

LA CUESTIÓN DE FONDO SOBRE EL TEMA DEL ABORTO

THE BOTTOM LINE ON THE ABORTION ISSUE
A QUESTÃO DE FUNDO SOBRE O TEMA DO ABORTO

Roberto Germán Zurriarán¹**RESUMEN**

El tema del aborto siempre está en debate. Más todavía, cuando en España, desde finales del 2013, se estaba discutiendo el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre el aborto². El núcleo central del debate radica, como presupuesto del bioderecho, en dos cuestiones. La primera, si esa realidad que está en el vientre materno se puede considerar desde la concepción un ser humano o, por el contrario, no puede considerarse como tal desde el comienzo, esto es, si desde la concepción podemos hablar de identidad humana. La segunda, es la cuestión de si el ser humano no nacido queda protegido jurídicamente en la Constitución española, es decir, el tema del derecho a la vida. Afirmo que, según los datos de las ciencias empíricas, por un lado, el no nacido es un ser humano. Por otro, que el no nacido no solo es un bien jurídico constitucionalmente protegido, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional español, sino que también es un sujeto de derecho a la vida. Para ello, es necesario un cambio en la Constitución española para defender la vida, la salud y la dignidad del embrión y del feto humano desde su concepción.

PALABRAS CLAVE: aborto, derecho, ciencia, Constitución española. (Fuente: DeCS, Bireme).

DOI: 10.5294/PEBI.2015.19.1.9

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO

Zurriarán RG. La cuestión de fondo sobre el tema del aborto. *pers.bioét.* 2015; 19(1): 117-128. DOI: 10.5294/pebi.2015.19.1.9

¹ Universidad de La Rioja, España. roberto.german@unirioja.es

² El Gobierno español retiró, el 23 de septiembre de 2014, el Anteproyecto de Ley Orgánica que había presentado en diciembre del 2013, titulado “Protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada”. El Anteproyecto de Ley era una reforma global del aborto para pasar en España de una ley de plazos, la Ley 2/2010, a una de supuestos. Una vez retirado el Anteproyecto de Ley, el mismo Gobierno, el 18 de febrero de 2015, dio a conocer la nueva reforma. No entiendo muy bien el término reforma, porque la nueva normativa admite, de modo implícito, la anterior ley, la llamada ley de plazos. Para un servidor, de modo general, la Ley 2/2010 sobre el aborto, con el nombre de “Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, no protegía jurídicamente al no nacido.

FECHA DE RECEPCIÓN:	2015-02-23
FECHA DE ENVÍO A PARES:	2015-03-08
FECHA DE APROBACIÓN POR PARES:	2015-04-14
FECHA DE ACEPTACIÓN:	2015-04-14

ABSTRACT

Abortion is always in debate, particularly in Spain when the Fundamental Abortion Bill was being discussed at the end of 2013. The core of the debate, as a premise of biolaw, lies with two issues. The first is whether or not the reality that exists in the mother's womb can be considered a human being from the moment of conception or, on the contrary, if it cannot be regarded as such from the beginning. In other words, can we speak of human identity from the moment of conception? The second question is whether or not an unborn human being is legally protected by the Spanish constitution and, as such, is subject to the right to life. Based on empirical data, I contend the unborn progeny is a human being and is not only a legal person protected under the constitution, as ruled by the Spain's Constitutional Court, but also enjoys the right to life. Therefore, it is necessary to amend the Spanish constitution to defend the life, health and dignity of the embryo and the human fetus from the moment of conception.

KEYWORDS: abortion, right, science, Spanish constitution. (Source: DeCS, Bireme).

RESUMO

O tema do aborto sempre está em debate. Mais ainda quando, na Espanha, desde final de 2013, estava sendo discutido o Anteprojeto de Lei Orgânica sobre o aborto. O núcleo central do debate radica, como pressuposto do biodireito, em duas questões. A primeira, se essa realidade que está no ventre materno pode ser considerado desde a concepção um ser humano ou, pelo contrário, não pode ser considerado como tal desde o começo, isto é, desde a concepção podemos falar de identidade humana. A segunda se refere à questão de se o ser humano não nascido está protegido juridicamente na Constituição espanhola, ou seja, o tema do direito à vida. Afirmo que, segundo os dados das ciências empíricas, por um lado, o não nascido é um ser humano. Por outro, que o não nascido não somente é um bem jurídico constitucionalmente protegido, como disse a Sentença do Tribunal Constitucional espanhol, mas também é um sujeito de direito à vida. Para isso, é necessário uma mudança na Constituição espanhola para defender a vida, a saúde e a dignidade do embrião e do feto humano desde sua concepção.

PALAVRAS-CHAVE: aborto, direito, ciência, constituição espanhola. (Fonte: DeCS, Bireme).

INTRODUCCIÓN

La realidad del aborto siempre genera profundas controversias. Se puede afirmar que siempre está en debate. Más todavía, cuando en España, desde finales del 2013, el Gobierno español aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica titulado “Protección de la vida del concebido y de derechos de la embarazada”³ (1). Los valedores de este Anteproyecto dicen que querían sustituir la Ley de plazos 2/2010 (2) y volver a la Ley de 1985 (3), que era una ley de supuestos o indicaciones.

Sin embargo, esta no era la cuestión de fondo, como tampoco lo era si en el Anteproyecto se quitaba un tercer supuesto, el supuesto de malformación del feto, es decir, que el Anteproyecto aprobado y retirado reconocía que el discapacitado no nacido era un ser humano y como tal necesitaba de protección jurídica. Dicho sea de paso, tal reconocimiento y protección eran baldíos porque en este Anteproyecto la madre seguía teniendo la posibilidad de abortar. Tampoco si se permitía o no que las menores de edad abortaran sin el conocimiento de sus padres.⁴ La cuestión de fondo, en mi opinión, estriba en otro tema: cuándo asistimos ante una nueva identidad humana.

Siendo más concreto, lo nuclear es si el concebido no nacido, desde su concepción, es un ser humano o no,

3 Como se ha dicho, el Gobierno español retiró, el 23 de septiembre de 2014, el Anteproyecto de Ley, aunque el 18 de febrero de 2015 aprobó la llamada “nueva reforma” de la ley del aborto.

4 Con la nueva reforma esta discusión ha terminado porque obliga a las menores de 16 y 17 años a contar con un permiso paterno si quieren abortar. Con ella, dicen los valedores de esta reforma, se pretende reforzar la protección del derecho a las menores, así como el derecho a la vida del no nacido.

esto es, la identidad humana, lo demás es una cuestión menor. Si afirmamos que desde la concepción no hay un ser humano, entonces solo asistiríamos al derecho a la vida o a la salud de la madre, porque el no nacido solo sería “algo” que llega a serlo, pero que en cualquier caso no hay un ser humano desde la concepción. Pero si lo es, entonces no es una cuestión política, ni legal ni religiosa...; se convierte en un asunto humano, que tiene que reflejarse en el derecho, es decir, si es un ser humano desde la concepción también, en mi opinión, debe aprobarse en la Constitución española que este es un sujeto titular del derecho a la vida.

Luego lo que está en juego en este debate social es: cuándo hay un ser humano. No es cuestión de juegos políticos, de mayorías y minorías democráticas, de ideologías de izquierdas o derechas, sino si desde la concepción estamos ante un ser humano o no y la protección jurídica debida a esa realidad.

Por eso, dada su relevancia, el primer escollo por superar es la discusión acerca de la existencia o no de un ser humano desde que, tanto por vías naturales como en el laboratorio, el óvulo femenino es fecundado por el espermatozoide masculino.

En este sentido, el Consejo de Europa, en su Recomendación 1046, de 24 de septiembre de 1986,⁵ de la que se hace eco la Exposición de Motivos de la Ley

5 Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1046, de 24 de septiembre de 1986, relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales. Disponible en <http://assembly.coe.int/>

35/1988⁶ (4), plantea la necesidad de definir el estatuto jurídico del desarrollo embrionario. Sin embargo, esta tarea difícilmente puede delimitarse jurídicamente si previamente no se presenta su estatuto biológico.

Por esta razón, el Derecho, para no caer en enunciados disfuncionales y anacrónicos, no puede construir conceptos normativos de espaldas a la ciencia. En efecto, la consideración acerca de la protección jurídica debida al embrión humano desde la concepción precisa tener en cuenta los datos de la ciencia. Pero ¿qué dicen las ciencias de la vida? Son las ciencias de la vida las que deben proporcionar los datos necesarios para saber si hay un ser humano o no desde de la fecundación, para que posteriormente se realice una correcta interpretación de estos datos con relación a la protección jurídica de un ser humano desde su concepción.

LAS CIENCIAS DE LA VIDA

En mi opinión, los datos que nos ofrecen las ciencias de la vida nos indican que un ser humano comienza con la fecundación y que el cigoto es su primera realidad corporal.

Los conocimientos de la biología humana así lo demuestran: la genética señala que la fecundación es el momento en que se constituye la identidad genética singular. El embrión humano preimplantado establece un “diálogo” molecular con su madre en forma de producción por parte de esta de proteínas encaminadas a preparar el útero para la implantación o anidación (5, 6).

6 Véase Ley Orgánica 35/1988 sobre técnicas de reproducción humana asistida, 22 de noviembre; BOE, 24 de noviembre de 1988, 282, pp. 33373-33378.

SON LAS CIENCIAS DE LA VIDA LAS QUE DEBEN PROPORCIONAR LOS DATOS NECESARIOS PARA SABER SI HAY UN SER HUMANO O NO DESDE DE LA FECUNDACIÓN, PARA QUE POSTERIORMENTE SE REALICE UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE ESTOS DATOS CON RELACIÓN A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SER HUMANO DESDE SU CONCEPCIÓN.

La biología celular muestra cómo el cigoto es la primera realidad corporal del ser humano individual (7). En efecto, el cigoto es una unidad celular con la capacidad de iniciar la emisión de un “programa”, o primera actualización del mensaje genético. Actualiza todas las potencialidades y dirige, en orden al todo, las etapas de conformación del espacio de organogénesis y de maduración de los diferentes órganos y sistemas (7).

La embriología humana, por su parte, describe el desarrollo continuo, armónico y unitario del embrión. Al sexto día el embrión humano, con solo milímetro y medio de longitud, comienza a estimular, con un mensaje químico, el cuerpo amarillo del ovario materno para suspender el ciclo menstrual y no ser expulsado. Al decimotercero día de vida empieza a formarse el cerebro. Su corazón late desde el día 21. A los 45 días, el embrión humano mide 17 milímetros de largo y tiene manos, pies, cabeza, órganos y cerebro, pudiéndose registrar ondulaciones en el electroencefalograma. Hacia la sexta semana son bien visibles las extremidades y ya está avanzada la formación del sistema nervioso central. Hacia la séptima semana la

forma corpórea ya es completa e inconfundible. A las 8 semanas funciona ya su sistema nervioso (8-11).

Luego en el genoma del cigoto está contenida toda la información genética necesaria para que ese nuevo ser se desarrolle completamente hasta su condición de ser adulto vivo. Si nada orgánico externo modifica el contenido genómico de ese individuo biológico naciente, ya que del mundo circundante únicamente recibe mensajes que contribuyen a regular su propio desarrollo, es difícil establecer algún salto en su evolución vital que pueda suponer el inicio de una realidad genómica distinta a la anterior. La evolución de ese ser es un proceso biológico continuo que va dando lugar a las distintas realidades fenotípicas de su desarrollo, dentro de la unidad vital que lo identifica como un único ser humano vivo desde la impregnación del óvulo por el espermatozoide hasta su muerte natural (12, 13).

Además, la información genética crece con la expresión de los genes en él contenidos, para lo cual es necesaria la activación y emisión de su programa específico de desarrollo, el cual se va activando a medida que avanza el ciclo vital y que posibilita que el nuevo ser sea capaz de iniciar la emisión completa y ordenada de los mensajes genéticos necesarios para que su desarrollo se realice de forma ordenada y completa. Es decir, durante el desarrollo del nuevo ser humano se va produciendo, por interacción del genoma con el medio, la emergencia de una nueva información genética, no expresada directamente en el genoma primigenio. Esta información se denomina epigenética (14, 15). Por tanto, cualquier expresión fenotípica de un nuevo ser humano es el resultado del contenido génico de su genoma y de la información epigenética que se va generando a lo largo de

su propia evolución, como consecuencia fundamental de la interacción del genoma con su medioambiente.

Pero además, existen otras razones que apoyan que el embrión humano de pocos días no pueda ser considerado como un simple conglomerado celular, sino un ser humano organizado y vivo. Entre ellas cabe destacar, en primer lugar, el mejor conocimiento de los mecanismos que regulan la emisión del programa de desarrollo del embrión humano. Pero ¿cómo se activa el programa de desarrollo? Inmediatamente tras la fecundación se pone en marcha un proceso de desmetilación de citosinas del ADN, que es el detonante específico para que se inicie la expresión del programa de desarrollo del genoma. En segundo lugar, la información de “posición”, necesaria para el desarrollo del embrión dependiente de las interrelaciones entre sus propias células y las de estas con el nicho celular que ocupan. Esta regulación determina dónde, cuándo y con qué finalidad tiene que dividirse una célula en función de un desarrollo unitario y armónico (16, 17).

Por tanto, los datos proporcionados por estas ciencias permiten afirmar que, desde el cigoto, hay un ser humano con vida propia y distinta a la de la madre; un único ser que se desarrolla de modo unitario, coordinado, gradual y continuado (18). Razón por la cual, desde la perspectiva científica, el término embrión se refiere a una etapa concreta de la vida de esa unidad dinámica que es el ser humano. El embrión no es una simple masa celular indiferenciada, sino la estructura precoz del desarrollo anatómico, fisiológico y bioquímico del ser humano. No es el primer paso hacia el ser humano, es un ser humano dando su primer paso. Los datos embriológicos humanos, de la genética y de la biología

celular permiten sostener que desde la fecundación existe un ser humano.⁷

Recapitulando, con la fecundación se inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar. Dichas capacidades no podrían ser consideradas humanas si no lo son desde el comienzo. Luego, el embrión es un ser humano que se va desarrollando, pero es siempre el mismo continuo que va desde el comienzo de la vida con la fecundación hasta la muerte y que no permite calificar de prehumana ninguna de las fases o etapas de su desarrollo. No existe una etapa prehumana anterior al ser humano, como tampoco existen seres en potencia, puesto que lo que está en potencia ya *es*, y solo lo que ya *es* puede desarrollarse (19).

Por consiguiente, un embrión nunca llegará a convertirse en un ser humano si no lo ha sido desde el principio. No hay un tránsito paulatino desde “algo” a “alguien” (20). De algo no deviene alguien: el ser humano no es el resultado de un desarrollo, sino que el cigoto se desarrolla como ser humano y no hasta convertirse en tal.

7 La Carta del Tribunal Superior de Justicia Europea, con fecha 8 de octubre de 2011, tras demanda del Tribunal Federal alemán, que deseaba saber si es o no legal patentar líneas celulares embrionarias con fines experimentales o clínicos, manifestó que “todo óvulo humano a partir de la fecundación deberá considerarse un embrión, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un embrión humano”. La razón alegada por el alto Tribunal para definir el respeto que los embriones humanos generados artificialmente merecen, es que “son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano de la misma manera que el embrión creado por fecundación de un óvulo”. Creo que la resolución del Tribunal Superior de Justicia Europeo proporciona fundamentación legal para poder sustentar que el embrión humano temprano es digno de todo respeto por tratarse de un ser humano vivo.

El feto y el embrión no son solo seres vivos, sino seres vivos humanos, pues desde la concepción el no nacido es siempre un ser humano. Cada vida es una vida única y singular, desde la concepción hasta la muerte, sin saltos cualitativos.

Sin embargo, algunos consideran que desde la concepción no hay un ser humano,⁸ sino que este aparece pasados unos días, en concreto, el día catorce, cuando el embrión se implanta en el útero materno (21-23). Durante este tiempo, el embrión humano es llamado preembrión (24),⁹ es decir, un conglomerado de células humanas sin

8 El Tribunal Federal Alemán en su sentencia de 25 de febrero de 1975 (que influyó decisivamente en la STC española de 1985) admitió que el derecho a la vida se extiende a la vida del embrión “en tanto que interés jurídico independiente”, y añade que “según los conocimientos biológicos y fisiológicos establecidos, la vida humana existe desde el decimocuarto día siguiente a la concepción”.

9 El término preembrión fue inventado en 1979 por el Ethics Advisory Board de Estados Unidos, posteriormente refrendado, en 1984, por la Comisión australiana Waller y sobre todo por la Comisión Warnock, que también en 1984 comenzó a utilizar el término preembrión para designar al embrión preimplantado. Esta Comisión, sin embargo, admitía que poner el límite de tiempo de los 14 días fue un compromiso arbitrario para conceder a los científicos un tiempo adecuado para la investigación embrionaria. El Comité sostenía que la vida del embrión humano comenzaba precisamente con la fecundación: “Ya que la temporización de los diferentes estadios del desarrollo es crítica, una vez que el proceso del desarrollo ha comenzado, no existe un estadio particular del mismo más importante que otro; todos forman parte de un proceso continuo, y si cada uno no se realiza normalmente en el tiempo justo y en la secuencia exacta, el desarrollo posterior cesa. Por ello, desde un punto de vista biológico, no se puede identificar un único estadio en el desarrollo del embrión más allá del cual el embrión *in vitro* no debería ser mantenido con vida” (25). No obstante, la legislación española asumió en las leyes, en concreto, de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica, el término preembrión. En efecto, la

identidad propia (26, 27). Pero los datos de la ciencia de la vida dicen lo contrario, por ejemplo, los ejes del embrión se mantienen a lo largo de la construcción del cuerpo, y este patrón es conservado por el embrión tras la implantación. Así también, el embrión va segregando proteínas que facilitan su implantación. Esto implica una serie de estímulos y respuestas integradas, es decir, un “diálogo molecular” activo entre las células maternas y las células del blastocisto (28).

Gracias a ese “diálogo” el hijo recorre el camino hacia el útero materno mientras crece y ordena su cuerpo según los ejes —dorsoventral y cabeza-pies—, establecidos en su concepción (29). Por tanto, no queda, como dicen algunos, rigurosamente probada la existencia de una doble categoría de embriones humanos: los de menos de catorce y los de más de catorce días de vida.

Con todo, los que defienden que no podemos hablar de un ser humano desde la fecundación o concepción

legislación española utiliza el término preembrión como presupuesto científicamente aceptado e irrefutable, cuando se da un uso minoritario del término en la literatura científica (24). Por otro lado, el término “embrión preimplantatorio o preimplantado” alude al embrión antes del quinto día, momento en el que comienza la anidación o implantación. No obstante, el estatuto del “embrión preimplantatorio”, generado naturalmente o creado *in vitro*, es el mismo: un ser humano. La denominación de “embrión preimplantatorio” respecto a la de embrión no se debe a ninguna diferencia en el plano biológico, pues lo que cambia es su situación biológica primordial (no implantado o implantado): un mismo y único ser humano que pasa por diferentes etapas de un único proceso de desarrollo.

EN DEFINITIVA, LA RESPUESTA AL ESTATUTO BIOLÓGICO DEL EMBRIÓN CONDICIONA EN UN SENTIDO U OTRO EL DISCURSO POSTERIOR ACERCA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA DEL EMBRIÓN.

tendrán que demostrar que esa vida recién generada no es humana y esto no hay nadie que lo haya conseguido.

Algunos ponen el comienzo de una vida humana o anidación en el útero materno, en la implantación (30). En efecto, es claro que con la implantación desaparece el riesgo de la gemelación y, por eso, algunos la señalan como momento clave.

Sin embargo, no hay dato científico alguno que permita suponer el comienzo de la vida en la implantación, pues esta no añade nada a la programación del nuevo individuo. Además no es la implantación la que constituye la realidad implantada. El embrión es el que se implanta. En definitiva, la respuesta al estatuto biológico del embrión condiciona en un sentido u otro el discurso posterior acerca de la protección jurídica de la vida del embrión.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA HUMANA

Es necesario, por tanto, saber cuál es la protección jurídica debida a esa realidad, es decir, el embrión humano desde la concepción. En el fondo, nos estamos preguntando por el derecho a la vida que todo ser humano posee por el hecho de serlo, y este derecho es el que hay que proteger jurídicamente desde la concepción.

En este sentido, el artículo 15 de la Constitución española dice que: “todos tienen derecho a la vida”. Sin embargo, afirmar que el derecho a la vida corresponde a todos no

es concluyente, pues desconocemos a quién se incluye en el “todos” del precepto (31).

En mi opinión, el debate no se solucionará hasta que se reforme y se concrete la Constitución española en el tema de “todos tienen derecho a la vida”. Para proteger al embrión humano no nacido no basta hacer referencia a la sentencia de 1985. Me explico, la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 (32) determinó, por un lado, el contenido esencial del derecho a la vida por lo que se refiere a la vida humana intrauterina. Para establecer el régimen de protección de la vida del *nasciturus*, prescribe que la vida humana es un “devenir que comienza con la gestación [...] La gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre [...] La vida es una realidad desde el inicio de la gestación” (FJ. 5).

Para la sentencia, la vida del *nasciturus* constituye un bien jurídico que se debe proteger: “La vida del *nasciturus*, en cuanto este encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional” (FJ. 5c). Luego el *nasciturus* no es sujeto del derecho a la vida, sino un bien jurídico constitucionalmente protegido (FJ. 7).¹⁰ La sentencia admite que la vida del *nasciturus* constituye un bien jurídico, pero le niega la titularidad del derecho fundamental en cuanto no posee todavía personalidad jurídica a tenor de lo articulado en el Código Civil español.

De forma sumaria se puede decir que, a partir de la STC se reconoce que la vida del *nasciturus* constituye un bien

jurídico, pero le niega la titularidad del derecho fundamental en cuanto no posee todavía personalidad jurídica.

No obstante, para J. F. Higuera-Guimerá, y en mi opinión:

El *nasciturus* aun no siendo una persona en un sentido jurídico, es un ser vivo y efectuando una interpretación teleológica que atiende al fin del art. 15 (que protege la vida) es preciso considerar que la protección se extiende, indudablemente, también, a la vida intrauterina. La destrucción del embrión o feto impide que el *nasciturus* llegue a nacer, llegue a ser en su día persona (33).

En la sentencia, al no reconocer al *nasciturus* la personalidad jurídica, este no es sujeto de derecho sino un objeto, asimilable a las cosas, jurídicamente protegido. De este modo, ante un conflicto o ponderación de intereses entre un sujeto de derechos, la madre, y un “objeto”, el embrión humano, que carece del derecho a la vida, la balanza se inclinará siempre a favor de la primera.

Por eso, es preciso señalar que la consideración constitucional del embrión humano como “bien jurídico”, a medio camino entre un sujeto de derechos y el tratamiento dado a las cosas, en mi opinión, supuso el comienzo de la continua desprotección jurídica de la vida del embrión humano en la legislación española (34). Si se entiende jurídicamente por bien toda cosa, material o inmaterial, que es susceptible de apropiación y, por tanto, de tráfico jurídico-económico, la vida del *nasciturus* queda entonces a la libre disponibilidad de su “legítimo propietario” (la madre, la sociedad, el médico, el Estado). Con ello, la vida del *nasciturus* pasa a depender de la voluntad de otros, pudiéndose convertir en objeto de negocio jurídico. En

¹⁰ Véanse también STC 212/1996, FJ. 3 y STC 116/1999, FJ. 5.

todo caso, la vida del *nasciturus* queda en manos del legislador, que será quien, en su labor de configuración del ordenamiento jurídico, decida si la vida del *nasciturus*, es decir, del ser humano, es o no protegible.

Repito, dirán algunos y es verdad, que la sentencia recoge que la vida del que va a nacer constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional, pero también es verdad que el embrión humano carece de la titularidad del derecho fundamental en cuanto no posee todavía personalidad jurídica que, según las disposiciones del Código Civil español, se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (art. 30).¹¹

Es cierto que el nacimiento significa un paso importante en la vida del *nasciturus*, pero no se trata de un salto cualitativo, pues el neonato no sufre ninguna transformación sustancial en el parto, sino que continúa siendo

el mismo que era antes de nacer. Podríamos decir que lo único que ha cambiado es su entorno, pero nunca lo que ya es. El neonato sigue teniendo el mismo sistema genético, el mismo sistema inmunológico, las mismas facciones en su cara y el mismo sistema hormonal, antes y después del parto (35).

No obstante, el Código Civil español reconoce al *nasciturus*, el concebido aún no nacido, ciertos efectos favorables y que, al nacer, consolida los derechos que adquirió eventualmente en el estado de concebido una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (36, 37).¹² En efecto, según la regulación del Código Civil, el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica, pero en el decurso normal de su desarrollo lo será cuando nazca y una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, por lo que es merecedor de protección jurídica. Pero ¿cuáles son esos efectos favorables? (38). De entre esos efectos favorables que se le deben reconocer y tutelar al *nasciturus*, habría que diferenciar entre aquellos que se derivan de los derechos humanos fundamentales de aquellos otros de carácter económico patrimonial o meramente civiles o políticos, nacidos del ordenamiento jurídico positivo o del negocio jurídico.

Los primeros se le han de reconocer al *nasciturus* sin la más mínima restricción, dada su dignidad humana,

11 Ley 20/2011, 21 de julio, de Registro Civil. Disposición final tercera. La nueva redacción del artículo 30 del Código civil mantiene el criterio, ya señalado en el artículo 29, de que el nacimiento es el hecho a partir del cual se le reconoce personalidad al sujeto y, por tanto, adquiere capacidad jurídica. Pero, para tal reconocimiento, se exigen dos requisitos: que se haya “producido el entero desprendimiento del seno materno” y que haya “vida” tras ello. Al margen de que, técnicamente, la parte inicial del precepto constituya una reiteración de lo establecido por el artículo 29, el texto de la norma continúa vinculando al nacimiento la consideración de un ser humano como persona y permite colegir dos cosas. Primera: el Código civil determina qué será nacimiento desde un punto de vista fisiológico y lo configura exigiendo ruptura del cordón umbilical y salida del claustro materno: “una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Y segunda: no se incluye únicamente una referencia al nacimiento sino que se exige el cumplimiento de otro requisito cual es que haya verdadera vida: “nacimiento con vida”.

12 El Código Civil español autoriza las donaciones a los concebidos y no nacidos (art. 627). Determina las precauciones que se deben adoptar cuando la viuda cree haber quedado embarazada para proteger los derechos hereditarios del concebido (art. 959). Se establece la suspensión de la herencia y su mantenimiento en estado de indivisión durante el periodo de gestación (art. 966). Impone que se debe proveer a la seguridad y administración de los bienes hereditarios durante el embarazo (art. 965). Véase también, Martínez Aguirre (35) y Ollero (36).

EL PREEMBRIÓN ES UN EMBRIÓN QUE SE ORIGINA CON LA FECUNDACIÓN, UN SER HUMANO DE POCAS HORAS O DÍAS, Y NO UN ESTADIO “PREHUMANO” ENTRE GAMETO Y EMBRIÓN.

con especial atención al derecho primordial a la vida. En esta misma línea argumentativa, A. Calvo afirma:

Considero que los derechos humanos son predicables de los *nascituri* como sujeto titular actual de los mismos con plenitud de efectos desde el momento de la concepción, sin condición de tipo alguno, pues son derechos que surgen de la propia naturaleza humana (de ahí su denominación “derechos humanos”, universalmente reconocida). Si se reconoce que los *nascituri* son seres humanos y, por tanto, personas, se le han de reconocer y tutelar los derechos que al ser humano intrínsecamente le corresponden (36, 39).

Sin embargo, bastaría con reconocer, bajo la condición suspensiva que dispone el código civil, los derechos nacidos del ordenamiento jurídico positivo o del negocio jurídico.

Con esta distinción se lograría, de un lado, el respeto a la dignidad del nuevo ser humano en sus primeras fases existenciales y la tutela de sus derechos humanos fundamentales, y, de otro, proteger la seguridad jurídica de los derechos de carácter económico-patrimonial, de modo que se evite la posible distorsión del tráfico jurídico por la eventualidad de la muerte del *nasciturus*.

CONCLUSIÓN

A pesar del uso minoritario del término preembrión, la introducción de una supuesta etapa biológica en el debate

bioético y biojurídico ha cumplido su cometido: ser un útil instrumento persuasivo para desorientar a la opinión pública sobre la inocuidad jurídica de la manipulación del ser humano en su fase inicial. Este objetivo se consigue con la incorporación al lenguaje común de una falacia semántica sin fundamento antropológico ni biológico.

En otras palabras, con la inserción del término preembrión se oculta que el embrión sea un ser humano desde la concepción, y se institucionaliza un artificio biológico con el que se le asigna desde su comienzo un nuevo estatuto biológico y jurídico. Con el concepto de preembrión se sitúa al ser humano, menor de catorce días, del lado de las cosas y no de los seres humanos. Dicho de otra manera, con dicho concepto la realidad del embrión en sus primeros catorce días queda suspendida en la ambigüedad que implica que este ya no sea un ser humano, sino un preembrión, en definitiva, una realidad prehumana que no merece la protección jurídica dada a los seres humanos.

Con todo, el preembrión es un embrión que se origina con la fecundación, un ser humano de pocas horas o días, y no un estadio “prehumano” entre gameto y embrión. Desde el punto de vista jurídico, no basta con reconocer que el embrión humano sea un bien jurídico, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional español 53/1985, sino que es necesario que se reconozca que el embrión humano, desde la concepción, es un sujeto titular del derecho de la vida; para ello es necesario cambiar la norma española.

En definitiva, el tema del aborto no es una cuestión de atraso o de progreso. Hablaremos de progreso siempre y cuando algo vaya en mejora de todos los seres humanos, y digo todos, desde su comienzo hasta su final. No solamente decimos que algo supone un avance por el simple hecho de considerar que lo anterior es siempre peor que lo posterior, porque hay algunos progresos (hablo temporalmente) que son un retroceso para todos los seres humanos.

REFERENCIAS

1. Anteproyecto de Ley Orgánica. APLO_ABORTO_23-12-13_WEB.PDF.PDF. Disponible en: www.mjusticia.gob.es
2. Ley Orgánica 2/2010, 3 de marzo; BOE, 4 de marzo de 2010, 55, p. 21001-21014.
3. Ley Orgánica 9/1985, 5 de julio, de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal; BOE, 12 julio 1985, 166, p. 22041.
4. Díaz de Terán M. Derecho y nueva eugenesia: un estudio desde la Ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida. Pamplona: Eunsa; 2005.
5. Griffiths JA. Genética. Madrid: McGraw-Hill Interamericana; 2008.
6. López-Moratalla N. Paternidad-maternidad en la promoción de la cultura de la vida. En: Molina E, Pardo JM, editores. Sociedad contemporánea y cultura de la vida. Presente y futuro de la bioética. Pamplona: Eunsa; 2006.
7. López-Moratalla N, Iraburu M. Los primeros quince días de una vida humana. Pamplona: Eunsa; 2004.
8. O'Rahilly R, Müller F. Embriología y teratología humanas. Barcelona: Masson; 1998.
9. Rohen JW, Lütjen-Drecoll E. Embriología funcional: una perspectiva desde la biología del desarrollo. Madrid: Médica Panamericana; 2008.
10. Langman S. Embriología médica. Con orientación clínica. Madrid: Médica Panamericana; 2007.
11. Carlson BM. Embriología humana y biología del desarrollo. Barcelona: Elsevier; 2009.
12. Jouve de Barreda N. El manantial de la vida. Genes y Bioética. Madrid: Encuentro; 2012.
13. Jouve de Barreda N. La genética y la dignidad del ser humano. Cuadernos de Bioética. 2013;80:91-100.
14. Güell F. El estatuto biológico y ontológico del embrión humano. El paradigma epigenético del siglo XXI desde la teoría de la esencia de Xavier Zubiri. Urheberrechtlich geschütztes; 2013.
15. Herranz G. El embrión ficticio. Historia de un mito biológico. Madrid: Palabra; 2013.
16. Aznar J, Pastor LM. El estatuto biológico del embrión humano. En: Aznar J, editor. La vida humana incipiente: 200 preguntas y respuestas. Madrid: BAC; 2007. p. 21-29.
17. López-Barahona M, Antuñano S. La clonación humana. Barcelona: Ariel; 2002. p. 29.
18. Chung GS, et al. Obstetrician- gynecologists beliefs about when pregnancy begins. American Journal of Obstetrics and Gynecology. 2012;206:1-7.
19. Aristóteles. *Metafísica*. IX, 1048a 25-1049b 3. 6-7. Edición trilingüe de García Yebra, Madrid: Gredos; 1990.
20. Spaemann R. Personas: acerca de la distinción ente "algo" y "alguien". Pamplona: Eunsa; 2000.
21. Grobstein C. Science and the Unborn. New York: Basic Books; 1988.
22. Grobstein C. The early development of human embryos. Journal of Medicine and Philosophy. 1985;10:213-236.
23. Dworkin R. El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona: Ariel; 1994.

24. Pastor LM, Ferrer Colomer M. La vida breve del preembrión. Historia de una palabra. Cuadernos de bioética. 2012;79:677-694.
25. Department of Health and Social Security. Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology. En: Warnock M, editor. Her Majesty's Stationery Office. London; 1984.
26. Ford NM. When did I begin? Conception of the human individual in history, philosophy and science. Cambridge: Cambridge University Press; 1988.
27. McLaren A. Prelude to Embryogenesis. En: Book G, Connor M, editors. Human Embryo Research; yes or no? London: The Ciba Foundation; 1986. p. 5-23.
28. Cross JC. et al. Implantation and placenta: key pieces of development process. Science. 1994;266:1508-1518.
29. López-Moratalla N. Paternidad-maternidad en la promoción de la cultura de la vida. En: Molina E, Pardo JM, editores. Sociedad contemporánea y cultura de la vida. Presente y futuro de la bioética. Pamplona: Eunsa; 2006. p. 232.
30. Laín Entralgo P. El cuerpo humano. Teoría actual. Espasa-Calpe. Madrid; 1989.
31. Sánchez-Ostiz P. ¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2009;11:11-23.
32. Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, 11 de abril; BOE, 18 de mayo de 1985, 119, pp. 10211-10234.
33. Higuera-Guimerá JF. Las propuestas de introducción de "la solución del plazo" con indicaciones en el delito de aborto: sus problemas constitucionales. Revista General de Derecho Penal. 2009;11:16.
34. Germán-Zurriarán R. La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: de la Ley 35/1988 a las leyes 14/2006 y 14/200. Cuadernos de Bioética. 2009;69:155-181.
35. Vila-Coro MD. La vida humana en la encrucijada. Pensar la Bioética. Madrid: Encuentro; 2010.
36. Martínez-Aguirre de Aldaz P. et al. Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona. Madrid: Colex; 2008.
37. Ollero A. Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona? En: Massini CI, Serna P, editores. El derecho a la vida. Pamplona: Eunsa; 1998.
38. Henríquez-Herrera I. La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo "Infans conceptus pro iam nato habetur" en el derecho civil chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2006;27(1):87-113.
39. Calvo-Meijide A. El *nasciturus* como sujeto de derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista. Cuadernos de Bioética. 2004;2:283-298.