podría señalarse ya en la STC 53/1985 que, al afirmar literalmente que la vida es «un devenir, un proceso *que comienza con la gestación*» (113), había permitido entender —ésta es la interpretación de G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentario al artículo 15: Derecho a la vida», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, Madrid, 1997—, que nuestro Tribunal Constitucional «fija el comienzo de la vida en el inicio de la gestación», esto es, en la anidación o implantación en el útero materno, «y no en el momento de la concepción». Así se da también por supuesto en la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida para sostener que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional avala «la tendencia a admitir la implantación estable del óvulo fecundado como un elemento delimitador en el desarrollo embriológico». Críticamente por la utilización del término gestación en virtud de su supuesta confusión con el de fecundación, *vid.* J. R. LACADENA, «Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *RDGH* 11/1999, p. 148; e *íñ.*, «Las intervenciones en el genoma humano: un enfoque genético», en C. M.ª Romeo Casabona (ed.), *Genética y Derecho penal. Previsiones del Código penal de 1995*, Bilbao-Granada, 2001, pp. 14 y s. Es muy probable que la intención de los magistrados que dictaron aquella sentencia no fuera la de establecer el punto de partida de la vida humana sin más (adentrándose así más bien en el terreno de la Biología o de la Filosofía), sino, de un modo más acorde con la competencia que es propia a su función jurisdiccional, la de señalar el comienzo de su protección jurídica (o, más concretamente, el de esa forma particular de protección que le prestan los preceptos penales relativos al delito de aborto). Pero, aun con este limitado alcance, ello pondría ya de relieve la importancia concedida a la anidación o implantación en la delimitación de fases en el desarrollo vital y en la correspondiente legitimación de status jurídicos diferenciados.

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 artículo 2.4 de la Ley», cuya constitucionalidad igualmente se declara (114). 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).

C. La cuestión de la dignidad

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, impondrable, como es el de la dignidad de la persona? El argumento de que con los seres humanos, independientemente de su desarrollo, está vedado tener un trato meramente instrumental se utiliza con tal profusión que, al tiempo que se difuminan los contornos del principio de dignidad de la persona, se termina por devaluar su potencia crítica (115). En lo que ahora interesa 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 (116). Un ejemplo de ello lo encontramos nuevamente en Ute Sacksofsky. En su opinión, para establecer qué formas de trato dado a los embriones tempranos podrían entrañar atentados a la dignidad de la persona cabría servirse de una analogía con aquellos supuestos en que se aprecia con nitidez una lesión de su contenido nuclear 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 discapacitados (117). La exageración es evidente, como cuando se habla de «campos de congelación» para evocar una supuesta similitud con los campos de concentración y de exterminio o cuando se habla directamente de un «holocausto silencioso» en este contexto. Como ha replicado Weyma Lübke (118), de ser algo de eso

(114) STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 10.º. E. DENNINGER, *KritV* 2/2003, pp. 192 y s., manifiesta un «gran respeto» por las decisiones adoptadas por el legislador español en la LTRA y por la clarificación que a partir de ella ha realizado nuestro Tribunal Constitucional en esta sentencia de cuestiones fundamentales a las que el *Bundesverfassungsgericht* no habría podido ofrecer una respuesta satisfactoria.

(115) Acerca del uso «inflacionario» del principio de dignidad de la persona y sus inconvenientes cfr. U. NEUMANN, «Die Tyrannei der Würde. Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürde-prinzip», *ARSP* 1998, pp. 153 y 155 y s. *Vid.* también U. SCHROTT, *JZ* 2002, p. 177.

(116) Cfr. T. HÖRNLE, *ARSP* 2003, 318 y ss., 333 y ss.

(117) U. SACKSOFSKY, *KJ* 2001, p. 282.

(118) W. LÜBBE, *Ethik in der Medizin* 3 (2003), p. 218. En el mismo sentido, F. HUFEN, *ZRP* 2002, p. 372.

cierto no sería comprensible por qué no se propone inmediatamente emprender 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 congénitos (119). 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. Sacksofsky admite que esta equiparación tropieza con una resistencia comprensible a ver ya en el óvulo fecundado a una persona, pero ante la dificultad de encontrar una cesura incontrovertible (la del nacimiento se produciría, a su juicio, demasiado tarde) habría que atender al momento más temprano posible, ya que sería «más asumible atribuir la dignidad de la persona a un ser al que propiamente no le correspondía, que negarle injustificadamente esta protección a un titular de esa dignidad. Por tanto corresponde al embrión *in vitro* la protección del artículo 1 II GG» (120). Esta autora parece no percibir que la solución que propone es sumamente problemática, entre otras razones, porque no sólo favorece el status del embrión preimplantatorio, sino que recorta correlativamente el de quienes pudiesen tener intereses contrapuestos (121).

Dieter Birnbacher (122) 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, que propone distinguir «entre dignidad de la vida humana» y dignidad de la persona o «dignidad humana». En el pri-

(119) Sobre la diferencia entre las conductas «selectivas» en los ámbitos público y privado, cfr. W. LÜBBE, *Ethik in der Medizin* 3-2003, pp. 214 y ss. Vid. también F. HERZOG, *ZRP* 2001, p. 393.

(120) U. SACKSOFSKY, *KJ* 2003, p. 284. El mismo argumento utiliza C. PÉREZ DEL VALLE (n. 20), 205 y ss.

(121) Por ello critica también este argumento *tutor* U. SCHROTT, *JZ* 2002, p. 176. De un modo más general ya advertía U. NEUMANN, *ARSP* 1998, p. 159, que una extensión excesiva del principio de la dignidad de la persona conduce a una reducción de los derechos de libertad de los individuos. Todo ello por no señalar que, como dice W. LÜBBE, *Ethik in der Medizin* 3-2003, p. 218, la atribución de la condición de persona al cigoto y el reconocimiento de su correspondiente dignidad es algo que no se puede fundamentar intersubjetivamente, sino como una «cuestión de fe».

(122) D. BIRNBACHER, «Prinzip der Pietät –Begründung der (begrenzten) Schutzwürdigkeit früher Embryonen», *Ethik in der Medizin* 2-2004, p. 156.

mer sentido «la vida humana goza de “dignidad” y exige “honoración» también en sus formas anónimas. La expresión “dignidad”... cubre un espectro semánticamente amplio y contiene un eco del concepto de “dignidad humana”, más específico» (123). A esta concepción de una proyección o eficacia anticipada («Vorwirkung») 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 (124).

D. El fundamento material de la importancia de la implantación

Para concluir, he de volver muy brevemente a una cuestión que dejé hasta aquí aplazada. Muchas veces se supone que atender a la anidación o implantación para establecer a partir de ese momento un determinado nivel de protección de la vida humana sería una arbitrariedad. La consideración del momento de la anidación como una cesura que marca 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 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*» (125). Parte esencial e imprescindible, hoy por hoy, de ese «medio» es el organismo de la mujer que transmite al embrión información decisiva para su desarrollo (126). La bióloga y Premio Nobel alemana Christianne Nüsslein-Volhard ha contestado por ello a la pregunta *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, necesita, sin embargo, adicionalmente el intercambio intensivo, la simbiosis, con el organismo materno. Éste es

(123) J. HABERMAS (n. 74), pp. 55 y s. De acuerdo con él E. DENNINGER, *KritV* 2/2003, pp. 206 y s. En esta línea también J. IPSSEN, *JZ* 2001, p. 995 (el deber de protección del embrión deriva de una eficacia anticipada de la protección de la dignidad de la persona); M. KLOEPFER, *JZ* 2002, pp. 420 y s.; y U. SCHROTT, *JZ* 2002, p. 178. Cfr. por lo demás M. HERDEGEN, «Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses», *JZ* 2001, pp. 773 y ss. (a favor de una extensión de la dignidad al comienzo de la vida con una intensidad de la protección gradualmente creciente); H.-G. DEDERER, *AöR* 127 (2002), pp. 6 y ss.; íd., *JZ* 2003, pp. 987 y s.; y F. HUFEN, *JZ* 2004, p. 315 (todos ellos con otras referencias).

(124) Cfr. en este sentido las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 5.º, y 116/1999, de 8 de julio, FJ 9.º Un punto de vista semejante mantiene Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, «La dignidad como fundamento de los derechos y su incidencia en el posible “derecho a no nacer”», en F. Mayor Zaragoza/C. Alonso Bedate (coords.), *Gen-Ética*, Barcelona, 2003, pp. 168 y s., 173 y s. y 176 y s. *Vid.* también en este sentido C. M.ª ROMEO CASABONA, *El derecho a la vida* (n. 17), pp. 25 y ss.

(125) Diego GRACIA, «El estatuto de las células embrionarias», en *Gen-Ética* (n. 124), p. 69.

(126) Carlos ALONSO BEDATE, «El estatuto ético del embrión humano: una reflexión ante propuestas alternativas», en *Gen-Ética* (n. 124), p. 46. *Vid.* también F. MAYOR ZARAGOZA, *ibidem*, pp. 309 y ss. y 339 y ss.

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 ejecutado. Sólo con el nacimiento ha surgido el ser humano que estaba haciéndose un organismo autónomo que respira y tiene su propio e independiente intercambio de energía. Ciertamente el bebé está 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» (127).

Con ser importante, lo decisivo no es el dato biológico 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, antes sólo producto del azar y ahora 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 unicidad (128). 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» (129) o que «un preembrión es una entidad que, con alimento y un *ambiente adecuado*, deviene *por sí mismo* un ser humano adulto» (130). 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

(127) Esta explicación de Nüsslein-Volhard (expuesta en la ponencia por ella presentada en el Congreso *Genetik und die Zukunft des Menschen- Positionen aus dem Ethikrat*, celebrado en Schloß Elmau, del 19 al 21 de julio de 2002, así como ante la *Juristische Studiengesellschaft* de Karlsruhe, Bundesgerichtshof, el 10 de octubre de 2002; disponible en http://www.eb.tuebingen.mpg.de/papers/pop_wiss_pub/mensch.htm) ha tenido una gran influencia en la doctrina alemana más reciente: cfr. por ejemplo U. SCHROTT, *JZ* 2002, pp. 175 y s.; H. G. DEDERER, *AöR* 127 (2002), p. 15; E. DENNINGER, *KritV* 2/2003, pp. 204 y s.; K. LÜDERSEN, en *ZStW* 115 (2003), p. 668; y H. ROSENAU (n. 99), p. 773.

(128) Cfr. así también especialmente C. M.^a ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes* (n. 7), pp. 184 y ss.: «asumimos que constituye una realidad distinta la situación del embrión *in vitro* en tanto no ha sido transferido a una mujer y no se ha producido la subsiguiente implantación de aquél en ésta última, pues el cigoto resultante no tiene capacidad por sí mismo de desarrollo hasta que se transfiere a una mujer»; e íd., *El Derecho y la Bioética*, (n. 16), pp. 154 y s. *Vid.* también en este sentido J. M. VALLE MUÑOZ/M. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal», *PJ* 26 (1992), pp. 119 y ss.; y P. LAURENZO COPELLO, *RP* 13 (2004), pp. 134 y s. En la doctrina alemana, por ejemplo, H. DREIER, «Stufungen vorgeburtlichen Lebensschutzes», *ZRP* 2002, pp. 379 y ss.; F. HUFEN, *JZ* 2004, pp. 313 y ss.; y los autores citados en la nota anterior.

(129) Así J. GABALDÓN LÓPEZ, en *Persona y Derecho* 44-2001, p. 156. *Ibidem*, p. 157, n. 23, añade citando a Jerome Lejeune: «La fórmula *está ahí y si se la deja expandirse* se obtendrá el desarrollo de toda la persona» (sin cursivas en el original). Cf. En el mismo sentido L. PALAZZANI, «Lo statuto giuridico dell'embrione umano», en *Persona y Derecho*, 44-2001, pp. 116 y ss.

(130) V. BELIVER CAPELLA, «El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica», *RDGH* 11/1999, p. 133 (también sin cursivas en el original).

alguno puede ser limitado» (131). 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 sexual: si ese fuese el único dato relevante, cabría pensar, como señala Dreier, en la prohibición de la fabricación y el comercio de tales productos; muy por encima de ello, lo decisivo es que el acto de impedir la implantación, ya sea mediante dispositivos intrauterinos o con la píldora postcoital, no es, en general, considerado socialmente como una conducta abortiva y, menos aún, homicida (132). La atribución, aquí sí arbitraria, de un valor equivalente a la vida del embrión preimplantatorio que a la del ya implantado, por no decir a la del ser humano ya nacido, podría cambiar radicalmente esta perspectiva, comprometiendo una vez más el *status* de personas concretas, en especial el de las mujeres. Por ello considero un acierto que nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con las valoraciones sociales más extendidas, no haya hecho tal equiparación (133).

(131) Así, resumiendo la conclusión a que llega un sector de la moderna doctrina alemana (en particular la posición de Dederer), I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *TRC* 10-11 (2002-2003), p. 542. Acerca de la imposibilidad de fundamentar frente a la mujer el deber de soportar la transferencia, cfr. E. H. MILDENBERGER, *MedR* 2002, p. 299; T. HÖRNLE, *GA* 2002, pp. 662 y ss.; H. G. DEDERER, *AöR* 127 (2002), pp. 15 y s.; y W. LÜBBE, *Ethik in der Medizin* 3-2003, pp. 213 y s. Otros datos significativos en U. SCHROTT, *JZ* 2002, p. 179. *Vid.*, sin embargo, J. GABALDÓN LÓPEZ, *Persona y Derecho* 44-2001, pp. 162 y s.

(132) H. DREIER, *ZRP* 2002, p. 379. *Vid.* también U. SCHROTT, *JZ* 2002, p. 177.

(133) Cfr. en este sentido C. LEMA AÑÓN (n. 99), pp. 268 y ss. *Vid.* también M. HERDEGEN, *JZ* 2001, p. 778.