

## CAPÍTULO II

# CONSTITUCIÓN Y BIOÉTICA: LA INCIDENCIA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES EN EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA (2011)

---

### 1. PLANTEAMIENTO: VALORES CONSTITUCIONALES Y BIOÉTICA

No es el objetivo del presente trabajo abordar en profundidad el concepto, significado y delimitación de la bioética. Sin embargo, es necesario partir de alguna idea previa de la misma, para poder plantear el tema de su relación con los valores constitucionales, y las consecuencias de la misma respecto a la vida humana en sus fases iniciales. La bioética es una disciplina cuyo desarrollo ha sido muy reciente, dado que su implantación se ha producido en el último cuarto del siglo XX. Y a pesar de que existe ya una doctrina significativa en la materia,<sup>52</sup> sus mismos perfiles resultan aún di-

---

<sup>52</sup> No es posible ofrecer aquí un panorama bibliográfico mínimamente completo sobre esta disciplina, cuyo ámbito trasciende con mucho al propio del Derecho. Me limitaré, por tanto, a recomendar algunas obras que pueden resultar más próximas a los problemas que se van a analizar en este trabajo, como R. Martín Mateo, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987; C. M. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, CEURA, Madrid, 1994; V. M. Martínez Bullé-Goyri, “Bioética y Derecho”, en S. García Ramírez (coordinador), *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997; R. Vázquez (coord.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, Fondo de Cultura Económica, México, 2a. ed., 1999; R. Andorno, *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1998; J. González Valenzuela (coord.), *Dilemas de bioética*, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Fondo de Cultura Económica, México, 2007; J. González Va-

fusos. El Diccionario de la Real Academia define este término como “aplicación de la ética a las ciencias de la vida”,<sup>53</sup> en línea con su sentido etimológico, y en el mismo ámbito parece situarse el uso más extendido del término, si bien destacando, entre los diversos aspectos que son su objeto de estudio, los vinculados a la medicina.<sup>54</sup> Hay, en todo caso, una cierta imprecisión, tanto en lo relativo a su objeto de estudio, como a la perspectiva o metodología utilizada, y en particular a su vinculación con otras ciencias.

Respecto a lo primero, si bien las definiciones más amplias la vinculan a todos los problemas de las ciencias de la vida, o al menos de la biología, otros conceptos más estrictos relacionan esta disciplina exclusivamente con la vida humana y con los problemas médicos. Desde luego, parece que éstos son el objeto de estudio principal, en el que esta disciplina centra su atención, pero el mismo no agota su contenido, ya que éste puede extenderse a muchos otros posibles problemas relacionados con los seres vivos, y en este sentido esta disciplina tendría mayor alcance que la ética médica o la deontología médica.<sup>55</sup> No obstante, ciertamente el objeto principal de estudio —y el que nos interesa desde la perspectiva de este trabajo— es la vida humana.

En cuanto a su perspectiva y metodología, hay que precisar, en primer lugar, que no se trata de una rama de la biología o la medicina, a pesar de sus evidentes relaciones con estas disciplinas. La bioética se centra en los problemas éticos, pero también sobre este aspecto hay diversas posturas, pues si bien hay quien postula estrictamente este enfoque, en general suele

---

lenzueta (coord.), *Perspectivas de bioética*, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

<sup>53</sup> *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001.

<sup>54</sup> Así, el *Diccionario de Uso del Español*, María Moliner, Gredos, 2a. ed., 1998, define Bioética como la “disciplina que estudia los problemas éticos que se plantean en la investigación biológica y médica”. En la misma línea, M. Seco *et alii*, *Diccionario del español actual*, Aguilar, 1999, señala como definición el “Estudio de los aspectos éticos de la investigación biológica y de sus aplicaciones, especialmente en medicina”. Un sentido similar parece tener el término “bioethics” en inglés, ya que la *Encyclopaedia Británica on line*, en [www.britannica.com](http://www.britannica.com), señala que ésta disciplina trata las dimensiones éticas de los nuevos desarrollos en Medicina y ciencias biológicas.

<sup>55</sup> En esta línea, por ejemplo, V. Martínez Bullé-Goyri, *Bioética y Derecho*, *op. cit.*, p. 296, quien con apoyo en la *Enciclopedia of Bioethics*, defiende que la Bioética tiene un alcance mucho mayor que el de la ética médica.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

abordarse un enfoque más amplio, que incluya los aspectos morales y políticos. Estamos, por definición, ante un sector del conocimiento abiertamente multidisciplinar,<sup>56</sup> de modo que no se trata de una disciplina especial de la ética general, sino una disciplina especializada, y en la misma confluyen diversas ciencias, además de la ética, con sus respectivas perspectivas y metodologías.<sup>57</sup> Por tanto, aunque la separación entre derecho y ética es imprescindible, no cabe considerar ajenas a la bioética las dimensiones jurídicas de los problemas vinculados a la vida humana.<sup>58</sup> Las relaciones entre ambas disciplinas son, desde nuestro punto de vista, tan estrechas que, dentro de la multidisciplinariedad de la bioética, la dimensión y el enfoque jurídico debe considerarse no tanto complementario como intrínseco a esta disciplina, si bien ha de relacionarse con las aportaciones realizadas desde la ética, la moral, la deontología o la política. La bioética no es, por tanto, una disciplina jurídica, pero se nutre e incorpora las aportaciones procedentes del derecho, junto a las derivadas de otras ciencias.

Dentro de la aludida relación, en el presente trabajo interesa destacar en particular la innegable la relación entre la bioética y la Constitución. Si la bioética se centra en los problemas planteados por la vida humana, se comprende que las cuestiones relativas al inicio de la misma, y en particular los recientes avances en materia genética, sean hoy una de sus preocupaciones fundamentales. El embrión, el preembrión y, más allá, la composición genética del ser humano, y los tratamientos o prácticas que la moderna medicina puede llevar a cabo sobre ellos, son sin duda un objeto de interés prioritario para la bioética. Y debieran serlo también para el derecho constitucional, pues los desarrollos científicos alcanzados en este ámbito ponen en juego, indudablemente, valores constitucionales fundamentales, como la dignidad, la vida, y en un sentido más amplio, los derechos humanos, considerados en su dimensión axiológica. Se trata, por tanto, de valores que deben ser también considerados por la bioética, ya que

---

<sup>56</sup> La propia *Encyclopaedia Britannica on line*, en [www.britannica.com](http://www.britannica.com), señala que estamos ante una disciplina “inherentemente interdisciplinar en su ámbito, que se beneficia de las aportaciones de profesionales ajenos a la filosofía, como físicos, juristas, científicos y teólogos”.

<sup>57</sup> En este sentido, C. M. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética...op. cit.*, p. 10.

<sup>58</sup> En este sentido, por ejemplo, L. M. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2a. ed., 2005, p. 225, quien considera que la Bioética estudia los problemas normativos de todo orden (es decir, morales, jurídicos y deontológicos).

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

aquella se enfrenta al análisis de los problemas y dilemas que plantea la vida utilizando como elementos esenciales la dignidad y los derechos. Hay, por tanto, coincidencia parcial en el objeto, y una gran aproximación en los valores que han de tenerse en cuenta para hacer frente al mismo, si bien el enfoque y la perspectiva metodológica de la bioética son más amplios que los propios del derecho constitucional, pues en aquella confluyen las aportaciones realizadas desde diversas disciplinas.

Por todo ello, el derecho constitucional y la bioética mantienen una relación de mutua complementariedad. Las aportaciones de cada una de estas disciplinas tienen gran utilidad para la otra. Así, el derecho constitucional aporta a la bioética los valores con los que afrontar los problemas planteados por las ciencias de la vida. O, si se prefiere, podría decirse que aporta legitimidad a esos valores, pues, entre la variedad de concepciones éticas que pueden servir para fundamentar unos u otros valores, la Constitución tiene el “aval” que le da el ser obra del Poder Constituyente, lo que —cuando es democrática— implica que el mismo pueblo soberano se ha expresado. La Constitución no es simplemente el reflejo de una mayoría democrática existente en un momento dado, sino el conjunto de valores que el pueblo, actuando como Poder Constituyente, quiere establecer como límite negativo y mandato de actuación para cada mayoría parlamentaria. De esta forma, la Constitución aporta a la bioética los valores que la sociedad ha considerado esenciales en un momento dado.

Ahora bien, es importante intentar trasladar esta idea al plano internacional, pues los problemas a los que debe hacer frente la bioética no pueden afrontarse con la estrechez de miras del ámbito estatal, no sólo porque ello sería notoriamente insuficiente para ofrecer una respuesta a los mismos en el contexto del mundo globalizado, sino porque los valores fundamentales, si verdaderamente pretenden ser tales, deben aspirar a la universalidad en su aplicación. De ahí la importancia de dar pasos hacia un Derecho Constitucional supraestatal, o al menos hacia el reconocimiento y la garantía, a nivel mundial, de los valores y derechos fundamentales con los que hay que hacer frente, desde la bioética, a los retos de la biología y la medicina. En esta empresa, las declaraciones de ámbito universal que hoy tenemos, cuya importancia es muy elevada, representan sólo una manifestación embrionaria del objetivo al que hay que tender.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

Por su parte, la bioética también puede actuar como un apoyo importante para el derecho constitucional, y de hecho puede tener un papel decisivo en la construcción de ese derecho constitucional supraestatal al que acabamos de referirnos. Hay que tener en cuenta que los valores constitucionales de los que venimos hablando son conceptos cuyo significado trasciende, al menos de forma parcial, el ámbito de lo jurídico. La definición de estos valores requiere de las aportaciones de otras disciplinas como la ciencia política, la sociología, la filosofía o la ética. En particular, el papel de estas dos últimas en la determinación del sentido de valores como la dignidad o la vida, y del mismo concepto de persona, parece inquestionable. Pero como tales valores constitucionales, la dignidad o la vida tienen un contenido y significado indisponible para el legislador. Pues bien, tanto en la determinación del sentido constitucional de estos valores, como en la orientación de las pautas de actuación del legislador en el desarrollo de los mismos, las aportaciones de la bioética resultarán esenciales.<sup>59</sup>

En suma, existe un efecto de “mutua alimentación” entre la bioética y el derecho constitucional; sintéticamente, y con todos los matices que se quiera, podría decirse que el derecho constitucional determina los valores esenciales de la colectividad, y les aporta la legitimidad racional y democrática, mientras que la bioética propone el sentido o significado que debe darse a esos valores, teniendo en cuenta las aportaciones de las diversas ciencias que conforman su esencial interdisciplinariedad.

## 2. LA VIDA HUMANA Y LA TESIS DE SU “PROTECCIÓN GRADUAL”

La vida humana es un derecho y un valor,<sup>60</sup> y así lo consideran la mayor parte de los textos constitucionales e internacionales, y los tribunales que

---

<sup>59</sup> En sentido parecido, sobre todo respecto al desarrollo de los valores constitucionales, puede verse por ejemplo C. M. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética...*, op. cit., pp. 12-13.

<sup>60</sup> Sobre el derecho a la vida y la protección de la vida humana, en general, pueden mencionarse algunos trabajos entre las abundantes fuentes. Así, el muy importante trabajo de R. Dworkin, *El dominio de la vida*, versión española de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Ariel, Barcelona, 1994; A. Eser, “Entre la santidad y la calidad de vida”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 37, 1984.

los interpretan.<sup>61</sup> En el caso de la Constitución española, el breve inciso “todos tienen derecho a la vida” se convierte en la principal base constitucional para hacer frente a las complejas y delicadas cuestiones que plantea el origen de la vida humana. Ello implica la necesidad de interpretar el sentido último de estas pocas palabras para determinar, en primer lugar, quiénes son “todos”, esto es, quién es titular del derecho a la vida, y en segundo lugar, cómo es la protección constitucional de la vida humana, y en particular, si existe, y en caso afirmativo, cuál es el alcance, de esta protección en los momentos previos al nacimiento, y de forma aún más concreta, en la fase de “preembrión” previa a la implantación.

Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha tenido que enfrentarse a estas cuestiones en varias ocasiones.<sup>62</sup> Principalmente, pueden destacarse sus decisiones sobre el proyecto de ley que despenalizaba determinados supuestos de aborto (STC 53/1985, de 11 de abril),<sup>63</sup> sobre la Ley de Utilización de Embriones y Fetos Humanos (STC

<sup>61</sup> El artículo 15 de la Constitución española proclama “Todos tienen derecho a la vida, y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Un somero repaso por los textos internacionales aplicables nos pone de relieve la similitud en la brevedad de la proclamación del derecho a la vida, y la tendencia a reconocer a la persona como sujeto del mismo. Véase, por ejemplo, el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona”. Por su parte, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida arbitrariamente”, y los restantes apartados del artículo se refieren a cuestiones relativas a la pena de muerte y al genocidio. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone en su artículo 2 que “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley”. En fin, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea establece en su artículo 2.1 que “Toda persona tiene derecho a la vida”. Por tanto, los textos internacionales generales coinciden en una escueta proclamación para reconocer el derecho a la vida, y en la consideración de la persona como titular del mismo.

<sup>62</sup> En su momento realizamos un comentario más amplio sobre esta jurisprudencia en “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la vida y a la integridad física y moral”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 17, 1993, pp. 367 a 399; posteriormente hemos actualizado y revisado este comentario en “Aborto, asistencia médica obligatoria y tratos inhumanos y degradantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Foro Jurídico. Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, año I, n.º 2, 2003, pp. 150-164. En lo que sigue nos limitaremos a resumir las conclusiones que a nuestro juicio se derivan de esa jurisprudencia.

<sup>63</sup> Entre la amplia bibliografía sobre esta decisión y sobre las cuestiones relacionadas con el aborto en el sistema español, desde la perspectiva constitucional, puede destacarse el completo trabajo

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

212/1996, de 19 de diciembre),<sup>64</sup> y sobre la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1998 (STC 116/1999, de 17 de junio).<sup>65</sup> La jurisprudencia constitucional comprendida principalmente en estas decisiones abarca muy numerosas cuestiones en relación con el artículo 15 de la Constitución y el derecho a la vida. Aquí no procede un análisis detallado de todos estos variados asuntos, pero pueden destacarse las siguientes ideas:

- El término “todos”, utilizado en el artículo 15, equivale a “todas las personas”, y por tanto sólo los nacidos son titulares del derecho fundamental a la vida.<sup>66</sup>
- La vida humana es objeto de protección constitucional, y esta protección incluye la vida del *nasciturus*.<sup>67</sup>
- La protección constitucional de la vida del *nasciturus* implica dos obligaciones para el Estado: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma.<sup>68</sup>
- Esta protección efectiva debe incluir, en último término, normas penales, pero la protección penal no es absoluta, en tanto que puede no existir o ceder en determinados supuestos.

---

de J. A. Marín Gámez, *Aborto y Constitución*, Universidad de Jaén, 1996; también A. Ruiz de Miguel, *El aborto: problemas constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

<sup>64</sup> Puede citarse el comentario a esta decisión de J. Pardo Falcón, “A vueltas con el artículo 15 CE y otras cuestiones más o menos recurrentes de nuestro Derecho Constitucional (Un comentario a la STC 212/1996, de 19 de diciembre)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997.

<sup>65</sup> También han sido numerosos los comentarios a esta decisión. Puede destacarse M. P. Cámara Águila, “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 13, 1999.

<sup>66</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 6.

<sup>67</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5. En el FJ 3 el Tribunal señala expresamente que la vida humana es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”, y en otros pasajes se refiere a “valor fundamental” (FJ 5) o “valor central del ordenamiento constitucional” (FJ 9). Estas afirmaciones fueron contestadas desde los votos particulares, especialmente en el de Tomás y Valiente. Pero, con independencia de su calificación como “valor superior”, que en efecto es cuestionable, lo importante es destacar que la vida humana posee una dimensión objetiva constitucionalmente protegida.

<sup>68</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 7.

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

- La vida humana constitucionalmente protegida comienza con la gestación.<sup>69</sup>
- El Tribunal Constitucional no responde expresamente a la cuestión de cuándo comienza la gestación (bien en el momento de la fecundación, bien en el de la implantación), pero se deduce de su jurisprudencia que al preembrión no implantado también le alcanza, en general, la protección constitucional de la vida.<sup>70</sup>
- La protección constitucional de la vida humana no alcanza a los preembriones no viables, dado que éstos no son “nascituri”.<sup>71</sup>

Desde luego, algunos aspectos de esta jurisprudencia constitucional son cuestionables y han sido efectivamente cuestionados. En esta línea se ha dudado de que la vida sea un valor superior, de la necesidad de la protección penal o, en otro aspecto, de la innecesariedad de ley orgánica para desarrollar cuestiones relativas a donación de embriones o a técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, creemos que, prescindiendo de estas cuestiones más dudosas (algunas de las cuales son, vistas hoy, relativamente secundarias), esta jurisprudencia contiene todavía los elementos fundamentales que permiten perfilar la posición constitucional de la vida humana en sus diversas dimensiones. Conviene no olvidar que estamos ante una escueta proclamación constitucional, de la cual sería imposible deducir un cerrado concepto de la vida, o un detallado diseño de su garantía jurídica. Ahora bien, de esta breve proclamación sí es posible deducir algunas consecuencias importantes sobre la vida y su protección. Así, pueden sintetizarse estas consecuencias en que el derecho fundamental a la vida, en su dimensión subjetiva, es sólo predicable de la persona, entendida como el

---

<sup>69</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5.

<sup>70</sup> En efecto, ninguna de las sentencias que venimos comentando afirma expresamente cuándo comienza la vida humana, más allá de la citada expresión de que ésta empieza con la gestación, afirmación que mantiene cierta ambigüedad, pues requiere la posterior respuesta a la pregunta “¿cuándo comienza la gestación?”. Sin embargo, creo que puede deducirse de la jurisprudencia constitucional que la protección constitucional de la vida humana alcanza en general el preembrión, dado que éste es considerado *nasciturus*, salvo en los casos de falta de viabilidad. Ello se deduce “a contrario” de las afirmaciones del Tribunal que declaran que los embriones no viables no son “nascituri”, a las que nos referimos en la nota a pie siguiente, y que son igualmente aplicables en la fase de “preembrión”.

<sup>71</sup> En este sentido, la STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 5.



ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

ser humano nacido; pero en su dimensión objetiva, implica la protección de toda vida humana, incluyendo la vida del *nasciturus*, desde el inicio de la gestación. Por tanto, esta protección alcanza en términos generales al preembrión, aunque no a los preembriones y embriones no viables.

Como es sabido, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, procede a una nueva regulación en la materia, que implica con carácter general, la posibilidad de llevar a cabo un aborto durante las primeras catorce semanas de gestación, así como el reconocimiento de las indicaciones terapéutica y eugenésica en las veintidós primeras semanas (en caso de enfermedad extremadamente grave e incurable o anomalías fetales incompatibles con la vida, sin plazo); igualmente se permite que las mujeres de dieciséis y diecisiete años puedan adoptar la decisión en los casos legalmente previstos, informando con carácter general al menos a uno de sus progenitores o representantes legales.<sup>72</sup> Desde luego, esta nueva regulación plantea la cuestión de su conformidad o adecuación con la jurisprudencia constitucional aludida, aspecto al que el propio legislador parece dar una respuesta afirmativa.<sup>73</sup> No podemos abordar en esta cuestión en el contexto del presente trabajo, ni mucho menos intentar predecir si en el futuro la citada Ley de 2010 será declarada conforme o disconforme con la Constitución, o si la jurisprudencia constitucional sufrirá algún tipo de alteración. Pero cabe señalar que, de momento, la doctrina jurisprudencial comentada resulta plenamente aplicable. Y, en nuestra opinión, contiene algunos parámetros fundamentales que derivan de la Constitución y por tanto no creemos deban modificarse. Si partimos de la aceptación de esta jurisprudencia (y como acabamos de destacar el propio legislador reconoce la aplicabilidad de la misma), entonces hay que insistir en que la protección jurídica de la vida

---

<sup>72</sup> Véanse los artículos 13, 14 y 15 de la ley.

<sup>73</sup> En la Exposición de Motivos de la citada Ley puede leerse: “En la concreción del modelo legal, se ha considerado de manera especialmente atenta la doctrina constitucional derivada de las sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia. Así, en la sentencia 53/1985, el Tribunal, perfectamente dividido en importantes cuestiones de fondo, enunció sin embargo, algunos principios que han sido respaldados por la jurisprudencia posterior y que aquí se toman como punto de partida”. Si bien más adelante parece sintetizarse esa jurisprudencia con la frase “La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada”.

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

del *nasciturus* es un valor constitucional, con independencia de que la regulación legal actual sea o no compatible con el mismo.

Nos interesa ahora más bien entrar en un aspecto fundamental, que quizá no se resuelve expresamente en estas sentencias, pero acaso podría deducirse globalmente de esta jurisprudencia. En efecto, aunque el Tribunal Constitucional no lo haya indicado expresamente así, parece que puede deducirse de su jurisprudencia la idea de que la protección de la vida humana es gradualmente creciente, desde la concepción hasta el nacimiento. Es claro que sólo a partir de este último momento se alcanza la plenitud de la protección constitucional, pues sólo la persona nacida es titular del derecho fundamental, que se añade así a la protección de su vida como valor constitucional. Pero la vida del *nasciturus* parece también protegerse de una forma gradualmente creciente, de manera que la vida del preembrión tendría una protección constitucional menos intensa, o bien, dicho de otro modo, la protección constitucional de esa vida cedería más fácilmente frente a otros bienes o valores constitucionales. Todo ello al margen de los preembriones o embriones no viables, que según el Tribunal no estarían protegidos por el valor vida, aunque sí por la dignidad humana.

Creemos que de la jurisprudencia constitucional se desprenden indicios que apuntan a la idea expuesta. Así, por ejemplo, la exigencia de protección penal, que en la sentencia de 1985, referida al aborto, parece una consecuencia constitucional aplicable con carácter general (aunque esa protección “pueda ceder” en determinados supuestos), pasa en las sentencias de 1996 y 1999, al ser considerada como una consecuencia que debe existir en algunos supuestos, dado que se entiende que sólo la falta absoluta de esa garantía penal implicaría una infracción constitucional. Sin descartar una cierta evolución en la jurisprudencia constitucional, hay que tener en cuenta que las prácticas contempladas en estas sentencias (especialmente en la de 1999, recaída sobre la antigua Ley de Técnicas de Reproducción Asistida) tienen en buena medida como objeto al preembrión (o bien embriones no viables). Por lo demás, y como se ha destacado, las sentencias de 1996 y 1999, a diferencia de la de 1985, parecen obviar la ponderación entre la vida humana y otros valores constitucionales,<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> En este sentido, L. M. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid, Civitas, 2a. ed., 2005, p. 227.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

lo que deja entrever “una cierta graduación de las distintas formas de vida humana”.<sup>75</sup> Por lo demás, otras decisiones judiciales importantes en materia de aborto parecen presuponer una concepción similar.<sup>76</sup>

La tesis de la “protección gradual” es susceptible de ciertas críticas, fundamentalmente la que se referiría a que la misma parece otorgar un “diferente valor” de la vida humana en sus diversas formas o en los distintos momentos de su evolución. Incluso podría señalarse que la vida humana podría llegar a quedar prácticamente desprotegida en el momento de su origen, de manera que resulta difícil precisar a partir de qué momento es exigible su protección jurídica.

Por ello, la teoría solo parece resultar aceptable si se entiende que la protección que la norma fundamental dispensa *definitivamente* a la vida en sus diversas fases o en circunstancias específicas puede variar, no por un supuesto “menor valor” de esa vida, sino más bien en función las circunstancias de la misma, las posibilidades de desarrollo hasta alcanzar la condición jurídica de persona y, sobre todo, la importancia de los bienes o valores constitucionales que pueden entrar en conflicto con la misma. En el caso extremo, y como hemos visto que ha destacado el Tribunal Constitucional, a los embriones no viables no les alcanza la protección constitucional de la vida, por la propia circunstancia de que no tienen opción alguna para llegar a ser “personas”, no son, en sentido propio, “nascituri”.<sup>77</sup> Por otro lado, y como veremos con más detalle más adelante, el preembrión *in vitro* tiene una serie de especialidades, pues para empezar su viabilidad depende de terceros, y además la protección de su vida debe ponderarse,

---

<sup>75</sup> L. M. Díez-Picazo Giménez, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 227-228.

<sup>76</sup> En efecto, aunque referida a un problema diferente al que ahora nos ocupa, apuntaría a esta línea de la protección “gradualmente creciente” de la vida del *nasciturus* la primera y archiconocida sentencia del Tribunal Supremo norteamericano sobre el aborto, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Como es sabido, esta decisión distingue tres trimestres durante el embarazo, de cara a la ponderación entre la decisión de la madre y la vida del *nasciturus*, señalando que en el primer trimestre la decisión de interrumpir el embarazo puede tomarse por el médico y el paciente, sin injerencia del Estado; durante el segundo trimestre, el Estado puede regular el aborto para proteger la salud de la madre; y durante el tercer trimestre, el Estado puede prohibir o regular el aborto para proteger la vida humana potencial, excepto si el aborto es necesario para proteger la vida o la salud de la madre.

<sup>77</sup> Y ello aun cuando, como señala el voto particular de J. Gabaldón a la STC 212/1996, apartado 4, embrión no viable no equivalga a embrión muerto, esto es, “los embriones y fetos no viables tienen vida”.

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

según las circunstancias, con otros bienes y valores, como el derecho a la reproducción, la protección de la salud, o la investigación científica.<sup>78</sup>

En suma, creemos que, a pesar de todas las cuestiones que plantea esta teoría, cabe hablar en la práctica de una protección gradualmente creciente de la vida del *nasciturus*, de forma que la protección definitiva es menor en el caso del preembrión, cuya viabilidad (e incluso su individualidad) es menos segura. Esta protección iría creciendo durante la gestación, hasta alcanzar el nivel máximo en el nacimiento, cuando se alcanza la condición de persona y la titularidad del derecho a la vida.

### 3. LA DIGNIDAD HUMANA, ¿ES INTANGIBLE?

No parece muy difícil justificar la inclusión de la dignidad de la persona entre los valores constitucionales que tienen incidencia sobre el comienzo de la vida humana. Parece cierto que muchas de las prácticas científicas que repercuten en la fase inicial del desarrollo de la vida humana pueden incidir en la esencia misma de lo que consideramos humano, y por ello podría afirmarse, casi intuitivamente, que la dignidad puede tener alguna relevancia en este terreno. Sin embargo, y como vamos a ver, cuando queremos precisar el perfil constitucional de la dignidad y las consecuencias jurídicas de la misma, son muchas más las dudas que las certezas.

La dignidad de la persona es explícita o implícitamente reconocida como un valor constitucional fundamental en muchos sistemas. En la actualidad, suele considerarse a la Ley Fundamental de Bonn como referencia en esta materia, pues su artículo 1.1, en lógica reacción frente al pasado histórico inmediato, proclama: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. La jurisprudencia y la doctrina alemanas han dedicado desde los primeros años de vigencia de la Ley Fundamental de Bonn mucha atención a este concepto, a su significado y a su papel constitucional,<sup>79</sup> y en general ha habido una tendencia

---

<sup>78</sup> Por lo demás, la idea de protección gradual es acogida por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, cuya Exposición de Motivos se refiere a la “concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional”.

<sup>79</sup> No cabe aquí ofrecer siquiera un panorama general del tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la dignidad en Alemania. Sin embargo, parece necesario citar al menos algunas decisiones impor-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

a considerarlo como el valor fundamental del sistema constitucional en Alemania, cuyo carácter intangible le hace prevalecer además sobre los demás, de forma que, en alguna medida, quedaría exento de ponderación en caso de conflicto. En España, el artículo 10.1 de la Constitución considera a la dignidad de la persona, junto a otros valores, como “fundamento del orden político y la paz social”. La jurisprudencia constitucional ha destacado también el carácter fundamental de la dignidad en el sistema de valores de la Constitución,<sup>80</sup> si bien el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del concepto no ha sido tan amplio, ni lo ha perfilado tanto como en Alemania.<sup>81</sup> En todo caso, la influencia alemana en nuestro sistema constitucional parece clara en la inclusión de este concepto, a pesar de las diferen-

---

tantes del *Bundesverfassungsgericht* en la materia, y alguno de los trabajos doctrinales de más interés. En cuanto a las primeras, son frecuentes las afirmaciones que ubican a la dignidad como valor fundamental o central del sistema constitucional; así, BVerfGE 6, 32, la considera como “principio supremo de la Constitución”; BVerfGE 35, 202, “punto central del sistema de valores de la Constitución”; BVerfGE 39, 41, señala que la dignidad es el “valor más alto”; BVerfGE 45, 187 la califica como “valor jurídico supremo dentro del orden constitucional”; BVerfGE 48, 127 utiliza la expresión “supremo bien jurídico”.

En cuanto a la doctrina, hay que mencionar el clásico trabajo de G. Dürig, en concreto su famoso comentario al artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn (G. Dürig, “Artikel 1”, en Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Manchen, C. H. Beck, 1958), o la dedicación al tema, entre tantos otros, de autores como E. Benda, “Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht”, en E. Benda, W. Maihofer y H. F. Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., Berlin-New Cork, De Gruyter, 1995 (puede encontrarse en español, “La dignidad humana y derechos de la personalidad”, en E. Benda *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, traducción de A. López Pina, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996); E. W. Böckenförde, “Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte”, en *Juristen Zeitung*, 2003, e incluso el interesante artículo en prensa “Die Würde des Menschen war unantastbar”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de septiembre de 2003. También es interesante Ch. Starck, “Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán”, traducción de A. Oehling de los Reyes, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 9, 2005.

<sup>80</sup> En efecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que la dignidad es un valor constitucional, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 4), y lo ha calificado como “valor jurídico fundamental”, “valor espiritual y moral inherente a la persona”, dotado de “relevancia y significación superior”, o directamente como “valor superior del ordenamiento” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8, si bien afirmaciones en este sentido han sido muy reiteradas posteriormente, por ejemplo en SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 12).

<sup>81</sup> Pueden destacarse, como trabajos monográficos, los de J. González Pérez, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986; M. A. Alegre Martínez, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996; P. Serna, “La dignidad de la persona como principio del Derecho público”, en *Derechos y libertades*, nº 1 4, 1995; I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005; A. Oehling de los Reyes,

cias,<sup>82</sup> que por lo demás tienden a desdibujarse tras la incorporación como artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de un precepto cuyo tenor es casi reproducción del alemán.<sup>83</sup>

Sin embargo, y aunque resulte en cierta medida paradójico teniendo en cuenta su innegable carácter central y fundamental, la dignidad es seguramente, entre los diversos valores y derechos aplicables en este ámbito, el que posee unos perfiles constitucionales más difusos. Las dificultades para definir este concepto son notorias, y han sido reiteradamente destacadas por la doctrina.<sup>84</sup> Ciertamente, se trata de un concepto cuyo significado conlleva cierta ambigüedad, pero a nuestro juicio, ello no supone que se trate de un concepto vacío, carente de sentido, o que carezca de consecuencias jurídicas. A diferencia de lo sucedido en Alemania, donde el esfuerzo por perfilar el significado de este concepto ha sido notable, y a pesar de ciertas dudas la doctrina y la jurisprudencia han ido avanzando en la delimitación de su sentido, en España parece existir una cierta tendencia a desdibujar ese significado y a difuminarlo en la relación de la dignidad con los derechos y en sus efectos interpretativos.<sup>85</sup>

---

“Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana”, en *Pensamiento Constitucional*, año XII, núm. 12, 2007, pp. 327 ss.

<sup>82</sup> I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad...*, *op. cit.*, insiste en las diferencias entre el sistema alemán y el español (en particular pueden consultarse las páginas 21 a 24, en p. 22 se afirma expresamente que las similitudes de nuestro texto con el alemán “resultan sólo aparentes”).

<sup>83</sup> En efecto, dicho artículo 1 señala: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. La Carta utiliza además este mismo término para dar título a todo el Capítulo I, que contiene artículos dedicados a la vida, la integridad, la prohibición de torturas, esclavitud y trabajo forzado, así como una serie de prescripciones específicas en materia de Medicina y Biología (art. 3). En cuanto a los tratados y textos internacionales aplicables, pueden encontrarse varias menciones a la dignidad tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que lo ubican como valor principal y fundamento de los derechos. Sorprendentemente, el Convenio de Roma no menciona la dignidad ni en el Preámbulo ni en el articulado. Por lo demás, hay que mencionar la existencia de algunos textos específicamente referidos al ámbito de los avances biomédicos y genéticos, como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, aprobada por la UNESCO el 11 de noviembre de 1997, y sobre todo el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina) hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, con el Protocolo Adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998.

<sup>84</sup> Por todos, I. von Münch, “Introducción...”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>85</sup> Entre las obras ya citadas sobre la dignidad, merece la pena (aunque no necesariamente se compartan sus conclusiones) destacar el interés del análisis doctrinal y jurisprudencial llevado a cabo por I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad de la persona...*, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

Por su parte, el Tribunal Constitucional, más allá de reiterar el carácter central de la dignidad y su vinculación con los derechos en general y con algunos de ellos en particular, aunque ha extraído de la dignidad consecuencias jurídicas de interés, no ha ofrecido un concepto acabado de la misma.<sup>86</sup> Quizá la idea más reiterada por la jurisprudencia constitucional pueda resumirse en la siguiente cita:

“Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STC 53/1985, FJ 8), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre [...], constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.<sup>87</sup>

Por tanto, el Tribunal se ha centrado en ciertas consecuencias interpretativas y procesales, pero no ha diseñado un concepto de dignidad, si bien se deduce de su jurisprudencia que la dignidad de la persona implica la invulnerabilidad de un núcleo vinculado a la propia condición humana, que obliga a respetar el valor intrínseco del ser humano, e impide supeditar a éste a cualesquiera otros fines.

---

<sup>86</sup> La jurisprudencia constitucional española sobre la dignidad (o al menos, la utilización de este concepto en las sentencias y autos del Tribunal Constitucional) es relativamente amplia, a pesar de que el artículo 10.1 está excluido del amparo. A título de muestra, pueden mencionarse algunas en las que ésta ha jugado un papel relevante, o en las que el Tribunal ha establecido ideas de interés en relación con la misma, y así podríamos citar, entre otras muchas: SSTC 53/1985, de 11 de abril (en relación al aborto, ya citada); 89/1987, de 3 de junio, FJ 2 (en relación a la libertad sexual); 231/1988, de 2 de diciembre (sobre la propia imagen); 120/1990, de 27 de junio (en relación a la situación de los reclusos en huelga de hambre); 57/1994, de 28 de febrero (sobre el registro personal de reclusos); 215/1994, de 14 de julio (en relación con la esterilización de deficientes psíquicos); 212/1996, de 19 de diciembre (sobre la utilización y donación de embriones, ya citada); 224/1999, de 13 de diciembre (en relación al acoso sexual); 156/2001, de 2 de julio (sobre la vinculación entre dignidad y derechos al honor, intimidad y propia imagen, idea muy reiterada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional); 192/2003, de 27 de octubre (sobre el descanso y las vacaciones del trabajador).

<sup>87</sup> STC 120/1990, de 20 de junio, FJ 4, si bien se trata de una cita muy reiterada, con estas o parecidas palabras.

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

Nos parece que este camino, de evidentes resonancias kantianas, es el más adecuado para determinar el sentido constitucional de la dignidad. A nuestro juicio el concepto de dignidad de la persona hace referencia a la cualidad que distingue al ser humano y lo hace a la vez único e igual a todos sus semejantes; entendida de este modo, la dignidad puede predicarse tanto a nivel individual como en abstracto, y está presente tanto en cada ser perteneciente a esta especie, como en todo elemento propiamente humano, y en la Humanidad en su conjunto. En este sentido, la dignidad “no se pierde” nunca, pues la misma condición de persona permanece toda la vida. Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda ser objeto de lesión o injerencia, pues tanto poderes públicos como otras personas pueden vulnerar la dignidad cuando dan a las personas un trato no acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad implica una exigencia ineludible como es la prohibición (en sentido negativo) de utilizar a la persona como medio al servicio de otros fines, de instrumentalizar o “cosificar” al ser humano. Además, los poderes públicos tienen, al igual que sucede respecto a los demás valores constitucionales, la obligación positiva de proteger ese valor, impidiendo lesiones del mismo, y adoptando las medidas necesarias para su preservación. Dignidad de la persona es, por tanto, dignidad humana y protege al mismo tiempo no sólo aquello que hace a cada persona un ser único e irrepetible, sino también lo que nos une a todos haciéndonos pertenecer a la misma especie.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Desde luego, esta afirmación es susceptible de discusión, y requeriría una justificación más extensa, pero creo que hay argumentos que apuntan en esta línea. Los textos internacionales, cuyos artículos más relevantes hemos transcrito, parecen apoyar este sentido. De forma muy clara, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano pone de relieve un concepto de dignidad como valor que afecta a cada ser humano y a la especie en su conjunto, por ejemplo al afirmar que “El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad” (véase el resto del artículo 1 y el artículo 2, citados en nota anterior). En Alemania, de donde nos viene el sentido constitucional del concepto, no sólo parece estar asentada esta idea, sino que creo que la propia expresión “Würde des Menschen” o “Menschenwürde” se traduce incluso mejor como “dignidad humana” que como “dignidad de la persona”, aunque el matiz sea sutil. De hecho, la versión española del art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea habla expresamente de “dignidad humana”. Y en España, aun cuando no hay afirmaciones expresas en un sentido u otro, como veremos la jurisprudencia constitucional también parece asumir esa dimensión colectiva de la dignidad, por ejemplo cuando pone en relación este valor con la prohibición de transmisión lucrativa de embriones, o con la prohibición de desarrollar el resultado del llamado “test del hamster”.



ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

Obviamente, somos conscientes de que las reflexiones anteriores no logran tampoco ofrecer un perfil acabado del concepto constitucional de dignidad. Pero a nuestro juicio son, al menos, suficientes para apuntar las líneas fundamentales de este concepto, y para desterrar cualquier interpretación que, so capa de su ambigüedad, pretenda vaciarlo de contenido o defender que el mismo es completamente disponible por el legislador, o en general por los poderes públicos. Desde luego, este concepto ofrecido en “trazos gruesos” está lejos de resolver los diversos interrogantes que plantea la dignidad, como el de su posición constitucional o el de si posee o no una dimensión subjetiva. No podemos entrar aquí en estos aspectos,<sup>89</sup> aunque cabe apuntar que, en nuestro criterio, la dignidad es un valor, cuya inclusión en la norma suprema le dota de carácter jurídico y de rango constitucional; y también es un derecho.

Una última cuestión importante, en relación con la dignidad, es la de si cabe proclamar el carácter intangible de la misma y, en caso afirmativo, que significaría éste. En Alemania la primera cuestión viene respondida por el propio texto constitucional, dado que, como ya hemos indicado, el artículo 1.1 proclama expresamente que la dignidad humana es intangible. Sin embargo, el significado y las consecuencias últimas de esta proclamación no son claras ni pacíficas, apuntándose diversas hipótesis, como que este valor ha de ser protegido frente a ataques, su eficacia horizontal, o la imposibilidad de que la dignidad se pierda sea cual sea la circunstancia;<sup>90</sup> también se han hecho derivar de esta intangibilidad otras consecuencias constitucionales, como la proscripción de la tortura o la imposibilidad de reforma constitucional de este precepto.<sup>91</sup>

---

El hipotético nacimiento de un híbrido entre hombre y ratón, dicho sea de paso, no podría considerarse contrario a la dignidad de la persona considerada como valor individual, pues no afecta a la especialidad o especificidad de ningún ser humano concreto, pero en cambio sí repugna a la dignidad “colectiva” de nuestra especie.

<sup>89</sup> Nos hemos referido a ellos con más detalle en mi trabajo *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*, Tirant lo Blanch-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Valencia-México, 2009, pp. 85 ss.

<sup>90</sup> I. von Münch, “La dignidad...”, *op. cit.*, p. 23, apunta todas estas teorías, decantándose por la última, según la cual “ni siquiera la persona doblegada, degradada, torturada pierde su dignidad. La dignidad de la persona no puede quitarse ni aniquilarse”.

<sup>91</sup> Ch. Starck, “Introducción...”, *op. cit.*, p. 492.

Interesa particularmente apuntar la tesis según la cual la intangibilidad de la dignidad podría implicar un cierto carácter absoluto de la misma, en el sentido de que ésta supondría un límite último que nunca cedería frente a injerencias o intromisiones, de tal manera que, en caso de conflicto con otros bienes o valores constitucionales, prevalecería siempre la dignidad. Ello excluiría la ponderación en caso de conflicto, lo que en definitiva tiende a colocar a la dignidad en una posición “superior” a otros valores constitucionales. Sin embargo, esta tesis, que tiene cierto predicamento en la doctrina alemana,<sup>92</sup> tropieza con serias dificultades si se quiere aplicar de manera incondicionada. En efecto, dada la incuestionable “fuerza expansiva” de la dignidad, y su relación con la mayor parte de los derechos, afirmar su carácter absoluto, o preservarla de la ponderación con otros valores, conllevaría notorias dificultades para resolver satisfactoriamente muchos conflictos constitucionales, así como una cierta jerarquización incompatible con la unidad de la Constitución. Por ello se ha destacado que parece imposible mantener el carácter intangible de la dignidad si se atribuye a ésta un contenido extenso.<sup>93</sup> Y, en esta línea, algún autor ha querido matizar la primacía de la dignidad, distinguiendo un núcleo intangible, sustancialmente vinculado a la experiencia nazi de persecuciones masivas y genocidios, más allá del cual se encontrarían otras manifestaciones susceptibles de ponderación.<sup>94</sup> Creemos que ésta es la tendencia más adecuada: es posible entender que la dignidad suponga un límite último e infranqueable a aquellas prácticas, procedentes de poderes públicos o ciudadanos, que supongan un quebranto evidente de lo más esencial o intrínseco a la misma; pero no por ello puede proclamarse su carácter absoluto o ilimitado.

En el sistema español, no existe una proclamación expresa del carácter intangible de la dignidad, pero creo que hay argumentos para defenderlo, siempre que se entienda en el sentido moderado o “suave” que acabamos de apuntar. Por lo demás, a esta interpretación apunta la Carta de los dere-

---

<sup>92</sup> Véase al respecto el repaso que realiza I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad...*, *op. cit.*, pp. 34 ss.

<sup>93</sup> I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>94</sup> M. Herdegen, “Art. 1. Abs. 1”, en Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck, München, 2003. Este trabajo, que era la actualización de estos clásicos comentarios a la Ley Fundamental, y entraba en abierta contradicción con la tesis que en su momento defendió Dürig, fue duramente contestado por E. W. Böckenförde en el artículo titulado “Die Würde des Menschen war unatatsbar”, publicado en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* el 3 de septiembre de 2003.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

chos fundamentales de la Unión Europea, que reconoce en su artículo 1 que la dignidad humana es “inviolable”, lo que a estos efectos puede entenderse como sinónimo de intangible.<sup>95</sup> De todos modos, a la hora de interpretar esta propiedad de la dignidad hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha reiterado que ningún derecho tiene carácter absoluto. Por lo demás, a nuestro juicio no es posible establecer jerarquizaciones dentro de la Constitución.<sup>96</sup> Y no hay que olvidar que, según el mismo artículo 10.1, también los derechos son inviolables. De todo lo cual puede deducirse, en mi opinión, que el carácter intangible de la dignidad debe hacerse compatible con su naturaleza no absoluta y susceptible de ponderación en caso de conflicto. Ello implica que solo un núcleo último de la dignidad permanece siempre inmune y cerrado frente a cualquier intervención, pero más allá de esa esfera reducida, las intervenciones pueden ser admisibles si tienen fundamento constitucional, están amparadas en otros bienes, valores y derechos, y la ponderación entre éstos y la dignidad permite entender como justificada la intervención en el caso concreto.

Lógicamente, esto abre el problema de identificar ese límite último frente a cualquier intervención. Pero la dificultad de la tarea, que seguramente solo puede llevarse a cabo de una forma casuística, no la convierte en labor imposible o camino erróneo. Y de hecho, hay algunas pautas para esa identificación. Como se ha reiterado, la inclusión de la dignidad en la Constitución alemana estuvo muy vinculada al rechazo frontal a la experiencia histórica inmediatamente anterior, caracterizada por el desprecio a la dignidad y el envilecimiento de lo humano.<sup>97</sup> Y ésta ha sido la fuente del

---

<sup>95</sup> En cuanto a que el adjetivo “inviolable” es en este contexto sinónimo de “intangible”, cabe apuntar que la versión alemana de la Carta dice exactamente “Die Würde des Menschen ist unantastbar”, esto es, lo mismo que la Ley Fundamental de Bonn, si bien por la razón que sea ésta se ha traducido habitualmente al español por “intangible”, mientras que la versión española de la Carta utiliza el adjetivo “inviolable” (por cierto, que para esta palabra en alemán existe también “unverletzlich” que es exactamente el adjetivo que utiliza el art. 1.2 de la Ley Fundamental de Bonn para referirse a los derechos humanos como “inviolables”). Por ello no me resulta convincente el argumento de que el artículo 10.1 de la Constitución española no califica como inviolable a la dignidad sino a los derechos (véase al respecto I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad...*, *op. cit.*, p. 116): aparte del argumento en contra basado de la Carta, cabe entender que, si son inviolables los derechos “inherentes” a la persona, y la dignidad de ésta es la base y fundamento de esos derechos, la propia dignidad debe ser también inviolable.

<sup>96</sup> Al respecto, mi trabajo *Valores superiores...* *op. cit.*, pp. 255 ss.

<sup>97</sup> Por todos, E. Benda, “Dignidad...”, *op. cit.*, p. 124.

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

reconocimiento posterior en otros sistemas constitucionales, y en la misma Carta Europea. De manera que cabría vincular el “núcleo interno” de la dignidad a la prohibición absoluta de aquellos tratos vejatorios para la persona, o negadores de la misma condición humana (muchos de los cuales están expresamente prohibidos en nuestro sistema por el artículo 15 de la Constitución, en tanto que “torturas” o penas o tratos inhumanos o degradantes).

De este modo, parece que la dignidad justifica un límite último e infranqueable a ciertas prácticas que resulten manifiestamente vejatorias, degradantes o atentatorias contra la propia esencia de la condición o cualidad humana (con independencia de que dicho límite esté explicitado en algún caso en la propia Constitución, por ejemplo, la prohibición de torturas, que no admite excepciones). Pero ello no convierte a la dignidad en un derecho absoluto o que deba ser extraído íntegramente de la ponderación. Lo mismo cabe decir de su dimensión objetiva o axiológica: el carácter principal y fundamentador de la dignidad como valor no permite jerarquizarlo y ubicarlo por encima de todos los demás, dándole sistemáticamente más rango. Y ello aunque su preeminencia dentro del sistema constitucional tenga sus efectos en el plano interpretativo. En cualquier caso, la dignidad conlleva numerosas manifestaciones y consecuencias jurídicas, y sería imposible entenderla como derecho absoluto en toda su extensión. Todos los derechos tienen sus límites y la dignidad de la persona no es una excepción, a pesar de su incuestionable trascendencia y de su centralidad en el sistema constitucional.

#### 4. ¿A QUÉ LLAMAMOS PREEMBRIÓN? LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL EN LOS ORÍGENES DE LA VIDA HUMANA

Tras las consideraciones generales realizadas, cabe extraer algunas consecuencias aplicables a los orígenes de la vida humana, al comienzo de la protección jurídico-constitucional de la misma, y en particular a la determinación de la posición jurídico-constitucional del preembrión. Esta cuestión representa uno de los problemas esenciales de la relación entre la bioética y el Derecho Constitucional, así como de éste con la genética,

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

pues la mayor parte de las prácticas en la materia tienen como objeto preembriones humanos, o las células de ellos extraídas o derivadas. Por ello la doctrina ha comenzado ya a ocuparse de estas cuestiones,<sup>98</sup> aunque de nuevo los enfoques constitucionales son escasos.

Para analizar estas consecuencias, conviene delimitar en primer lugar el concepto de preembrión, al que ya hemos aludido en varias ocasiones en este trabajo. Sin embargo, el mismo término —o más bien su utilización para aludir a una realidad propia y diferente— no está exento de polémica. Suele considerarse que el preembrión es el embrión en la primera fase de su desarrollo, que se inicia con la concepción y llega aproximadamente hasta el décimo cuarto día posterior a la misma. Parece que hay argumentos científicos para sostener que en torno a esta fecha se producen circunstancias muy relevantes en el desarrollo embrionario, dado que se culmina el proceso de anidación en la pared uterina, al tiempo que se forma la cresta neural, desapareciendo la posibilidad de una división que forme gemelos monocigóticos. Aproximadamente a partir de este momento las células pierden su carácter totipotencial.<sup>99</sup>

Por tanto, en torno a la frontera de los catorce días se generan cambios importantes en el desarrollo embrionario, que pueden justificar el cambio de denominación (del mismo modo que suele considerarse que a partir de los noventa días, el embrión pasa a ser feto, teniendo en cuenta los cambios que se producen aproximadamente en ese momento).<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Además de las obras mencionadas en el apartado anterior sobre los aspectos jurídicos de la Genética, pueden citarse como ejemplos: H. G. Koch y A. Eser, “La investigación con células troncales embrionarias humanas: fundamentos y límites penales”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 20, 2004; C. M. Romeo Casabona, “La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica: consideraciones de política legislativa”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 24, 2006. Desde la perspectiva alemana, J. Ipsen, “Der «verfassungsrechtliche Status» des Embryos *in vitro*”, en *Juristen Zeitung*, núm. 20, 2001; C. Müller, “The status of the extracorporeal embryo in German Law (Part I)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 22, 2005; y “The status of the extracorporeal embryo in German Law (Part II)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 23, 2005.

<sup>99</sup> Para una aclaración, aunque sintética, de los términos utilizados para definir el desarrollo embrionario en sus primeros días, y la capacidad generadora de tejidos de las células, véase el glosario incluido en este trabajo. Sobre las diversas formas de obtención de células troncales, véase J. García-Minguillán Molina, “La investigación...”, *op. cit.*, pp. 42 ss.

<sup>100</sup> Concluida la etapa embrionaria, no se generan ya órganos o tejidos nuevos, sino que se produce la maduración y desarrollo de los ya existentes.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ciertamente, algunas opiniones cuestionan la diferenciación entre preembrión y embrión<sup>101</sup> —e incluso parecieron tener cierto eco en la tramitación parlamentaria de algunos proyectos legislativos de trascendencia en la materia—<sup>102</sup> pero parece cierto que los cambios que hemos apuntado se producen aproximadamente en esa fecha del décimo cuarto día, más allá de la discusión sobre la trascendencia de los mismos y las consecuencias

<sup>101</sup> Véase, por ejemplo, G. Herranz, “El mito del preembrión”, en *bioeticaweb*, [www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com), que afirma textualmente: “la noción de preembrión es una idea política con pies científicos de barro. El progreso de la embriología es la piedra que rodó monte abajo y rompió el pedestal de barro. El constructo se ha derrumbado. ¿Por qué mantener un muerto en la legislación?”.

<sup>102</sup> Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, la Ponencia encargada de la tramitación del Proyecto de ley de investigación biomédica en el Senado aceptó la enmienda número 132, de Jordi Casas i Bedós (Grupo Parlamentario CIU), que proponía sustituir en todo el proyecto de ley la palabra “preembrión” o “preembriones” por “embrión” o “embriones”. En la justificación de la enmienda se destacaba que carece de respaldo científico la utilización del término preembrión para denominar al embrión preimplantatorio, añadiéndose que, “en general, la utilización de este término no tiene otra finalidad que desproveer al embrión temprano de su característica biológica fundamental de ser humano vivo, dado que así se abre la posibilidad de manipularlo sin ninguna responsabilidad ética”. Tras constatar una menor utilización del término preembrión en los trabajos científicos de los últimos años, se concluía que “estos datos avalan que la palabra preembrión es un término prácticamente fuera del contexto científico actual y que su utilización (...) tiene una connotación ideológica más que científica, y todo ello con una finalidad de desproveer al embrión de su categoría ontológica de ser humano vivo, para así poder manipularlo sin ninguna responsabilidad ética” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, serie II, 3 de mayo de 2007). Finalmente el Congreso recuperó el término “preembrión” en el texto definitivo aprobado por el Congreso (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Núm. A-104-17, de 21 de junio de 2007).

A nuestro juicio, por las razones que expresamos en el texto, existen cambios importantes en el desarrollo de la vida humana que se producen en torno al décimo cuarto día. Y más allá de la cuestión terminológica, estos cambios, como otros que se producen posteriormente, pueden tenerse en cuenta a la hora de valorar la intensidad de la protección dispensada por los valores constitucionales, cuando éstos deben ponderarse con otros derechos o valores. Ello no significaría que antes de ese día la protección no exista, pues en todo caso tanto la vida como la dignidad de la persona tienen incidencia en todos los momentos del desarrollo biológico humano. Por lo demás, con independencia de la mayor o menor utilización del término “preembrión”, éste siempre suele entenderse como sinónimo de la expresión “embrión preimplantatorio”, que en todo caso alude a la misma fase del desarrollo humano, cuyas peculiaridades ya hemos comentado (si bien esta última expresión no sería aplicable al preembrión generado dentro del útero materno). Esto quiere decir que una supuesta privación del carácter ontológico de ser humano vivo —que aquí no se defiende— podría producirse igualmente sin utilizar el término preembrión (aplicando las mismas características o consecuencias al llamado “embrión preimplantatorio”); o, a la inversa, que la específica protección de la vida en esa fase, teniendo en cuenta sus peculiaridades, puede producirse aun cuando se utilice la denominación “preembrión”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

que puedan extraerse sobre la consideración ética o jurídica del embrión antes de esa fecha. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo que vamos a señalar de inmediato, parece claro que a ciertos efectos cabe hablar de embrión en sentido amplio, concepto que englobaría lo que puede denominarse “preembrión” así como todas las fases posteriores hasta el nacimiento. Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a efectos de las prohibiciones de patentabilidad, y por efecto de la dignidad, debe entenderse el concepto de embrión en sentido amplio.<sup>103</sup>

En cualquier caso, las diferencias entre el preembrión y el embrión han cobrado relevancia sólo a partir de ciertos desarrollos científicos y médicos, que implican prácticas que afectan al desarrollo del cigoto en los primeros catorce días. Anteriormente, en ese período la mujer acaso ni siquiera conocía el embarazo, y de cualquier modo no podía interferir en el mismo. De hecho, ha sido el gran desarrollo alcanzado en las últimas décadas por las técnicas de reproducción asistida lo que ha provocado la preocupación por la definición científica, ética y jurídica del preembrión. Y es que, a pesar de que puede plantearse también algún otro problema,<sup>104</sup> son las diversas técnicas de reproducción asistida, así como otras actuaciones de tipo genético, las que han puesto de relieve la trascendencia de precisar la definición y la posición jurídica del preembrión humano. De hecho la expresión “embrión preimplantatorio” suele utilizarse como sinónimo del

---

<sup>103</sup> Véase la muy importante sentencia en el asunto C-34/10 Oliver Brüstle / Greenpeace eV, de 18 de octubre de 2011, cuyo párrafo 35, que analizando diversos aspectos en relación con la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, señala: “todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un ‘embrión humano’ en el sentido y a los efectos de la aplicación del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano”.

<sup>104</sup> Por ejemplo, la llamada “píldora del día después” (aunque puede tomarse hasta 72 horas después del acto sexual) o “píldora postcoital”, sobre cuya naturaleza, abortiva o anticonceptiva, se discute. Hay en realidad diversos tipos de fármacos considerados “anticonceptivos de emergencia” que no siempre actúan del mismo modo, pues pueden retrasar la ovulación, impedir la fecundación, o bien impedir la anidación del cigoto, lo cual dependerá tanto del tipo de fármaco, como del momento del ciclo en que se administre. Uno de los más conocidos, la mifepristona (RU-486) puede llegar incluso a provocar un aborto después de la implantación (o bien impedir ésta, según la situación, y siempre en la hipótesis de que el embarazo se hubiera efectivamente producido, lo que habitualmente no se conoce en el momento de administrar el producto). En todo caso, no podemos, en el contexto de este trabajo, profundizar en este tema.

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

término preembrión, aunque en realidad el adjetivo “preimplantatorio” sólo tiene sentido cuando se utiliza para el embrión fecundado fuera del útero materno, que puede o no ser posteriormente implantado en el mismo. No es casualidad que el legislador español, precisamente en la más reciente regulación de las técnicas de reproducción asistida, haya incorporado una definición de preembrión como “el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”.<sup>105</sup>

Desde el punto de vista constitucional, la cuestión fundamental es determinar la posición del preembrión ante la norma fundamental, precisando si la misma es equiparable a la del embrión en sentido estricto, o bien existen diferencias relevantes. Ya se ha señalado que tanto la vida como la dignidad pueden tener incidencia en la protección constitucional del *nasciturus*. Desde luego, pueden plantearse muchas dudas sobre las consecuencias concretas que los mencionados valores tienen a la hora de definir su posición constitucional; y por lo demás, esta cuestión tampoco ha sido abordada frontalmente por el Tribunal Constitucional español. En todo caso, y considerando que el preembrión posee vida perteneciente a la especie humana, cabría apuntar las siguientes ideas, que tienen un cierto apoyo en la jurisprudencia constitucional:

- a) Al preembrión le afecta la protección constitucional de la dignidad humana, que tiene incidencia incluso sobre los preembriones no viables.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Artículo 1.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bien es cierto que esa definición se realiza “a los efectos de esta ley”, pues de lo contrario tendríamos que llegar a la conclusión de que dentro del útero materno no hay preembrión, lo que no parece coherente con los argumentos que aquí se han dado para delimitar el preembrión y el embrión.

<sup>106</sup> Aunque el TC no lo dice expresamente, puede deducirse de la afirmación de que sería contraria a la dignidad de la persona la transmisión lucrativa de embriones y fetos (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 8), o de embriones e incluso gametos (STC 116/1999, de 17 de junio), que implicaría una patrimonialización contraria a la Constitución (lo que no se produce dado que la ley excluye cualquier causa lucrativa y remuneratoria, permitiendo sólo la donación). Es muy significativo que en el fundamento jurídico 5 de la sentencia mencionada en primer lugar, el TC, tras señalar expresamente que a los embriones o fetos no viables no les alcanza la protección del artículo 15 de la Constitución, pues no son siquiera *nascituri*, añade “...por más que la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la



ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

- b) El preembrión debe considerarse *nasciturus* (salvo en caso de falta de viabilidad),<sup>107</sup> y por tanto le alcanza la protección constitucional de la vida.<sup>108</sup>

regulación de los mismos, como más adelante veremos...” Y en efecto, en el citado FJ 8 se especifica que la patrimonialización de la persona sería contraria a la dignidad, y que ésta se produciría si se permitiera la transmisión lucrativa de los embriones y fetos no viables, e incluso se da a entender que también existiría tal vulneración si se permitiera esa transmisión de órganos humanos o cadáveres: “tal reproche carece totalmente de sustento desde el momento en que esta singular «donación», al igual que la de órganos humanos regulada en la Ley 30/1979, o incluso la del cadáver de una persona, no implica en modo alguno la patrimonialización, que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad...” Aunque estamos ante dos *obiter dicta*, que además realizan unas valoraciones meramente hipotéticas (pues la ley no prevé aquello que el Tribunal considera inconstitucional), es interesante la idea de que la dignidad, a diferencia de la vida, puede tener incidencia más allá de la vida, cuando no hay viabilidad en ésta (y ni siquiera alcanza la protección constitucional del artículo 15), o ni siquiera hay propiamente vida.

Más recientemente, la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-34/10 Oliver Brüstle / Greenpeace eV, de 18 de octubre de 2011, resalta muy claramente el juego del valor dignidad en la materia, afirmando que “el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana”, lo que tiene como consecuencia que el concepto de “embrión” debe entenderse, al menos a efectos de patentabilidad, en un sentido amplio, que engloba lo que venimos denominando “preembrión”. En suma, esta sentencia no deja dudas sobre que la protección de la dignidad humana alcanza también al preembrión.

<sup>107</sup> La distinción entre preembriones o embriones “viables” y “no viables”, que nuestra legislación asume, es susceptible de cuestionamiento y de dudas en su aplicación. El TC, en la STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 5, la acepta entendiendo que la caracterización de un embrión o feto como “no viable” hace referencia concretamente “a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del artículo 10.1”. Obviamente, esta definición lleva como lógica consecuencia su falta de consideración como *nasciturus*, pero deja abierta la cuestión de cómo ha de determinarse si el embrión es susceptible de desarrollarse, y cuáles son los criterios que han de utilizarse en esta determinación. En mi opinión, la falta de viabilidad debe obedecer a circunstancias físicas o médicas intrínsecas al propio embrión, que requerirán un diagnóstico previo, pero no desde luego a factores provocados como sería la mera falta de implantación (cuando hablamos de preembriones *in vitro*), pues de lo contrario todos ellos serían no viables por definición, lo que haría innecesaria la misma distinción.

<sup>108</sup> Ello se deduce de la STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 9, *a contrario*. En efecto, tras recalcar en el apartado B) de este fundamento que los preembriones viables no pueden ser sometidos, según la ley, a más investigaciones que las de carácter diagnóstico, terapéutico o preventivo, apreciación que es “fundamental en orden a examinar la conformidad con este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del artículo 15 CE...”, añade en el apartado C) que “no siendo los preembriones no viables («abortados en el sentido más profundo de la expresión») susceptibles de ser considerados, siquiera, *nascituri*...” Lo que implica, a nues-

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

- c) Los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los transferidos al útero materno.<sup>109</sup>

En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional, aun sin perfilar suficientemente la posición constitucional del preembrión, ha apuntado en la línea más coherente con nuestro sistema constitucional de valores. El preembrión no es titular de derechos, pero le alcanza la protección constitucional de la vida y de la dignidad, dado que es un ente dotado de vida, y de carácter humano. Sin embargo, las especiales características de los primeros días del desarrollo embrionario (falta de diferenciación celular, falta de anidación, menor viabilidad) hacen que la intensidad de la protección del valor vida sea menor que en el embrión y en el feto. A nuestro juicio, son estas circunstancias las que explican la menor intensidad de protección, mejor que el hecho de que el preembrión se haya fecundado *in vitro*, pues esa circunstancia no tiene tanta relevancia, dado que ha sido buscada e intencionada, y en todo caso el preembrión tiene el mismo sentido y el mismo valor en uno y otro caso.

De esta forma, y a diferencia de la dignidad, la vida humana es objeto de una protección gradualmente creciente, desde la fecundación que es su inicio, hasta el nacimiento, momento a partir del cual podemos hablar propiamente de persona, y por tanto de titularidad de los derechos. Esta protección gradual es el resultado de la ponderación entre la vida y otros valores, principios o derechos igualmente dignos de protección constitucional, como la libertad de investigación o el derecho a la reproducción.

Esta tesis, que ha sido acogida por el legislador,<sup>110</sup> y tiene un cierto correlato en la llamada “concepción moral gradual del embrión”,<sup>111</sup> no es sin

---

tro entender, que los preembriones viables sí son *nascituri* y les alcanza la protección que el artículo 15 dispensa a la vida.

<sup>109</sup> Textualmente, es lo que dice el Tribunal en la STC 116/1999, de 19 de junio, FJ 12.

<sup>110</sup> El Preámbulo de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica señala en su apartado III que “La Ley prohíbe expresamente la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, *de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional...*”

<sup>111</sup> Véase al respecto, por todos, el reciente trabajo de F. Abellán, *Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia*. Granada, Comares, 2007, pp. 78 ss., quien afirma que, desde la perspectiva de esta corriente de pensamiento “si bien es cierto que el embrión hu-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

embargo pacífica, si bien se sitúa en un término medio entre quienes entienden que el preembrión tiene la condición de persona,<sup>112</sup> y aquéllos que consideran que es un mero conjunto de células carente de toda protección constitucional.<sup>113</sup> Ciertamente, la existencia de posturas tan diferentes sobre una misma cuestión resulta sorprendente y preocupante cuando hay acuerdo sobre los principios y valores en juego. Incluso en sistemas constitucionales diferentes, suele haber coincidencia en la protección de la vida, así como en el reconocimiento (explícito o implícito) de la dignidad de la persona. Sin embargo, cuando se tratan de extraer las consecuencias

---

mano es siempre merecedor de un especial respeto y dignidad, hay que tener en cuenta que en su desarrollo pueden reconocerse etapas cualitativamente diferentes para su constitución como ser humano”, y añade más un poco más adelante que “aunque no se pueda tratar al embrión pre-implantatorio como una realidad personal, tampoco se le puede tratar como una cosa, mero objeto de propiedad”.

En parecido sentido parece pronunciarse, desde la perspectiva alemana y con base en la jurisprudencia, el comentario de J. Ipsen, “Der «verfassungsrechtliche Status»...”, cit., págs. 989 ss., quien rechaza la posibilidad de un status subjetivo del preembrión, que no sería titular del derecho a la dignidad ni a la vida, aunque estos valores constitucionales le protegen. Sin embargo, este autor concluye señalando, a diferencia de lo que aquí se defiende, la escasez de elementos constitucionales para hacer frente al debate sobre esta cuestión.

<sup>112</sup> Se darán aquí por conocidas las posturas más significativas al respecto. Como es sabido, la Iglesia Católica viene defendiendo la existencia del derecho a la vida, en sentido estricto, desde el momento de la concepción, y por tanto la consideración personal del preembrión y del embrión. Es interesante apuntar que esta tesis ha sido también acogida desde la perspectiva jurídica, por ejemplo en la importante sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, Exp: 95-001734-0007-CO, que declaró inconstitucional la regulación de la fecundación *in vitro* en el país centroamericano. En esta sentencia se afirma: “Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado”.

<sup>113</sup> Como es sabido, desde la misma perspectiva científica y ética se discute el momento del comienzo de la vida humana, existiendo posturas que defienden que ésta no existe en la fase de preembrión, dado que las particulares características de éste, que ya hemos destacado, provocan que hasta la anidación y la diferenciación celular no pueda hablarse de una vida digna de protección. Hay incluso quienes rechazan toda protección del embrión, considerándolo un mero conjunto de células susceptibles de apropiación por sus progenitores. F. Abellán, *Selección genética...*, op. cit., pp. 80-81, denomina “concepción naturalista” a esta postura, que ubica en el extremo opuesto a la concepción del preembrión como realidad personal. También puede verse, sobre este tema, J. R. Lacadena, “Consideraciones genético-biológicas sobre el desarrollo embrionario”, en C. M. Romeo Casabona (ed.), *Genética Humana*. Bilbao, Universidad de Deusto-Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia, 1995, quien destaca que “la unicidad del nuevo ser no está fijada durante las etapas de desarrollo embrionario anteriores a la terminación de la anidación” (p. 83).

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

para el preembrión, las posturas comienzan a diferenciarse de forma muy acusada.

En nuestra opinión, ello es debido en muchos casos a las diferentes concepciones éticas subyacentes, pero creemos que también tiene influencia el hecho de que estamos ante avances científicos muy recientes, frente a los cuales no se ha encontrado aún una única respuesta ética, e incluso la ciencia no ha logrado llegar a determinaciones concluyentes sobre el origen de la vida. Pero, sentada la existencia de protección constitucional para la vida y la dignidad, la diversidad de opiniones, y la ausencia de acuerdo en la doctrina jurídico-constitucional y en las diversas jurisprudencias (que no es sino reflejo de la falta de consenso científico y ético) no debería llevarnos a defender la irrelevancia constitucional del problema, retirándonos —en tanto que constitucionalistas— del debate. Antes al contrario, el hecho de que no hayamos sido capaces de ofrecer una solución más concreta y precisa no significa que ésta no deba buscarse, sobre todo teniendo en cuenta que sabemos que los parámetros para la respuesta jurídica están en la Constitución. Una cosa es reconocer que ésta, dado su consabido margen de apertura, ofrece un apreciable elenco de opciones al legislador, y otra pensar que no hay criterios constitucionales, o que éstos son tan abiertos que prácticamente son inútiles o inaplicables. Lo que en nuestra opinión han de hacer la doctrina y la jurisprudencia constitucional es avanzar en la determinación de la posición constitucional del preembrión, en lugar de abandonar ese cometido señalando que no hay más argumentos.

Existen por tanto, en nuestra opinión, algunos parámetros constitucionales que, a pesar de dejar amplio margen al desarrollo legislativo, permiten perfilar una posición constitucional del preembrión, como ente diferente a la persona y a las cosas, que no es sujeto de derechos pero tampoco es susceptible de apropiación y patrimonialización, en el que acaba de comenzar la vida humana, y en el que se manifiesta la dignidad de la persona y del género humano, aunque estos valores habrán de ponderarse, en cada caso, con la protección de otros. No es, por tanto, una persona, pero pertenece a la especie humana. Por eso le alcanza la protección de la dignidad. Es un ser vivo perteneciente a la especie humana, por eso le afecta la protección de la vida humana, aunque las especiales características de este momento inicial de la vida pueden hacer que esta protección ceda más fácilmente que en posteriores fases. Se pone así de relieve, en nuestra modesta

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

opinión, que el empeño de determinar una posición constitucional del preembrión no sólo es posible, sino también necesario, y que avanzando en esa línea se obtendrán sin duda resultados de interés.

## 5. BREVE COMENTARIO DE ALGUNAS PRÁCTICAS ESPECÍFICAS

Tras haber establecido, aunque sea en líneas generales, los parámetros de la posición constitucional del preembrión, procede valorar con esos criterios algunas de las prácticas científicas o médicas que tienen por objeto principal el mismo.

### *5.1. Las manipulaciones genéticas.*

En un sentido muy amplio podríamos entender por manipulaciones genéticas, “todo tipo de prácticas o intervenciones que tengan por objeto el embrión, las células troncales o los genes, incluyendo por tanto la mayor parte de las técnicas de reproducción asistida”, el diagnóstico genético preimplantatorio y la selección de embriones, a las que nos referiremos un poco más adelante. Pero ahora nos interesa un sentido más estricto, según el cual sólo serían manipulaciones las que alteran el patrimonio genético, mediante la modificación de los genes o la introducción de otros nuevos, dando lugar a un nuevo genotipo. En este sentido, la expresión “manipulación genética” es sinónima de “ingeniería genética” o de “biogenética”.

La ingeniería genética, aun en este sentido más estricto, comprende una gran variedad de prácticas (introducción de nuevos genes, alteración de los existentes, transferencia del ADN de un organismo a otro...) que no siempre son susceptibles de valoración conjunta. Por ello, y centrándonos en las prácticas e intervenciones sobre genes humanos, conviene realizar algunas distinciones:

- En primer lugar, y teniendo en cuenta la trascendencia de los resultados y el tipo de célula, conviene distinguir las alteraciones en células somáticas, que afectarían sólo al portador de esas células, y las que se realizan en células germinales, cuyas consecuencias se

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

manifiestan en futuras generaciones. Esta distinción tiene trascendencia jurídico-constitucional, pues las primeras pueden contar con el consentimiento del interesado, lo que unido a una finalidad admisible podría abogar por su licitud; mientras que las segundas afectan a generaciones futuras sin su consentimiento, lo que tiende a hacerlas menos aceptables.

- En segundo lugar, conviene distinguir las diversas técnicas por su finalidad. Desde esta perspectiva, y en líneas generales, cabría distinguir la finalidad terapéutica, la de investigación o experimentación, y la eugenésica. Desde luego, las fronteras entre las diversas finalidades (y muy en particular, entre la terapéutica y la eugenésica) son realmente difusas. Sin embargo, la distinción es importante, ya que la valoración constitucional de una práctica determinada puede variar mucho en función de su finalidad. Por ello resulta adecuado detenerse algo en su análisis separado.

Comenzando por la finalidad terapéutica, estaríamos ante lo que suele denominarse “terapia génica”, cuya admisibilidad debe predicarse en principio, siempre que cuente con el consentimiento de la persona afectada.<sup>114</sup> Hay que tener en cuenta que dicha finalidad tiende directamente a hacer efectivo el derecho a la protección de la salud (art. 43 de la Constitución) de la persona implicada, no afectando en principio a otros valores constitucionales ni a derechos de terceras personas. Más compleja es la problemática de las terapias realizadas en líneas germinales, las destinadas a evitar o prevenir las enfermedades en personas aún no nacidas, o a curar o reparar defectos genéticos en las mismas. Aun cuando la finalidad terapéutica sigue abogando por su admisibilidad, la ausencia de consentimiento de las personas afectadas, la dudas sobre las consecuencias futuras de dichas intervenciones y (en su caso) la afectación a embriones humanos, provocan que la respuesta sea en este caso más dudosa.

---

<sup>114</sup> La ausencia de este requisito nos llevaría al problema de las prácticas en personas que no pueden consentir. Se trata de un problema complejo y que aquí no podemos analizar en profundidad, pero puede apuntarse que, en principio, nos encontramos ante una situación que implicaría restricciones y garantías adicionales, así como, en todo caso, una forma de sustitución de ese consentimiento.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

En cuanto a las prácticas llevadas a cabo con una finalidad de investigación o experimentación, en principio quedarían protegidas por la libertad de creación científica (artículo 20.1 b) de la Constitución), así como por la protección de la salud en su dimensión objetiva o axiológica, siempre que la investigación tienda a buscar remedios contra la enfermedad o a mejorar la salud de las personas. Sin embargo, dado que la relación de la práctica con la salud es más mediata, y teniendo en cuenta también los resultados inciertos de la experimentación, e incluso los posibles riesgos de la misma, parece razonable establecer condiciones más estrictas a las manipulaciones genéticas llevadas a cabo con esta finalidad, debiendo distinguirse, por un lado, la procedencia de las células objeto de la misma (personas vivas, tejidos, embriones o preembriones, células troncales de otra procedencia...), y estableciendo en cada caso los requisitos oportunos.

En fin, las manipulaciones genéticas con fines eugenésicos son mucho más difíciles de admitir desde la perspectiva de los valores constitucionales, pues la mera finalidad de mejora de la especie, o de las características genéticas y biológicas de las personas no parece justificar intervenciones llenas de riesgos e incertidumbres, y que pueden afectar a la dignidad humana, no sólo por intervenir en preembriones o embriones, si tal es el caso, sino sobre todo porque la realización de este tipo de intervenciones puede alterar el equilibrio y las condiciones naturales de la especie. Con todo, cabría aún distinguir las posibles intervenciones de este tipo con células somáticas y sin trascendencia en futuras generaciones, que podrían admitirse si cuentan con el consentimiento de la persona afectada y no vulneran otros valores constitucionales, de las realizadas en líneas germinales que resultarían rechazables en su conjunto. El problema es distinguir estas intervenciones de las llevadas a cabo con fines terapéuticos, pues la frontera entre ambas finalidades, como antes apuntábamos, es muy difusa.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> En efecto, esa frontera no es otra que la existente entre la salud y el “bienestar general” o la mejora de las condiciones personales. Manipular genes para obtener, en el futuro, personas más altas, guapas o delgadas (o bien más hombres o mujeres), puede resultar ética y jurídicamente rechazable. Y, en cambio, hacerlo para desterrar un cáncer (o una posibilidad elevada de desarrollarlo), u otras graves enfermedades que pueden tener una importante base genética, podría resultar más admisible. Pero ¿qué decir si lo que se persigue es evitar la miopía, fortalecer las encías, prevenir la obesidad o la alopecia, evitar la tendencia a fumar? Evidentemente hay casos límite cuya solu-

En todo caso, el Convenio de Oviedo parece excluir este tipo de manipulaciones,<sup>116</sup> y el Código Penal castiga, en su artículo 159, a “los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo”, de tal manera que en nuestro ordenamiento sólo están permitidas las manipulaciones con finalidad estrictamente terapéutica.

### 5.2. *Las técnicas de reproducción asistida*

El espectacular avance de la medicina, la biología y la propia genética ha tenido repercusiones muy notables en cuanto al gran auge y desarrollo de diversas técnicas de reproducción asistida. Y estas técnicas, a su vez, tienen implicaciones jurídicas notables, no sólo por lo que atañe al status jurídico-constitucional del preembrión, sobre el que en algunos casos recaen, sino también porque pueden resultar necesarias, en determinados casos, para hacer “real y efectivo” el derecho a la reproducción de las personas. De ser así, estas técnicas encontrarían una protección jurídico-constitucional, sin perjuicio de que, en cada caso, fuera necesario ponderar con otros derechos constitucionales.

Por ello, las cuestiones fundamentales en este momento son, en primer lugar, determinar si existe, con rango constitucional, un derecho a la reproducción o procreación; y, en segundo, establecer si la utilización de técnicas de reproducción asistida forma parte del mismo. Respecto a lo primero, cabe destacar que el derecho a la reproducción ha sido objeto ya de un cierto tratamiento doctrinal.<sup>117</sup> No es posible desarrollar en este mo-

---

ción es muy difícil, pero creemos que en todo caso hay que intentar la distinción entre ambas finalidades, y ésta debe venir por la diferencia entre curar o prevenir patologías o taras físicas o psíquicas (finalidad terapéutica) y mejorar las características o condiciones personales (finalidad eugenésica).

<sup>116</sup> Artículo 13: “Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia”.

<sup>117</sup> Entre otros trabajos, y centrándonos en el enfoque de la cuestión desde la perspectiva de los derechos constitucionales, L. Zarraluqui, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid, 1988; Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons-Universidad Complutense, Madrid, 1994; muy especialmente puede considerarse el completo trabajo de C. Salas Salazar, *El derecho fundamental a la reproducción en el Ordenamiento constitucional espa-*



ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

mento esta compleja problemática, pero podemos sintetizar nuestra postura al respecto señalando que, a nuestro juicio, cabe defender que este derecho encuentra protección constitucional, como derivación del libre desarrollo de la personalidad. Se trataría de otro de los “nuevos derechos” o derechos “no escritos”, aunque en este caso el Tribunal Constitucional, que es el intérprete supremo de la Constitución, y los tratados internacionales ratificados por España avalan esta interpretación.

Ahora bien, la cuestión fundamental a determinar es si la protección constitucional del derecho a la reproducción implica que están igualmente protegidos los medios para hacer efectivo este derecho, o bien el mismo quedaría protegido sólo en su vertiente de libertad, que implicaría únicamente la garantía y la no intromisión de los poderes públicos en el mismo (aspecto que también cabría plantearse, desde otra óptica, respecto a la adopción). En definitiva, habría que resolver la cuestión de si la utilización de técnicas de reproducción asistida o artificial forma parte del contenido del derecho. En nuestra opinión, y teniendo en cuenta el sentido de los derechos de libertad en el Estado social, y el significado del artículo 9.2 de la Constitución, cabe entender en principio incluidos los medios de reproducción asistida en este derecho, en cuanto los mismos van dirigidos a hacer efectivo el ejercicio del mismo. En esta línea apunta la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido que el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio) incluye el derecho a la decisión de ser padres genéticos, por lo que la denegación de la posibilidad de acceder a la inseminación artificial vulneraría el derecho.<sup>118</sup>

Ello implica, además, que debe procurarse en general la mayor accesibilidad posible a estos métodos, por parte de las personas que los puedan necesitar. Con todo, ello no supone que todas y cada una de las técnicas de reproducción asistida queden definitivamente garantizadas o puedan utilizarse sin límite, pues, como es propio de un sistema basado en la ponderación de derechos, hay que tener en cuenta qué otros valores o derechos

---

*ñol: fundamentación, estructura y consecuencias jurídicas*, tesis doctoral, inédita. Ténganse en cuenta también los trabajos que mencionaremos al hilo de la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida.

<sup>118</sup> Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (Gran Sala), caso *Dickson contra el Reino Unido*.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

constitucionalmente protegidos pueden incidir en sentido contrario a la utilización de la técnica en cada caso concreto. En ciertos casos la protección de otros bienes o valores, o de derechos de terceros, pueden imponer la prohibición o limitación del uso de ciertas técnicas.<sup>119</sup> Por lo demás, a nuestro juicio el derecho a la reproducción no engloba en su contenido aquellas técnicas que van dirigidas no simplemente a la procreación, sino a la selección de determinadas características personales de la descendencia, como puede ser el sexo o determinadas condiciones físicas, genéticas o de salud.

No procede realizar aquí un comentario exhaustivo de las diversas técnicas previstas en nuestra legislación. Cabe tan solo enunciar que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, ha llevado a cabo una nueva regulación de las técnicas de reproducción asistida, con un criterio mucho más abierto y permisivo que el de la legislación anterior. No procede realizar aquí un comentario extensivo de la misma,<sup>120</sup> pero sí cabe apuntar las novedades más significativas en el tema que nos ocupa, y que serían las siguientes: 1) la ampliación de la técnicas reconocidas, y la flexibilidad para ampliar en el futuro el catálogo de las mismas;<sup>121</sup> 2) desaparece la limitación cuantitativa para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, aunque se mantiene el tope máximo de tres preembriones transferibles en un mismo ciclo; 3) se autoriza la investigación con los preembriones sobrantes, si bien sometiéndola a determinados requisitos, comenzando por el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer; 4) se prohíbe la

<sup>119</sup> Así, por ejemplo, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, prohíbe en todo caso la gestación por sustitución (art. 10), y limita los efectos jurídicos de la aplicación de las técnicas que reconoce respecto a la determinación de la paternidad del varón fallecido, cuando no se cumplen ciertos plazos (art. 9).

<sup>120</sup> Puede verse el volumen dirigido por J. A. Cobacho Gómez, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, que contiene un comentario artículo por artículo.

<sup>121</sup> El Anexo A) de la Ley menciona expresamente las siguientes técnicas: 1) inseminación artificial; 2) fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y transferencia de preembriones; 3) transferencia intratubárica de gametos. Pero este catálogo se podrá ampliar por el Gobierno mediante Real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (art. 2.3). Por lo demás, pueden autorizarse técnicas no previstas en ese catálogo para su práctica provisional y como técnica experimental, mediante autorización de la autoridad sanitaria, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (art. 2.2).

gestación por sustitución, en los términos ya señalados; 5) se autoriza el diagnóstico preimplantacional en ciertos supuestos, de cara a evitar determinadas enfermedades en la futura persona.

### 5.3. *El diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) y la selección de embriones*

En efecto, muy vinculadas a la técnica de fecundación *in vitro* (FIV), y como posible complemento a la misma, cada vez van cobrando más importancia estas técnicas, que consisten en esencia en la elección, entre los diversos preembriones creados por medio de FIV, de aquéllos que van a implantarse, con la finalidad de conseguir determinadas características o evitar algún tipo de defecto congénito. Aunque el diagnóstico genético preimplantacional tiene múltiples aplicaciones, principalmente tendría tres utilidades importantes: 1) evitar enfermedades vinculadas a un determinado gen, como la fibrosis quística, o anomalías cromosómicas, como el síndrome de Down; 2) elegir el sexo de la persona, bien con finalidades terapéuticas (por ejemplo, evitar la hemofilia, transmitida por las mujeres pero padecida por los hombres), o bien por otros motivos; 3) tener un hijo compatible con un hermano enfermo ya nacido, de manera que el nuevo niño pueda ser donante compatible de su hermano mayor (principalmente, de sangre de cordón umbilical o de médula); 4) optimización de las técnicas de FIV en pacientes infértiles.

En realidad, el DGP es sólo uno de los diagnósticos genéticos posibles, ya que éstos pueden realizarse en las diversas fases de desarrollo humano,<sup>122</sup> pero es quizá el que más problemas plantea, dado que el resultado del mismo viene acompañado de una selección (o, por el contrario, un descarte) de los preembriones que se han de implantar. La doctrina se ha

---

<sup>122</sup> En este sentido, suele distinguirse entre diagnóstico preconcepcional; diagnóstico preimplantacional; diagnóstico prenatal, y diagnóstico postnatal (seguimos en concreto a F. Abellán, *Selección genética...*, *op. cit.*, pp. 17-18).

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

planteado ya el análisis ético y jurídico de los diversos casos,<sup>123</sup> y los textos internacionales lo han limitado o restringido en algunos supuestos.<sup>124</sup>

A nuestro juicio, de nuevo la distinción entre fines terapéuticos o eugénicos<sup>125</sup> resulta imprescindible, teniendo en cuenta además que en este caso la finalidad eugenésica puede venir acompañada del simple capricho o preferencia de los padres, por ejemplo en el caso de la elección de sexo no vinculada a fines terapéuticos. Admitir la selección de embriones en estos supuestos sería abrir una puerta a la generación de posibles desequilibrios en la composición natural de la especie, aparte de que se añadiría al derecho a la reproducción una suerte de “elección reproductiva”, susceptible de ser influida por caprichos, modas o motivaciones personales, que de ninguna manera pueden vincularse a un pretendido derecho de los padres.

En cambio, la selección de embriones con fines terapéuticos abre interesantes posibilidades en la lucha contra las enfermedades, y no plantea, en realidad, más problemas éticos o jurídicos que la fecundación *in vitro* a la que va en cierta medida unida. En efecto, si esta técnica de reproducción asistida implica la fecundación de varios óvulos y la implantación de los que se consideren adecuados para garantizar el éxito del embarazo, y puede suspenderse antes de la implantación a petición de la persona a quien se le aplica, el DGP sólo supone un paso intermedio en el que se analizan genéticamente los preembriones, para determinar cuáles se implantarán y cuáles no. Es, en definitiva, un análisis genético que ofrece a los padres una información importante previa a la implantación. Y si bien el DGP y la selección de embriones no son propiamente técnicas de reproducción asistida, y como venimos apuntando no forman parte del derecho a la reproducción, cuando la finalidad es terapéutica hay razones suficientes para admitir el uso de estas técnicas, siempre con los controles y garantías oportunas.

---

<sup>123</sup> Quizá el trabajo más actualizado y completo es el ya reiteradamente citado de F. Abellán, *Selección genética...*, *op. cit.* También de interés V. Martínez Bullé-Goyri, coord., *Diagnóstico genético y derechos humanos*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998.

<sup>124</sup> Véanse los arts. 12 y 14 del Convenio de Oviedo.

<sup>125</sup> En el caso del diagnóstico genético y la selección genética de embriones, por su propio sentido, parece difícil la finalidad de investigación o experimentación.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción asistida, regula el diagnóstico preimplantacional entre las técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida.<sup>126</sup>

#### 5.4. *La clonación*

Por último, conviene dedicar unas líneas a la clonación, que es seguramente, entre las diversas intervenciones sobre el patrimonio genético, la que ha despertado un mayor interés, difusión y repercusión social. Seguramente ello es debido a que, al menos en lo que se refiere a la clonación reproductiva, estamos ante uno de los avances científicos más sorprendentes y espectaculares de las últimas décadas, y al tiempo frente a uno de los que más cuestiones plantea desde las perspectivas ética, social, y jurídica. Por ello no es de extrañar que, cuando en 1997 se dio a conocer la clonación del primer mamífero (la famosa oveja Dolly), la sociedad quedase sorprendida y perpleja, al tiempo que se iniciaba un amplio debate ético y jurídico, y los primeros textos internacionales se pronunciaban al respecto.

En sentido propio, clonación es la creación de un organismo o célula genéticamente idéntico a otro original.<sup>127</sup> Actualmente, la clonación puede producirse por tres vías:<sup>128</sup> 1) por gemelación artificial, mediante separación de blastómeros en embriones preimplantatorios de 2 a 32 células; 2) por transferencia de núcleos de células embrionarias o fetales a un óvulo previamente enucleado (proceso denominado paraclonación), lo que da como resultado un individuo casi idéntico al resultante del embrión do-

---

<sup>126</sup> En concreto, el artículo 12 autoriza las técnicas de DGP utilizadas para la detección de enfermedades graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal, así como para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. La aplicación de estas técnicas con cualquier otra finalidad, o las que se realicen en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembiones con fines terapéuticos para terceros (cuyo caso más frecuente es la búsqueda de un hermano compatible para donación), requieren la autorización expresa en cada caso de la autoridad sanitaria, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

<sup>127</sup> Según el diccionario de la Real Academia, clonación es “acción y efecto de clonar”, clonar es “producir clones”, y clon (derivado del griego retoño) es “conjunto de células u organismos genéticamente idénticos, originado por reproducción asexual a partir de una única célula u organismo o por división artificial de estados embrionarios iniciales”.

<sup>128</sup> Seguimos en este punto a E. Iáñez Pareja, “Clonación: aspectos científicos”, en [http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/Clonacion.html#\\_ftn2](http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/Clonacion.html#_ftn2)

nante, pero diferente a los progenitores de éste; y 3) por transferencia de núcleos de células de individuos adultos a un óvulo previamente enucleado, que es la clonación en sentido estricto.

La aplicación de la técnica de la clonación a los humanos plantea no pocas cuestiones científicas, éticas y jurídicas.<sup>129</sup> Para responder a las mismas conviene tener en cuenta otra distinción fundamental, en función de que el óvulo con el núcleo de célula adulta sea implantado en una hembra y desarrollado hasta su nacimiento (se trataría de la clonación reproductiva), de aquéllos otros en los que el preembrión así creado no se desarrolla para nacer, sino que se utiliza para otros fines (clonación no reproductiva).

- 1) Por lo que se refiere a la clonación reproductiva, son muchas las incertidumbres y cuestiones que aún están por resolver: a) incertidumbres científicas sobre los riesgos que la misma puede conllevar (¿son los clones más susceptibles de desarrollar enfermedades? ¿hay mayor posibilidad de envejecimiento prematuro?); b) dificultades para establecer la relación jurídica entre el clon y la persona clonada (¿es su hijo? ¿un hermano gemelo... mucho más pequeño?) y c) en definitiva, los problemas que plantea desde la perspectiva de la dignidad humana (posible instrumentalización de la persona, ausencia de padres en sentido propio, o al menos de un progenitor, falta de identidad propia...). Seguramente por ello algunos textos internacionales se han apresurado a prohibirla,<sup>130</sup> y la legislación española se hace eco de esa prohibición.<sup>131</sup> Quizá queda por saber si la prohibición responde a un consenso cuasi universal e inalterable, o tal vez es una medida de cautela que abre un “compás de espera” hasta que nuevos avances o descubrimientos permitan ir resolviendo

---

<sup>129</sup> Existen al respecto algunos trabajos de interés. Por ejemplo, W. Frühwald *et al.*, “La clonación humana: fundamentos biológicos y valoración ético-jurídica”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 9, 1998; I. Garrote Fernández-Díez, “El resurgir del *golem*: la clonación de preembriónes humanos con fines terapéuticos y el concepto de persona. Aspectos éticos, constitucionales y jurídico-privados”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 15, 2001.

<sup>130</sup> Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 3.2. Otros textos parecen incluso ir más allá, como el Protocolo Adicional de París al Convenio de Oviedo, o la Declaración de la ONU sobre clonación. A ellos nos referiremos un poco más adelante.

<sup>131</sup> Artículo 1.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

do algunas de las cuestiones aún abiertas. A nuestro juicio, y aun reconociendo que el carácter evolutivo de la interpretación de los valores constitucionales permite casi siempre que el entendimiento de los mismos cambie y se adapte a las nuevas circunstancias, parece que la clonación reproductiva es una práctica que choca frontalmente con la dignidad humana, al permitir la creación artificial de seres idénticos a otros, instrumentalizando al ser humano y alterando los criterios propios de la reproducción humana.

- 2) En cuanto a la clonación no reproductiva, la respuesta puede ser más matizada. Para empezar, dado que el preembrión es creado mediante la fusión de un óvulo y una célula somática adulta, cabría plantearse si propiamente estamos ante un preembrión. Desde luego no se puede hablar propiamente de fecundación,<sup>132</sup> sin embargo ello no impide que el ser formado pueda ser un preembrión; el hecho cierto de que el mismo puede desarrollarse y convertirse en persona nos hace suponer que, en efecto, en esta fase previa estamos ante un preembrión. Ahora bien, partiendo de que su creación no ha obedecido a fines reproductivos, convendría distinguir —paralelamente a lo realizado respecto a las manipulaciones genéticas— si dicha finalidad es terapéutica, eugenésica o de investigación.<sup>133</sup> Aquí pueden trasladarse, en parte, las consideraciones realizadas sobre las manipulaciones genéticas. Ahora bien, aunque teóricamente las tres finalidades podrían darse, teniendo en cuenta la propia naturaleza de esta delicada técnica, y sus posibles sentidos, parece que son la clonación terapéutica y la realizada con fines de investigación los supuestos que hay que contemplar en la práctica.

---

<sup>132</sup> Según el *Diccionario de la Real Academia*, 22a. ed., 2001, fecundación es “acción y efecto de fecundar”. Y fecundar es “unir la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser”, así que esta acción parece requerir, en el ámbito humano, de dos gametos, esto es, un óvulo y un espermatozoide.

<sup>133</sup> Incluso cabría distinguir, dentro de esta investigación, aquella realizada con fines o posibles resultados terapéuticos más o menos inmediatos, aunque genéricos (en otro caso estaríamos en la finalidad propiamente terapéutica), de la experimentación pura. Aquí se considera en principio, salvo que se indique otra cosa, el primer caso.

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

En particular, el supuesto que más dudas plantea (en el sentido de que más admisible puede parecer) es el de la clonación terapéutica. Por ello convendría plantearse la respuesta jurídico-constitucional a la misma. Al respecto, parece que esta técnica supera algunas de las objeciones que plantea la clonación reproductiva. En efecto, el carácter totipotente de las células preembrionarias permite que su desarrollo pueda “orientarse” no hacia el nacimiento de una persona, sino hacia la obtención de cualquiera de las cánulas que confirman los diversos tejidos y órganos del ser humano, y en definitiva a la creación del órgano o tejido que interese. De ahí que la utilización terapéutica de la clonación puede aportar nuevas posibilidades en el tratamiento y curación de las más diversas enfermedades, así como en los trasplantes de órganos, entre tantas otras aplicaciones. Por idénticas razones, la clonación no reproductiva con fines de investigación puede implicar aportaciones importantes en la búsqueda de nuevas terapias o instrumentos para luchar contra la enfermedad, y como instrumento para mejorar las posibilidades y resultados de la propia clonación terapéutica.

En los dos casos estamos, por las razones expuestas, ante una técnica cuya finalidad tiene pleno amparo constitucional; aunque en todo caso debe analizarse teniendo en cuenta también el resto de los valores constitucionales que podrían estar en juego, y que ya conocemos (fundamentalmente la vida y la dignidad). De ahí que, a pesar del asombro y las incertidumbres y dudas que plantea la técnica, su utilización terapéutica sometida a ciertos controles y requisitos, no parece que pueda rechazarse desde el punto de vista constitucional. En cuanto a su uso con fines de investigación, aun cuando acaso deba rodearse de mayores cautelas y limitaciones, tampoco parece que pueda descartarse por completo desde la perspectiva constitucional, siempre que las concretas prácticas de investigación tengan un fin constitucionalmente legítimo —como puede ser la preservación de la salud o la prevención de enfermedades—, y sean también respetuosas con la dignidad humana y los demás valores constitucionales.

En todo caso, y quizá por las dudas que sigue planteando la propia técnica de la clonación, los textos internacionales no resultan tan concluyentes a la hora de pronunciarse sobre la clonación terapéutica, si bien es cierto que algunos de ellos parecen pronunciarse de forma genérica en contra



ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

de toda forma de clonación.<sup>134</sup> Por su parte, la legislación española, que hasta 2007 no había regulado esta técnica ni en un sentido ni en otro, ha introducido en la Ley de investigación biomédica de dicho año el reconocimiento de “la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”, planteando al respecto dos cuestiones del mayor interés: 1) si se trata de una forma de clonación terapéutica; 2) si la misma puede chocar con compromisos internacionales de España o con el propio Código Penal español.

La primera cuestión es compleja y parece difícil dar una respuesta segura. Aparentemente, el legislador quiso mantener una cierta ambigüedad, de forma intencionada, sobre si autoriza o no la clonación terapéutica. Pero nos parece que la definición del art. 33.2 de la Ley se corresponde con esta técnica, en particular cuando se refiere a “la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”.<sup>135</sup> En cuanto al segundo interrogante, ya hemos visto que el Protocolo adicional al Convenio de Oviedo parece prohibir toda forma de clonación, aunque, como apuntamos, su redacción puede permitir otras interpretaciones. Respecto al Código Penal, el artículo 160.3, tras su reforma en 2003, castiga “la creación de seres humanos

---

<sup>134</sup> Así, el artículo 1 del Protocolo Adicional de París al Convenio de Oviedo, que señala que “1. Se prohíbe toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto. 2. A los efectos de este artículo, por ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano se entiende un ser humano que comparta con otro la misma serie de genes nucleares”. Esta redacción parece incluir todo tipo de clonación, si bien la cuestión está en si se crea un “ser humano” mediante la clonación no reproductora, cuando el embrión no se desarrolla más allá de su fase de preembrión.

La Resolución del Parlamento europeo de 7 de septiembre de 2000 parece más concluyente al manifestar que “la «clonación terapéutica», que conlleva la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, plantea un profundo dilema moral, supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión Europea”.

Por su parte, la Declaración de la ONU sobre clonación, de 8 de marzo de 2005, también parece prohibir genéricamente ésta, aunque ofrece algunas dudas al señalar que “Los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana”. Este último inciso mantiene una cierta ambigüedad que nos obliga a determinar si la clonación terapéutica resulta contraria a esos valores. A ello nos referimos en el texto.

<sup>135</sup> Sin embargo, aun cuando no se produzca por fecundación, resulta cuestionable la afirmación que parece hacer el mismo artículo, en el sentido de que ello no implique la creación de un preembrión o embrión. En cualquier caso, parece que la clonación terapéutica sí viene permitida en la ley.

---

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.<sup>136</sup> De nuevo se plantea la duda en la expresión “creación de seres humanos”, dado que la clonación terapéutica no tiene ese propósito, y sobre todo, carece de la finalidad de “selección de la raza” que el delito parece exigir a la práctica castigada (“otros procedimientos” parece implicar que la clonación que se castiga tiene esa misma finalidad). No hay que olvidar, además, que las normas penales deben interpretarse de modo restrictivo.

## 6. CONCLUSIONES

1. Los más recientes avances en el ámbito de la genética, que en muchos casos tienen por objeto la vida humana en su fase inicial de desarrollo, han de analizarse desde la perspectiva de los valores constitucionales, de cara a determinar si la norma fundamental ofrece una respuesta a los mismos, o bien de la misma se deriva una “indiferencia” que permitiría cualquier tipo de práctica sobre el preembrión humano.
2. Son dos fundamentalmente los valores que tienen incidencia: la vida y la dignidad humana. Ambos aparecen, de forma explícita o implícita, en la mayor parte de las constituciones y en los textos internacionales de derechos.
3. De acuerdo con la concepción que parece hoy dominante, y en cierto modo acogida por el legislador y el Tribunal Constitucional español, el valor “vida humana” implica una protección jurídico-constitucional de ésta que se intensifica de forma gradual desde su origen hasta el nacimiento. La “tesis gradualista” sobre la protección de la vida no está exenta de dudas y problemas, dado que podría chocar con el igual valor de la vida en todo momento, pero puede aceptarse si se entiende como fruto o resultado de la ponde-

---

<sup>136</sup> Por su parte, el apartado 2 del mismo precepto sanciona con prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial de seis a diez años a quien fecundare óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana, pero ya se ha señalado que la clonación no supone técnicamente fecundación.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

---

- ración con otros valores o derechos, de tal manera que en las fases iniciales de la vida, la eventual ausencia de individualidad, la menor viabilidad, y el mayor peso de otros derechos y valores, puede hacer que la protección definitivamente dispensada a la vida sea menos intensa.
4. Por su parte, la dignidad humana desempeña un papel de gran importancia a la hora de determinar la respuesta jurídico-constitucional a las prácticas sobre el preembrión. Para ello es preciso determinar cuál es el sentido último de este valor, que a nuestro juicio radica en la protección de lo específicamente humano, es decir, de aquellas cualidades que hacen del ser humano algo valioso y diferente cualitativamente a cualquier otro ser vivo. En este sentido la dignidad como valor afecta no solo a cada individuo de la especie humana, sino a la Humanidad en su conjunto. Por lo demás, el carácter intangible de la dignidad no supone que la misma esté exenta en todas sus manifestaciones de ponderación con otros bienes, derechos y valores, sino que solamente existiría un “núcleo duro” cuya vulneración es incompatible con la idea de dignidad, y por tanto en ningún caso podría ceder. Este núcleo implicaría la imposibilidad de dar a un ser humano un trato frontalmente contrario al que merece por tal condición.
  5. Con las ideas anteriores, cabe intentar la construcción de un status jurídico-constitucional del preembrión humano. Al mismo le alcanzaría la protección del valor vida humana, si bien en su mínimo nivel de intensidad, y la del valor dignidad de la persona. Pero ambos estarían sometidos a ponderación con otros bienes, derechos y valores aplicables, y en particular con el derecho a la reproducción. De esta manera, en nuestra opinión procede situarse en una posición intermedia entre quienes defienden la absoluta irrelevancia constitucional de las prácticas que tienen por objeto al preembrión, y quienes sostienen que la protección dispensada por la vida o la dignidad sería absoluta, haciendo por tanto “intocable” al preembrión. En principio, solo cabría descartar de plano aquellas prácticas que repugnen al núcleo de la idea de la dignidad, debiendo en los demás casos llevarse a cabo una ponderación, que corresponde en primer lugar al legislador, si bien en último término la jurisdic-

ción constitucional debe velar porque la misma no ignore ninguno de los valores en juego.

6. Con los mencionados parámetros, cabe valorar de forma individualizada las distintas prácticas que pueden llevarse a cabo sobre pre-embryones, como las manipulaciones genéticas, algunas técnicas de reproducción asistida como la FIV, el diagnóstico genético preimplantatorio o la clonación. En las páginas anteriores hemos intentado extraer algunas conclusiones sobre la valoración constitucional de cada una de ellas.