

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2018/2019

Convocatoria extraordinaria Marzo

**La Protección Jurídica del *Nasciturus***  
*The legal protection of Nasciturus*

Realizado por la alumna Dña. Paula Negrín Mendoza

Tutorizado por la Profesora Dña. María Etelvina de las Casas León

Disciplinas Jurídicas Básicas

Derecho Romano



## ABSTRACT

The present assignment is done by analyzing the different doctrinal positions and theories relating to the controversial matter of the legal nature of *nasciturus*. To deepen about this, we start since Roman Law, we will attend the evolution of the matter and we will tackle the different questions that develop throughout history which, as we will see, they have their origin in Roman Law. Already in that, the protection of *nasciturus* was taken into consideration, making different instruments to guarantee it. Said instruments are still use today and they coexist with the same questions that were made by Roman jurist about the legal personality of *nasciturus*, very discussed and current topic because of latest scientific developments about Assisted Reproductive Technology, which have had an impact on society that will affect not only in the plane of fertilization, but above all, the future of other aspects of society.

## RESUMEN

El presente trabajo está realizado analizando las distintas teorías doctrinales surgidas a raíz del controvertido tema de la naturaleza jurídica del *nasciturus*. Para profundizar sobre ello, nos remontaremos al Derecho romano clásico, asistiremos a la evolución del tema en cuestión y abordaremos las diferentes preguntas que se van planteando a lo largo de la historia las cuales, como veremos en el presente trabajo, tienen su origen en el Derecho Romano. Ya en él se tomó en consideración la protección del *nasciturus*, construyendo diferentes instrumentos para garantizarla. Dichos instrumentos se siguen utilizando en la actualidad y coexisten con las mismas preguntas que se hacían los juristas romanos sobre la personalidad jurídica del *nasciturus*, tema muy discutido y de actualidad debido a los avances científicos derivados de las Técnicas de Reproducción Asistida, las cuales han tenido un impacto en la sociedad que va a afectar no sólo al plano de la fecundación, sino sobre todo, al futuro ya no sólo de la fecundación sino también de otros aspectos de la sociedad.



## ÍNDICE

1. Consideraciones generales .....	2
2. Concepto de <i>nasciturus</i> .....	3
3. Evolución histórica del término .....	4
4. Protección del Nasciturus.....	7
4.1. En el Derecho Romano.....	7
4.2. En el Ordenamiento Jurídico Español .....	9
5. El concebido a través de técnicas de reproducción extracorpóreas. ....	12
5.1. Las técnicas de reproducción asistida.....	12
5.1.1. La crioconservación.....	15
5.1.2. La experimentación con embriones .....	16
5.2. Regulación de las técnicas de reproducción asistida en España.....	16
5.2.1. Antecedentes .....	16
5.2.2. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida.....	17
5.2.3. Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.....	20
5.2.4. Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Asistida .....	22
5.2.5. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida .....	23
5.3. Protección jurídica del embrión procedente de técnicas de reproducción asistida en el Ordenamiento Jurídico español .....	25
5.3.1. El preembrión .....	29
5.4. Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistidas en distintos países. Derecho Comparado.....	32
6. Conclusiones .....	35
7. Bibliografía .....	39



## 1. Consideraciones generales

Los parámetros que han intentado delimitar el comienzo de la vida han ido dilatándose con el paso del tiempo, a medida que avanza la sociedad y los medios tecnológicos para concebir y, en consecuencia, dar vida.

*¿Qué es lo que entendemos por seno materno? ¿Hasta dónde se entiende que tiene significado el término “concebido”?* Son dos de las numerosas preguntas que ahondan en nuestra actualidad, cuyas respuestas muchas veces se ve influida, no solo por el contexto social e histórico sino también por el entorno y las creencias personales.

Es en el momento de otorgar la personalidad jurídica al concebido cuando los interrogantes toman peso, derivando todos ellos en uno principal: *¿Cuándo se entiende que hay vida?*

Esta es una cuestión importante que se ha intentado salvar, teniendo en cuenta el contexto histórico en el que nos encontramos, puesto que con el desarrollo de los medios de la biotecnología<sup>1</sup> y la biomedicina el contenido del término “concebido” ha ido englobando poco a poco a diferentes formas de crear vida.

Si ya es complicado delimitar desde dónde hasta dónde podemos hablar de *vida humana*, con dichos avances tecnológicos que nos han permitido tener diferentes formas de fecundación, de crear vida por lo que, desde un punto de vista lingüístico, los términos que vamos a utilizar para hacer mención a los progenitores serán distintos: *madres o padres biológicos, adoptivos, los llamados “vientres de alquiler”, etc.* Este desarrollo biotecnología ha alcanzado tal límite que incluso se puede llegar a hablar de creación de vida fuera de un vientre materno, en un laboratorio.

Desde un punto de vista jurídico estricto, debe ser delimitado, puesto que el Ordenamiento Jurídico empezará a proteger al concebido dotándolo de personalidad jurídica desde que se entienda que es una “futura persona” y, en consecuencia, es

---

<sup>1</sup> DE CASTRO CID, B., “*Biotecnología: La nueva frontera de los Derechos Humanos*”, Madrid 2002. En él podemos encontrar como definición a la biotecnología: “*la utilización de organismos biológicos, sistemas y procesos, en actividades industriales, de fabricación y servicios*”



imprescindible la creación de reglas ético-jurídicas que ayuden a regular de manera correcta todos estos avances. De todo ello se desprende que es el concebido no nacido pero que va a nacer.

Todo esto se tratará de analizar en el siguiente estudio.

## 2. Concepto de *nasciturus*

Etimológicamente, el concepto *nasciturus* proviene del latín, “*es el participio de futuro del verbo nascor, natus sum, nacer*”<sup>2</sup> donde la procedencia se puede relacionar con un concepto diferentes que es el *natus*: el ya nacido.<sup>3</sup> Se le añade, por otra parte, el sufijo *-urus*, que sugiere “*inminencia, destino*”. Su traducción más acertada sería “el que va a nacer” o “el destinado a nacer”. “*Indica la próxima aparición entre los hombres de una realidad aún no materializada y que, sin embargo, se intuye existente.*”<sup>4</sup>

Jurídicamente, el término aparece con el fin de designar a aquella persona que va a nacer, ya que se ha concebido. Así, cabría determinar que es aquel “*concebido pero no nacido*”.

El fundamento de otorgar nombre y con ello personalidad jurídica a estos sujetos surge por el planteamiento de diversos problemas (sobre todo jurídicos), ya que esos concebidos, pero no nacidos, pueden encontrarse en una situación de desamparo y desprotección jurídica que impide que sus derechos se vean garantizados, puesto que se encuentran en una posición vulnerable y no pueden actuar por sí mismos.

De esta manera, con el empleo de este término, se le da nombre a una ficción o una realidad futura (que, como veremos, se materializará con el nacimiento efectivo) y con ello, se otorga personalidad jurídica a aquellos que no la tienen con el fin de velar por sus derechos, garantías y bienes. En resumen, nacemos (o vamos a nacer) con derechos y bienes, porque existe una esperanza de vida; “alguien va a nacer”.

---

<sup>2</sup> ALVARADO CHACÓN, J.R., “*La persona en el derecho romano y su influencia en el sistema jurídico de la América Latina*”. Universidad de Carabobo, Venezuela. Trabajo publicado en el ANUARIO Vol. 25 del Instituto de Derecho Comparado.

<sup>3</sup> HUNG GIL, F.A., “*Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido*” IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C, México 2009, Pág. 89 y ss.

<sup>4</sup> ALISTE SANTOS, T.J., “*Acerca de la subjetividad jurídica del nasciturus*” Revista Escuela de Derecho Año 6, Número 6, 2005. Texto extraído de la pág. 16.



Dentro del término *nasciturus*, se comprenden otros dos conceptos que intentan plasmar realidades distintas, de manera que cabe diferenciar el *conceptus* del *concepturus*. De este modo, si ya el *conceptus* existe, es decir, es una realidad puesto que se trata del concebido que se encuentra en el seno materno, el *concepturus* es la “esperanza de vida”, es el que “va a nacer”. Este último, como realidad futura o hipotética puede llegar a ser *conceptus* (concebido) y nacer, o no.<sup>5</sup>

### 3. Evolución histórica del término

En sentido histórico, son los juristas romanos los que prevén la necesidad de dar nombre a la vida que es creada en el seno materno y que va a nacer, es decir, *a aquel ser que va tener vida*, con todo lo que lleva aparejado esto en sentido jurídico.

La idea de proteger al *nasciturus* no la encontramos expresada como tal en los diferentes pasajes romanos, pero sí se puede extraer de la redacción de las mismas<sup>6</sup>

No obstante, la cuestión de determinar desde cuándo entendían los juristas romanos que existía vida fue bastante polémico, de tal manera que en la actualidad podemos diferenciar dos grandes tesis que intentan responder a la cuestión<sup>7</sup>

Por un lado, *la teoría tradicional*, que explicaba que una persona adquiere dicha condición si al nacer cumple una serie de requisitos que son: haberse desprendido totalmente del seno materno cuyo acto simbólico que reflejaba esto era el corte del cordón umbilical; que haya nacido con vida, es decir, que pueda ser independiente de la madre; que tenga figura humana y que demuestre en el momento del nacimiento otros signos como el llanto del niño, o cualquiera que denote vida.

Todos estos requisitos funcionaban como una condición suspensiva con la que se entendía al concebido como una persona o no, de manera que el concebido, hasta que no lo reuniera tendría cierta protección, pero no por ser persona, sino por ser parte de las vísceras de la madre que lo incubará. Se entendía por tanto al *nasciturus* como una porción de la madre y no como un sujeto con autonomía propia.

---

<sup>5</sup> HUNG GIL, F.A., Opo cit.

<sup>6</sup> ALISTE SANTOS, T. J., “*Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*”, 2011, Editorial Atelier. Pág.32

<sup>7</sup> PELLICANO, J. A., “*La protección al concebido en Roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*”, Págs. 5 a 8.



Esta teoría fue defendida por Savigny, quien entendía que para dotar a un ser de personalidad jurídica era necesario que naciera, lo que quiere decir que para él “los derechos posibles” vienen unidos al nacimiento.

Savigny, por tanto, no consideraba al concebido como un sujeto con personalidad jurídica, como podemos diferir de los defensores de la teoría moderna. Y esto es así, porque Savigny se basó en diferentes postulados concretos que resolvían casos prácticos los juristas. Por ejemplo, esta concepción encuentra su fundamento en el hecho de que entendían a la esclava como “cosa” y, por tanto, el feto que se encontraba en su seno lo sería también.

Por tanto, los defensores de la teoría tradicional entendían que el *nasciturus* sí tenía derechos, pero en potencia, es decir, que esos derechos no estaban sujetos a una realidad presente, sino que tendrían plena eficacia cuando el *nasciturus* efectivamente naciera. Esta construcción ficticia de la realidad (teoría de la ficción) del *nasciturus* es en la que se basan para fundamentar su idea de que el mismo nacerá con derechos que se le otorgarán desde el momento en que se encuentre en el seno materno, en casos concretos, pero no consiste en una plena personalidad jurídica. En definitiva, no entendían que el *nasciturus* tuviese vida desde su concepción.

Es en la cita de Ulpiano, donde encuentran el mayor argumento para basar su teoría: “... *Resulta muy claramente de éste rescripto que no tenían lugar los sendoconsultos sobre reconocimiento de hijos al disimular o negar a la mujer su embarazo, y no sin razón, pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer. Claro que, una vez que ha nacido de su madre, puede ya el marido pedir, de propio derecho, mediante interdicto, que le sea exhibido el hijo o permita llevárselo.*” (D. 25. 4.1) <sup>8</sup>.

Pese a esta teoría, los juristas romanos entendieron que en ciertas situaciones jurídicas deberían ayudar al concebido no nacido a que sus, “futuros” derechos no se vean vulnerados. Por tanto, se daba protección al *nasciturus* con ciertos instrumentos que veremos más adelante, cuyas explicaciones fueron utilizadas por Savigny y los partidarios tradicionales forzosamente y de manera separada a la idea general de la que

---

<sup>8</sup> PELLICANO, J.A., “La protección al concebido en Roma y la situación actual del *nasciturus* a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea” XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires 15,16 y 17 de septiembre de 2004. Texto extraído de la pág. 5.



resultan para fundar su tesis. De estos instrumentos, que son bastantes concretos y separados de una idea general, se puede extraer también la consideración de que el *nasciturus* se entendía como ser humano desde la concepción. ¿Por qué si no iban a proteger al concebido desde su estancia en el seno materno?

Todo ello guarda relación con la teoría moderna, la cual contrapone todo lo defendido por la teoría tradicional, puesto que para los defensores modernos el comienzo de la personalidad jurídica se da desde que se concibe al feto en el seno materno, siempre y cuando nazca. En este sentido y a diferencia de la teoría tradicional, estamos ante una condición resolutoria que deja en suspenso la extinción de un derecho que ya se le ha otorgado al concebido.

Todo ello encuentra su fundamentación en lo expuesto por Juliano (D.1.5.26): “*qui in utero sunt, in toto paene iure civile intelleguntur in rerum natura esse*” (“los que están en el útero se reputa en casi todo el Derecho Civil que son como nacidos”), lo que ha sido traducido como “*nasciturus pro iam nato habetur*”, es decir, al concebido se le tiene por nacido.

A esto último, se le añade otro texto de Paulo que determina “*el que está dentro del útero es atendido lo mismo que si ya estuviera entre las cosas humanas, siempre que se trate de las conveniencias de su propio parto, pero antes de nacer no puede favorecer a nadie*”<sup>9</sup>. Por tanto, para Paulo el *nasciturus* no llega a ser una persona física pero sí que lo será (persona física en potencia) y, como tal, un futuro portador de derechos, los cuales se retrotraen hasta el momento del nacimiento (Paulo D. V, 4,3).

En este sentido, como conclusión a la teoría moderna, podemos observar que la realidad de la misma es interpretar que el *nasciturus* no es sujeto de derechos y garantías en *potencia*, sino que se le protege porque esos derechos *ya existen* y, por tanto, se le está otorgando personalidad jurídica. Por consiguiente, a diferencia de la teoría tradicional, la teoría moderna lo que viene a entender es que el *nasciturus* ya tiene vida desde su concepción y no desde su nacimiento.

Como ya se ha mencionado, los juristas no explican esta idea de manera expresa y literal, pero sí se desprende de los diferentes pasajes citados además de, como

---

<sup>9</sup> RIOS, A., El nasciturus de la Antigua Roma a la realidad venezolana. Artículo subido al portal web Scribd el 9 de abril de 2011. Pág. 2





veremos más adelante, de las diferentes herramientas de la que se valen los juristas romanos para proteger *la vida* de ese concebido que va a nacer.

Fiel defensor de esta teoría es el jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas, el cual explica que “*aquello que es verdad se dice ser una ficción*” a lo que se sigue otra reflexión “*no concibo que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona. Si se atribuye derechos a las personas por nacer, aunque como dice SAVIGNY, en un orden especial de hechos; si los que deben nacer son representados*” (...) “*dándoseles curador, que se ha denominado curador al vientre, es forzoso concluir que existe ya y que son personas, pues la nada no se representa*” (...) “*Si los que deben nacer no son personas, ¿por qué razón existen leyes penales que protegen su vida preparatoria? ¿Por qué motivo se pune el aborto?*”<sup>10</sup>

#### **4. Protección del Nasciturus**

##### **4.1. En el Derecho Romano**

La protección del *nasciturus* para los juristas romanos deriva de la consideración del mismo como un ser diferente al resto de los seres humanos. Le otorgan un *status jurídico* desde el momento de la concepción y no desde el nacimiento (como ya observamos con lo explicado sobre el término del *nasciturus*)<sup>11</sup>.

No obstante, no todos los *nasciturus* gozaban de dicha protección. Sólo lo serían aquellos que tuviesen capacidad plena, la cual la tenían los ciudadanos romanos (los que tuviesen *libertatis, civitatis y familiae*). Por tanto, para saber si tenía uno de estos tres estados, el más importante, que es la libertad, se debía saber exactamente el momento en el que se puede afirmar que existe vida humana.

Dicha protección fue dándose ante los posibles problemas que pudiera tener la madre: podía darse que la madre fuera esclava, a lo que el Ordenamiento Jurídico romano le otorgaba al concebido el *status libertatis*, bastaba con que la madre hubiera gozado de libertad en algún momento del embarazo (*favor libertatis*) o que la madre fuera condenada a muerte, de manera que no se la ejecutaría hasta que diera a luz con el

---

<sup>10</sup> PELLICANO, J.A., “*La protección al concebido en Roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*” XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires 15,16 y 17 de septiembre de 2004. Pág. 9

<sup>11</sup> GAYO, Institutas (I.89): “... *el estado de los hijos concebidos legítimamente se determina en el tiempo de la concepción*”



fin de garantizar la vida del *nasciturus* (Marciano, D.1.5.5.2-3; Paulo, D.2.24.1-3; Inst., 1.5.4), cuyo fundamento se encontraba en que “*la mujer iba a parir un ciudadano romano y bajo la potestad del padre*”<sup>12</sup>.

En el mismo sentido, Ulpiano D.1.5.18, donde expresa que “*el Emperador Adriano respondió por Rescripto a Publicio Marcelo, que la mujer libre, que estando embarazada fue condenada a la última pena, paría un libre; y que se acostumbraba conservarla, hasta que diese a luz el parto. Pero si a la que concibió de justas nupcias se le han entredicho el agua y el fuego, pare un ciudadano romano, y bajo la potestad de su padre*”.

Se protegía además al *nasciturus* del aborto, desde un plano penal, aplicándose la ***Lex Cornelia de sicariss et e benefis***, en la cual se condenaba a quien atentare contra la vida del *feto* con la confiscación y el destierro, llegándose a aplicar la pena capital.

A este respecto, Ciceron citaba: “*cierta mujer llamada Milesia, estando en Asia, fue condenada con la pena capital porque habiendo recibido dinero de los segundos herederos se procuró ella misma el aborto con medicamentos...también si alguna mujer se hubiere hecho violencia en sus entrañas después del divorcio, porque estaba embarazada, para no procrear hijo a su marido, ya enemigo suyo, fuese condenada a destierro temporal*”

Además, en otro plano más civil de dicho amparo, es necesario mencionar la figura del *curador ventris nomine*, cuya principal función era administrar los bienes e intereses del *nasciturus* hasta su nacimiento en caso de que falleciera el padre (el *nasciturus* se integraba en plenitud de derechos en la familia paterna y no materna).

Esta figura deriva de la principal característica de la protección jurídica otorgada al *nasciturus* en el Derecho Romano: la salvaguarda del derecho patrimonial del mismo.

Lo que nos conduce al Derecho sucesorio, rama del Derecho en el que más se refleja el amparo del que va a nacer, ya que se le daba una gran importancia proteger la descendencia que asegurara la continuidad del patrimonio y, sobre todo, del culto de la

---

<sup>12</sup> PELLICANO, J.A., “*La protección al concebido en Roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*” XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires 15,16 y 17 de septiembre de 2004. Pág. 10.



familia<sup>13</sup>. Así, Ulpiano D. 38.16.1.8 (“...se deberá decir que pueden suceder los herederos suyos, si vivieren, o al menos hubieren sido concebidos, al tiempo de la muerte del testador”), o Celso D. 38.16.7 (“...La Ley de las XII Tablas llama a la herencia al que existiere al morir aquel de cuyos bienes se trata...o si viviendo éste fue concebido, porque se estima que el concebido existe en cierto modo”).

En cuanto a lo expuesto, Gayo afirma en cuanto a los hijos póstumos: “como en muchos otros casos a los hijos póstumos se los considera ya nacidos, está admitido que a dichos póstumos se les pueda dar tutores por testamento lo mismo que a los ya nacidos...Podemos instituirlos como herederos”. (Gayo, 1.147).

#### **4.2. En el Ordenamiento Jurídico Español**

Fruto del avance histórico del concepto del nasciturus y, en consecuencia, de la protección del mismo, se colige hoy en día una protección jurídica sobre el concebido no nacido en nuestro ordenamiento jurídico.

La etapa actual, la podemos iniciar a mediados del siglo XIX (etapa codificadora) en el que se hace una primera redacción de un criticado artículo 29 que determina que “el nacimiento determina la personalidad excepto en los casos que la ley retrotrae a una fecha anterior los derechos del nacido”.

Sin embargo, debido a la polémica generada por dicho artículo, el mismo se modificó dando lugar al actual art. 29 del Código Civil que establece lo siguiente: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.”

De lo dispuesto en dicho artículo se entiende que, aunque la personalidad se adquiere por el nacimiento, sus efectos se pueden retrotraer a un momento anterior, siempre que se produzca el total desprendimiento del seno materno (art. 30 CC) y, por tanto, que la personalidad se adquiere con el nacimiento. Es decir, no se hace una expresa mención al momento de la gestación por parte del Código Civil, y pone como condición de que tenga por “nacido para todos los efectos favorables” que haya nacido.

---

<sup>13</sup> ALISTE SANTOS, T.J., “Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil” Editorial Atelier. Barcelona, 2011. Pág. 33.



De tal manera, podemos observar una ruptura entre la consideración del *nasciturus* en el Derecho Romano clásico, que, mediante la *teoría de la ficción*, entendían que el mismo existía desde su concepción y, por tanto, se igualaba el concebido con el nacido; y la estimación del *nasciturus* con personalidad siempre que, en un momento posterior, nazca.

Pese a la polémica que ha surgido en la doctrina española entorno a la redacción del art. 29, sosteniendo parte de la doctrina que el *nasciturus* no tiene personalidad hasta el momento del nacimiento (del total desprendimiento del seno materno) y otra parte que entiende que existe el *nasciturus* desde su concepción, en nuestro ordenamiento Jurídico se ha protegido al *nasciturus* de forma metódica.

Es necesario destacar de la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, en la que se pretende determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto de Ley orgánica que introduce el art. 417 bis en el Código Penal, por el que se declara no punible el aborto en determinados supuestos, y donde fundamentan a partir del art. 15 de la CE (derecho fundamental a la vida, que, por analogía se viene a aplicar a la protección de los concebidos no nacidos), matizando las siguientes consideraciones:

*“a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.*

*b) Que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.*

*c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana.”*



Y continúa explicando que, por lo expuesto, *“ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.”*

Por tanto, el *nasciturus* goza de protección constitucional. Y esta protección se materializa en el citado art. 29, del que precisamos la frase de *“a todos los efectos que le sean favorables”*, de lo que extraemos que se protege al *nasciturus* pero no de forma completa, sino con unos límites de manera que se excluyen todos los efectos que no puedan favorecer a un concebido no nacido, el cual, obviamente tiene una relevante vulnerabilidad.

Ejemplos claros de ello los encontramos en el ámbito sucesorio español y sobre todo en el derecho patrimonial, puesto que se pueden llevar a cabo donaciones a los concebidos no nacidos e incluso nombrarlos herederos.

No obstante, estos efectos favorables los tendrá siempre y cuando el concebido no nacido nazca y ese nacimiento tiene que ser efectivo. El fundamento de esta interpretación la encontramos en el art. 30 del Código Civil español, que recoge lo siguiente: *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*.<sup>14</sup>*“El Derecho lo que hace es retrotraer al momento de la concepción la validez de todos los efectos jurídicos favorables al recién nacido”*

Pero los instrumentos de protección no se basan en esos ámbitos ya que, durante el proceso de gestación y desarrollo del embrión, el mismo puede sufrir cualquier tipo de daño, ya sea extrapatrimonial como personal. De manera que, dicha protección, es ampliada a los siguientes ámbitos:

- En el ámbito penal, nuestro Código penal recoge las distintas conductas punibles peligrosas para el feto: por un lado, se encuentran los arts. 157 y 158 del CP, donde se regulan los delitos de lesiones al feto y, por otro lado, en los arts. 144 al 146 CP, el delito de aborto.

---

<sup>14</sup> SEVILLA BUJALANCE, J.L., La protección del concebido no nacido en nuestro Derecho, profesor de la Universidad de Córdoba. Artículo publicado en Cuadernos de la Real Academia de Junio de 2010.



- En el ámbito administrativo encontramos también disposiciones normativas que no solo regulan la reproducción asistida, sino también la investigación biomédica: la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida, así como la Ley 39/2015, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

- En el ámbito procesal en cambio, al reconocerse personalidad jurídica al *nasciturus*, se entiende que puede ser parte en los procesos, *para todos los efectos que le sean favorables*, según el art. 6.1.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como los arts. 3.6 y 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

## **5. El concebido a través de técnicas de reproducción extracorpóreas.**

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

Como bien aventuramos al principio de este trabajo, se ha ido desarrollando un cambio en el ámbito de la medicina, gracias a los diferentes avances médicos y científicos, cuyo motor ha sido la necesidad de buscar diferentes soluciones ante problemas que se suscitan hoy en día en numerosas parejas. Este desarrollo ha sido principalmente por un cambio en la mentalidad de la sociedad, ya que, en un primer momento, era impensable que se pudiese llevar a cabo las técnicas de las que disponemos hoy en día para poder crear vida humana.

Estas técnicas de fecundación, en un primer momento tenían como fin solucionar problemas de infertilidad ya fuese por parte del hombre como de la mujer. No obstante, la finalidad ha variado de manera que hoy en día se dan diferentes posibilidades; y es que las parejas buscan, sobre todo, tener hijos e hijas “sanos/as”, o de un aspecto físico determinado (“medicina a la carta”).

Está claro que estas técnicas plantean dan lugar a determinadas consecuencias de carácter ético (bioética o biomedicina) social y jurídico.

Desde un punto de vista social, las necesidades de las personas han ido cambiando a lo largo de los años y, con ello la finalidad de estas técnicas. Esto nos lleva al plano jurídico, ya que debido a la utilización de las TRA para las diferentes finalidades, el Ordenamiento Jurídico ha tenido que crear ciertas normas jurídicas que regulen y gestionen la utilización de dichas técnicas. Esta necesidad se da no sólo desde



un punto de vista nacional, sino que ocurre también en un ámbito internacional, de manera que se hace imprescindible que los países lleguen a acuerdos jurídicos internacionales.

Por otro lado, desde un punto de vista biológico, las TRA han originado diferentes conceptos en cuanto a la maternidad y paternidad:

*“a) Maternidad:*

- *Maternidad plena, que es la que, junto a la relación biológica (genética y gestativa) de una mujer con su hijo, se uno el haz de derechos y obligaciones que implica el reconocimiento jurídico de la generación*
- *Maternidad genética, cuando la mujer aporta el óvulo que dará lugar al nuevo individuo.*
- *Maternidad gestativa, en el supuesto de que la mujer geste al hijo a partir del óvulo de otra mujer.*
- *Maternidad legal, que es aquella en la que la mujer asume los derechos y obligaciones respecto del nacido sin que existan entre ellos lazos biológicos.*

*b) Paternidad:*

- *Paternidad plena, cuando el hombre aporta su carga genética y asume, los derechos y obligaciones del reconocimiento como padre.*
- *Paternidad genética, cuando el hombre aporta el esperma pero no asume los derechos y obligaciones derivadas de la generación.*
- *Paternidad legal, en el caso de que el hombre sólo asuma el nacimiento jurídicamente sin haber contribuido biológicamente al mismo.”<sup>15</sup>*

En cuanto a las TRA en concreto y de manera resumida, podemos definir las como aquellos medios que tiene la ciencia, específicamente la medicina, para poder crear vida de manera artificial. Se suelen distinguir entre ellas, dos grandes grupos: la inseminación y la fecundación “*in vitro*”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> GÓMEZ, SÁNCHEZ, Y., “*El derecho a la reproducción humana*”. Marcial Pons S.A. Madrid 1994. Pág. 102.

<sup>16</sup> CUBILLOS, J.M., “*Técnicas de reproducción asistida: Status Jurídico del Embrión Humano*”, Ciudad de Mendoza, Argentina, 2013. Pág. 6



La inseminación artificial, por un lado, consiste en que se extrae el semen para posteriormente implantarlo en el organismo femenino de manera artificial. La fecundación extracorpórea o *in vitro*, por otro lado, “*es el conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención del óvulo y el esperma, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo para el ulterior desarrollo del mismo, pasando por la fecundación y primer desarrollo de la célula germinal fuera del seno materno.*”<sup>17</sup>

No obstante, estos no son los únicos instrumentos de reproducción asistida, sino que además existen otros tipos que, a pesar de que algunos de ellos no sean legales en España, como es el caso de la maternidad subrogada o el llamado “vientre de alquiler”, sí que se dan en otros países:

En primer lugar, se encuentra la fertilización *in vitro* y la transferencia de embriones, que ambos consisten en obtener el semen para posteriormente colocarlos con los óvulos que se pretenden fecundar, que a su vez se han obtenido mediante aspiración. Cuando se consiga la esperada fertilización, se transferirán algunos embriones a la madre<sup>18</sup>.

Como complemento a la fecundación *in vitro*, se encuentra el *diagnóstico genético preimplantatorio*, con el que se puede conseguir un diagnóstico de los embriones sanos genéticamente antes de decidir si se implanta en el útero de la mujer o si se descarta.<sup>19</sup>

Por otro lado, existe la llamada *transferencia intratubárica de gametos*, en donde se colocarán en cada una de las trompas de la mujer los espermatozoides para que fecunden. Tanto el portador de los espermatozoides como la mujer en la que se implantarán los gametos pueden ser un tercero/a<sup>20</sup>.

En cuanto a *la maternidad subrogada* (prohibida en nuestro país), existe una disociación entre la maternidad genética, la gestacional y la social, principalmente se

---

<sup>17</sup> CUBILLOS, J.M., Op cit.

<sup>18</sup> CUBILLOS, J.M., “*Técnicas de reproducción asistida: Status Jurídico del Embrión Humano*”, Ciudad de Mendoza, Argentina, 2013. Págs. 6 y 7

<sup>19</sup> ABELLÁN, F., “*Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia*”, Editorial Comares. Granada 2007. Págs. 1 y 2.

<sup>20</sup> CUBILLOS, J.M., “*Técnicas de reproducción asistida: Status Jurídico del Embrión Humano*”, Ciudad de Mendoza, Argentina, 2013. Pág. 7





utiliza en los casos en los que la mujer carece de útero o puede tener graves problemas durante el embarazo <sup>21</sup>

### 5.1.1. La crioconservación

La crioconservación o congelamiento de embriones, es una Técnica de Reproducción Asistida, (que es complementaria a la transferencia de embriones), que consiste en congelar gametos o preembriones almacenándolos en nitrógeno líquido a una temperatura de -196°C, de manera que los preembriones se mantienen fuera de un útero donde puedan desarrollarse, hasta que se dispongan el destino de los mismos. Estos preembriones que se congelan proceden o bien de un proceso de fecundación del que son los sobrantes por distintas causas, sobre todo pudo haber pasado que el útero de la mujer en el que se iban a implantar no respondió correctamente a la fecundación, fallecimiento, etc.<sup>22</sup>

De esta manera, una vez se haya decidido su destino bien por los padres o por el centro en el que se encuentran los gametos congelados, se descongelarán para su posterior transferencia. Los fines de la crioconservación los podemos encontrar en el art. 11 de la Ley 14/2006, norma jurídica que además determina la obligación de crioconservar los gametos que hayan sobrado de dicho proceso de transferencia de gametos y que sean, sobre todo, viables.

Por otro lado, esta técnica de reproducción asistida encuentra su polémica ética y moral en los fines que no sean para la fecundación en sí, como lo son fines de investigación o experimentación o la destrucción de los gametos en el caso de que pase el plazo establecido por la Ley 14/2006 sin que los padres decidan sobre ellos. Para ello se requiere el consentimiento expreso, o bien de la mujer, o si es una mujer casada, del marido también, mediante un contrato de “depósito”, en el que el centro se compromete mediante ese contrato a suministrar a dichos gametos el tratamiento indicado para mantenerlos en buen estado durante un periodo determinado de tiempo.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> CUBILLOS, J.M., “*Técnicas de reproducción asistida: Status Jurídico del Embrión Humano*”, Ciudad de Mendoza, Argentina, 2013. Págs. 7 y 8.

<sup>22</sup> <https://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/congelacionEmbrionaria.pdf>

<sup>23</sup> FARNÓS AMORÓS, E.: “*Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*”. Atelier, libros jurídicos. Barcelona, 2011. Págs. 144 y ss.



Por tanto, la polémica de esta técnica se trata en la finalidad o el destino de los preembriones que no se terminan de transferir o implantar en el seno materno<sup>24</sup>, de manera que se origina una situación de desprotección jurídica que analizaremos más adelante.

### **5.1.2. La experimentación con embriones**

Otras de las técnicas que se engloba dentro de las TRA, es la experimentación con embriones que, como bien su nombre indica, es la posibilidad de tratar como método de experimentación y siempre con el fin de conseguir distintos resultados biomédicos, los embriones que hayan sido resultado y sobrantes de alguna fecundación in vitro. Este método científico abarca a su vez distintas Actividades experimentales en las que esos distintos embriones son tratados con arbitrariedad y con el único límite ya citado: los fines terapéuticos.

Así, las actividades experimentales que pueden llevar a cabo los investigadores sobre los embriones son diferentes: *“la clonación -la que puede ser empleada para originar seres humanos descerebrados para obtener órganos para trasplantes y tejidos de recambio, tal como fue propuesto por el biólogo californiano PAUL SEGALL; la obtención de gemelos idénticos por microcirugía embrionaria (fisión gemelar) y el cultivo de hemiembriones; la creación de niños a partir de personas del mismo sexo; la ginogénesis - activación de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos- y la androgénesis -desarrollo de un embrión a partir de un gameto masculino”*<sup>25</sup> etc.

## **5.2. Regulación de las técnicas de reproducción asistida en España**

### **5.2.1. Antecedentes**

En España, existe una legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida.

---

<sup>24</sup> PELLICANO, J.A.: *“La protección al concebido en Roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de reproducción asistida”*. XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires, 15,16 y 17 de septiembre de 2004. Págs. 29, 30 y 31.

<sup>25</sup> PELLICANO, J.A.: *“La protección al concebido en Roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de reproducción asistida”*. XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires, 15,16 y 17 de septiembre de 2004. Texto extraído de la pág. 31



Esta legislación es producto de varios años de desarrollo de dichas técnicas, las cuales, a pesar de que han sido ignoradas durante varios años, ha llegado un punto en que se han asentado no sólo en nuestro país, sino también en varios países del mundo.

Ello origina una incidencia de la medicina en la vida de la ciudadanía que debe ser regulada, debido a la problemática tanto legislativa como ética que puede acarrear: vulneración a la intimidad de los padres, utilización de óvulos, espermatozoides o incluso de embriones, sin consentimiento de los portadores, negligencias por parte de clínicas que llevan a cabo estas técnicas, etc. En definitiva, “*inciden en instituciones básicas del derecho civil: persona y familia*”<sup>26</sup>

En un primer momento, en España se aprobó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, publicada el 24 de noviembre de 1988, y surge en un entorno en el que, como bien en el preámbulo de dicha ley se expone “*en España, el primer Banco de semen data de 1978 y han nacido ya unos 2.000 niños en nuestra nación y varios cientos de miles en el resto del mundo por este procedimiento*”. Y es que en ese momento la utilización de las técnicas de reproducción asistida, y en concreto la fecundación in vitro, se impulsaron en nuestro país a raíz de que se constató en el mundo la efectividad de las mismas con el nacimiento de *Louise Brown*, el 25 de Julio de 1978 en Gran Bretaña.

Es con el Informe Palacios con el que se comienza a hablar de las técnicas de reproducción asistida desde un punto de vista jurídico, ya que el mismo consistía en un informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación artificial humanas, importante como antecedente de nuestra legislación puesto que en él se exponen las distintas conclusiones a las que se llegaron en el congreso de los Diputados en aquella época sobre cuestiones trascendentales en este ámbito de la medicina, sobre todo cuestiones jurídicas y éticas<sup>27</sup>

### **5.2.2. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida**

---

<sup>26</sup> PAZ, S., “*Los derechos humanos en la reproducción asistida*”. Editorial Pirámide, Madrid, 2005. Pág.40.

<sup>27</sup> RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., “*Comentario a la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre sobre técnicas de reproducción asistida*”, Universidad de Salamanca, 1991, Pág. 239.



La ley 35/1988 se aprueba cinco meses después de la sesión en el Parlamento en el que se debatieron las enmiendas que se presentaron ante el ya citado Informe Palacios, en 1986.

Dicha ley consta de una Exposición de Motivos más 21 artículos, los cuales se organizan, a su vez, en 7 capítulos.

En la Exposición de Motivos primero de dicha ley se constata el contexto histórico y social en el que se encuentra España, y que, como ya hemos indicado, es fundamento de la creación de dicha ley. Continúa exponiendo en el apartado segundo el vacío jurídico que existe en nuestro ordenamiento jurídico sobre las TRA y la necesidad de “cubrirlo”, ante el evidente desarrollo de dichas técnicas.

No obstante, lo novedoso de esta ley es que ya se comienza a hablar del “preembrión” en cuanto a las fases de la gestación, y que nos da a entender que quizá se pretendía dar solución a lo que sigue siendo hoy en día tema de debate en nuestro Ordenamiento Jurídico: el momento en el que comienza la vida y, con ello, la personalidad jurídica del embrión. De esta manera, la ley define al preembrión como un *“grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero -acabado el proceso de implantación que se inició días antes-, y aparece en él la línea primitiva”*.

Además, se hace mención en la exposición de motivos, concretamente en el punto tercero, a dos TRA concretas, que son, *la gestación de sustitución y la gestación por mujer sola*, dando a entender la problemática que planten las mismas de manera que enumera los interrogantes que plantean:

*“1. si existe un derecho a la procreación;*

*2. si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger;*

*3. o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas.”*



El ámbito de aplicación de dicha ley se regula en el artículo primero, el cual enuncia lo siguiente:

*“1. La presente Ley regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por Equipos especializados.*

*2. Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.*

*3. Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas.*

*4. Podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los artículos 14, 15, 16 y 17 de esta Ley.”*

En dicha ley se expone que no se pretende abarcar todas las posibles TRA que puedan existir, sino las determinantes en ese momento que son, *“la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG)”*. De este artículo extraemos, por tanto, el ámbito de aplicación de las TRA, concretando (y dando por zanjado el ámbito de aplicación de las mismas) la finalidad de las mismas, así como determinando cuándo y dónde se pueden llevar a cabo. De esta manera se garantiza que se lleven a cabo dichas técnicas en laboratorios o clínicas clandestinas.

Se especifica que las TRA ya no se van a utilizar únicamente para dar solución a las parejas con esterilidad, sino también para prevenir *“enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas”*

En los siguientes artículos se dan diferentes soluciones a puntos polémicos que se estaban tratando, concluyendo en la prohibición de la fecundación de óvulos con fin



distinto a la procreación humana (art. 3); en el ámbito de la filiación, determinando como requisito indispensable de la licitud de la práctica de las TRA el consentimiento de ambos progenitores (arts. 8). Además, se regula la fecundación in vitro post mortem (art. 9); la posibilidad llevar a cabo la crioconservación de semen y de embriones acortando la práctica a la condición de que exista la certeza de que los óvulos que se extraigan sirvan en un futuro (arts. 11 y siguientes).

Es importante recalcar el art. 20 de dicha ley, ya que en el mismo se citan una serie de conductas y prácticas que resultan sancionables, que complementan a las que viene a establecer la Ley General de Sanidad en sus artículos del 32 al 37.

### **5.2.3. Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos**

La Ley 42/1988 se constituye por su Exposición de Motivos más cinco capítulos que organizan sus nueve artículos.

Como bien establece en su Exposición de Motivos, se redactó con el fin de complementar el vacío legal que deja la ley La ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órgano sobre *“la posibilidad de realizar donaciones de células tejidos u órganos de embriones o de fetos humano”*. Este vacío, continúa exponiendo dicha ley, *“se evidencia más aún como consecuencia de la aplicación de las modernas técnicas de reproducción asistida y sus métodos complementarios, con las que se pone a disposición del médico o del investigador tales estructuras biológicas ya desde sus primeras fases y se hace posible la donación de gametos o células reproductoras y de óvulos fecundados in vitro.”*

El fundamento de la redacción de dicha ley se recoge en la misma y es que se llevaban a cabo conductas ilícitas en cuanto a la utilización de *“materiales embriológicos o fetales”* justificados por ser fines de la biomedicina pero que, como bien se indica en su texto, da lugar a cuestionarse no sólo jurídicamente sino también desde un punto de vista moral y ético la licitud de estas prácticas siendo necesario, por tanto, condicionarlas a la Constitución.

Así, en esta ley se establecen una serie de requisitos indispensables para que se pueda llevar a cabo tales actuaciones. Los mismos se encuentran recogidos en el artículo 2, y son los siguientes:



*“a) Que los donantes sean los progenitores. b) Que los donantes otorguen su consentimiento previo de forma libre, expresa y consciente, y por escrito. Si son menores no emancipados o están incapacitados, será necesario además el consentimiento de sus representantes legales. c) Que los donantes y, en su caso, sus representantes legales, sean previamente informados de las consecuencias y de los objetivos y fines a que puede servir la donación. d) Que la donación y utilización posterior nunca tengan carácter lucrativo o comercial. e) Que los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos. f) Si fallecieran los progenitores y no consta su oposición expresa en el caso de menores de edad, será precisa además la autorización de los padres o responsables de los fallecidos. En caso de muerte por accidente deberá ser autorizada la donación por el juez que conozca la causa.”*

Por otro lado, en el capítulo segundo de la presente ley se enumeran las actuaciones permitidas que se pueden llevar a cabo sobre los embriones y fetos, incluyendo entre ellas la *“obtención y utilización de estructuras biológicas procedentes de los embriones o de los fetos muertos con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o experimentación, así como su donación a tales efectos, en los términos de esta ley. Antes de proceder a las actuaciones se dejará constancia por los equipos médicos de que la muerte de los embriones o fetos se ha producido.”*(art. 6).

Se permiten además la utilización del material embriológico y fetal con fines de investigación siempre y cuando sean *“a) Con fines diagnósticos, que tendrán el carácter de diagnóstico prenatal, in vitro o in vivo, de enfermedades genéticas o hereditarias, para evitar su transmisión o para tratarlas o curarlas. b) Con fines industriales de carácter preventivo, diagnóstico o terapéutico, como es la fabricación, por clonación molecular o de genes, de sustancias o productos de uso sanitario o clínico en cantidades suficientes y sin riesgo biológico, cuando no sea conveniente por otros medios, como hormonas, proteínas de sangre, controladores de la respuesta inmunitaria, antivíricos, antibacterianos, anticancerígenos o vacunas sin riesgos inmunitarios o infecciosos. c) Con fines terapéuticos, principalmente para desarrollar el sexo en el caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales y especialmente al cromosoma X, evitando su transmisión, o para crear mosaicos genéticos beneficiosos por medio de la cirugía, al transplantar células, tejidos u órganos de los embriones o*





*fetos a enfermos en los que están biológica y genéticamente alterados o falten. d) Con fines de investigación y estudio de las secuencias del ADN del genoma humano, su localización, sus funciones y su patología; para el estudio del ADN recombinante en el interior de las células humanas o de organismos simples, con el propósito de perfeccionar los conocimientos de recombinación molecular, de expresión del mensaje genético, de desarrollo de las células y sus estructuras, así como dinamismo y organización, los procesos de envejecimiento celular, de los tejidos y de los órganos y los mecanismos generales de la producción de enfermedades, entre otros.” (art. 8.2).*

Cabe indicar que se presentó recurso de inconstitucionalidad contra dicha ley promovido por el Grupo Parlamentario Popular, estimándose parcialmente el mismo en la sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre. Se declaró “*a) que el inciso «o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes» (remisión genérica) del art. 5.1 de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación de Embriones o Fetos Humanos sólo es constitucional interpretado en los términos contenidos en el fundamento jurídico 12; b) La inconstitucionalidad y nulidad del inciso «con las adaptaciones que requiera la materia» del art. 9.1 de la citada Ley; c) Desestimó el recurso en todo lo demás.”<sup>28</sup>*

#### **5.2.4. Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Asistida**

En la Ley 35/1988, en su art. 21, ya determinaba la creación de una Comisión “*dirigida a orientar sobre la utilización de estas técnicas, a colaborar con la Administración en cuanto a la recopilación y actualización de conocimientos científicos y técnicos, o en la elaboración de criterios de funcionamiento de los Centros o*

---

<sup>28</sup> Fundamento jurídico 12 de la STC 212/1996, de 19 de diciembre: “*Entienden los recurrentes que el art. 5.1 inciso final, de la Ley 42/1988 vulnera la precisa reserva de ley contenida en el art. 53.1 C.E. al determinar literalmente: «Toda actuación sobre el embrión o feto vivo en el útero será de carácter diagnóstico terapéutico o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes». Esta última remisión a las «disposiciones normativas», vigentes implicaría, en su opinión, una deslegalización contraria a la citada reserva de ley. La tramitación parlamentaria del precepto pone, desde luego, de manifiesto que con esta formulación no se ha querido aludir sino a los supuestos de aborto no punible del art. 417 bis del derogado Código Penal, precepto sin embargo mantenido en vigor en virtud de la excepción contenida en la disposición derogatoria única del Código vigente. De hecho, y con independencia de lo anterior, en el contexto de un pronunciamiento de principio tan radical como el que en el precepto se contiene, es ése el único sentido que cabe atribuirle, e incluso, la única interpretación que quepa considerar lógica. En estos términos y ante el evidente déficit de precisión del precepto, sólo un pronunciamiento interpretativo por nuestra parte puede satisfacer las evidentes exigencias del principio de legalidad en esta materia. El precepto es constitucional en la medida en que las «disposiciones normativas vigentes» del art. 5.1 de la Ley 42/1988 no aluden sino al referido, y aún vigente, art. 417 bis del derogado Código Penal.”*





*Servicios donde se realizan las técnicas de Reproducción Asistida, a fin de facilitar su mejor utilización*". Se organiza con un órgano de presidencia,

Es de aquí de donde surge el Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo y por ende, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida. La regulación de dicha comisión se ha ido desarrollando, debido a las importantes modificaciones que se han dado con respecto a la normativa de las TRA, como se ha indicado.

Pasando del *"Real Decreto 906/2007, de 6 de julio, modificó el Real Decreto 415/1997, introduciendo nuevas funciones que la Ley 14/2006, asignó al Órgano colegiado y constituyendo una Comisión Técnica que facilitara el trabajo del Pleno"*<sup>29</sup> y finalmente desembocando en el Real Decreto que nos ocupa en este apartado.

Así, en su art. 1 se exponen las funciones principales que lleva a cabo esta comisión, que son *"asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, elaborar criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde las técnicas se realizan"*, que se concretan más adelante en las funciones que se enumeran en el art. 5 de este decreto, entre las que se destacan *"informar sobre el desarrollo y actualización de conocimientos científicos, en relación con las técnicas de reproducción asistida contempladas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Estudiar, actualizar y proponer listas de enfermedades genéticas y hereditarias que pudiendo ser objeto de diagnóstico genético preimplantatorio, reúnan dudas o incertidumbres acerca de su inclusión en los supuestos recogidos en el artículo 12.1 de la Ley 14/2006; asesorar a las Administraciones competentes, en la elaboración, desarrollo y aplicación de la normativa sobre reproducción asistida"*, entre otras.

#### **5.2.5. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida**

El continuo avance tecnológico sobre las técnicas de reproducción asistida, debido al auge de las mismas en nuestro país, ha llevado a plantearse la posible modificación de la Ley 35/1988 que, a pesar de la reforma que se llevó a cabo con la

---

<sup>29</sup> Preámbulo de Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.



anterior Ley 45/2003 citada, no llegaba a regular del todo o con mayor efectividad dichos avances biotecnológicos.

Como consecuencia de ello se produjo la derogación de esta última (así como la de la ley 45/2003) por parte de la Ley 14/2006.

Esta ley es la vigente en este ámbito de la biomedicina y pretende a actualizar los parámetros jurídicos de las TRA, de manera que en su art. 1 se expone que la finalidad de la misma es regular la aplicación de las TRA (de igual manera lo expone la Ley 35/88).

Estructurada en 28 artículos y cinco disposiciones, la principal característica y modificación que encontramos en esta nueva ley tiene relación con la implantación en la sociedad del *derecho a procrear*, lo que ha generado la necesidad de regular las TRA como técnicas para “crear vida” y no tanto como técnicas con fines terapéuticos, como así disponía la Ley 35/1988<sup>30</sup>.

En cuanto al preembrión, en su art.1.2 lo delimita de manera diferente a la Ley 35/1988, es decir, 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.*” Con ello, observamos que en la vigente ley se pretende mantener la línea de la derogada, con el fin de seguir delimitando el embrión o del feto del preembrión: el embrión o feto gozan de una clara protección jurídica, mientras que la consideración como ser humano del preembrión se sigue discutiendo, siendo el núcleo de dicha discusión el entender si en el momento de la concepción ya se puede hablar de vida humana o no.

Así, los catorce días que se establece, sirven para concretar cuándo hablamos de preembrión o cuándo hablamos de embrión o feto, puesto que se entiende que hasta que se cumple dicho límite no existe información hereditaria y, por tanto, “*los embriones no podrán ser objeto de experimentación alguna, salvo que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico o estuvieran muertos*”<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., “*La reproducción asistida y su régimen jurídico*”. Editorial Reus S.A., Madrid 2012. Págs. 13-17.

<sup>31</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ F.J., “*La reproducción asistida y su régimen jurídico*”. Editorial Reus S.A., Madrid 2012. Pág. 18



Por otro lado, observamos que esta ley incluye diferentes TRA que, en su momento no abarcaban las leyes derogadas, ya que en sus disposiciones se encontraba una estricta lista de las técnicas que se permitían. De esta forma, en la vigente ley se admite la posibilidad de un diagnóstico genético preimplantacional, mediante el cual se consigue saber si el feto o el embrión porta alguna enfermedad genética y si esto es así, dar el tratamiento adecuado para prevenirla. Si no fuera posible, se opta por la selección de embriones sanos y se excluyen los enfermos<sup>32</sup>.

### **5.3. Protección jurídica del embrión procedente de técnicas de reproducción asistida en el Ordenamiento Jurídico español**

En relación con lo planteado en este trabajo en cuanto a la personalidad jurídica del *nasciturus*, entendemos que por analogía se podría aplicar el mismo problema al embrión en las técnicas de reproducción asistida puesto que la discusión que se plantea entorno al *momento desde que existe personalidad jurídica* parte desde el Derecho Romano, y sigue planteándose hoy en día.

Al preembrión se le podría denominar también *nasciturus*, ya que se trata de una “esperanza de vida”, existe claramente una concepción del que va a nacer. Como veremos más adelante, hay una diferencia entre el preembrión y el embrión.

No obstante, el estatuto jurídico del embrión se desliga en cierta medida de la problemática sobre el *nasciturus*, actualmente a raíz de la controvertida discusión sobre el aborto<sup>33</sup>. A pesar de que el desarrollo de la legislación sobre el preembrión extracorpóreo tenga como común denominador de la regulación jurídica sobre la protección del *nasciturus* en nuestro ordenamiento jurídico, las situaciones de cada sujeto objeto de controversia son diferentes: por un lado, el *nasciturus* se concibe dentro del seno materno, mientras que el preembrión extracorpóreo en algunas ocasiones no (fecundación in vitro, por ejemplo).

A partir de esta reflexión, sabemos que las TRA tuvieron un impacto en la sociedad, y lo que antes era penalizado como aborto, a finales de los setenta, se ha ido considerando hasta hoy en día con ciertos límites.

---

<sup>32</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida”. Revista de la Escuela de Medicina Legal, UCM, Madrid 2007. Pág.45

<sup>33</sup> HUNG GIL, F.A., “Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido”. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. Págs. 106-108.



El embrión (que no preembrión) se consideraba persona humana con cierta personalidad jurídica, a pesar de que no siguiera curso normal de gestación y, por tanto, de que se eliminase o “desechase”. De esta manera, se enfrentaron diferentes doctrinas en los países europeos, llegando a la conclusión de que se pueda permitir abortar, pero únicamente en unos casos concretos.

Con todo ello, se observa que, en cuanto a la regulación de la protección del *nasciturus* en nuestro ordenamiento jurídico, y la cuestión que se plantea sobre el momento a partir del cual comienza a tener personalidad jurídica, también se plantea en los supuestos de las TRA sobre el embrión. Sólo conociendo su estatus, se podrá delimitar mejor la legislación acerca de estos instrumentos.

Cuestión que no sólo podemos responder con la medicina o el Derecho, sino que debemos acudir a respuestas éticas e incluso filosóficas.

La concepción filosófica del comienzo de la vida humana plantea muchos interrogantes ya que mediante la filosofía se busca la verdad absoluta, mientras que el Derecho pretende solucionar dichas lagunas jurídicas, de una manera abstracta y con otros métodos prácticos de observación.<sup>34</sup>

Todas las cuestiones que se han podido plantear y que tratan de solucionar los límites de lo lícito con lo prohibido, han dado resultado a un sistema normativo en el ordenamiento jurídico español en cuanto a la protección del embrión, que no se asemeja a la protección jurídica del concebido, a pesar de que el fondo de la discusión sea el mismo: *¿cuándo podemos comenzar a hablar de vida y, con ello, de ser humano?*

Esta pregunta se ha respondido de distintas maneras y que se relacionan con los diferentes estadios que alcanza en el *desarrollo embrional*, desde la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide, hasta el momento en el que hablamos de embrión, teniendo se habla de embrión cuando ya ha anidado el óvulo fecundado en el útero.

Por un lado, hay quienes entienden que se crea vida desde que se produce la penetración del espermatozoide en el óvulo, es decir, hay fecundación. Desde este

---

<sup>34</sup> DE MIGUEL BERIAIN, I., “*El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*”. Editorial Comares, Granada 2007. Págs.129 a 166.



momento hablamos de *ovocito pronucleado*, y es el momento en el que se entiende pro algunos que hay vida. Pero, ¿se podría hablar realmente de ser humano?<sup>35</sup>

Ante esta pregunta hay quienes plantean que podemos hablar de ser humano desde que se forma el ADN, y a partir de aquí ya hablamos de *cigoto*. Los que entienden este momento a partir del cual se puede hablar de vida humana lo fundamentan en que hay un nuevo ADN que es distinto al de los portadores del espermatozoide y del óvulo que han sido fusionados. Se trata de “*un nuevo ser de la especie humana, que se traduce en una nueva realidad humana única, distinta, original e irrepitable*”<sup>36</sup>

Posteriormente, dicho cigoto anidará en el útero, lo cual acontecerá a los 14 días desde la creación del *ovocito pronucleado*. Y se trata de la finalización del *proceso embrional*.

La mayoría de la doctrina acepta este momento como en el que a partir de él comienza la vida. Incluso la Ley 14/2006, de 26 de mayo, así lo determina en su art. 1.2: “*A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión 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.*” Por lo tanto, a partir de esos 14 días desde que se produce la fecundación, se puede decir que hay vida humana, de manera que se diferencia claramente el preembrión del embrión.

Esta teoría suscita la siguiente cuestión, la cual es si se entiende que hay vida a partir de ese plazo, ¿el preembrión no se considera ser humano? La respuesta a esta pregunta viene a partir de que según el *proceso preembrional* pueden ocurrir ciertas circunstancias que hagan que el concebido no consiga ser un ser “único” (que es realmente en lo que se fundamenta esta teoría), y que se forme otro sujeto con el mismo ADN. Por ello se cuentan estos 14 días, puesto que ya no hay posibilidad de gemelación.<sup>37</sup>

Esta última teoría nos conduce a la siguiente, que determina que se debe comenzar a hablar de ser humano cuando exista actividad cerebral en el sujeto. Esta

---

<sup>35</sup> PELLICANO, J.A., “*La protección al concebido en Roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*” XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires, 15,16 y 17 de septiembre de 2004. Pags.21-23.

<sup>36</sup> PELLICANO, J.A., Op cit.

<sup>37</sup> PELLICANO, J.A., Op cit.



relación entre estas teorías se da por el hecho de que, cuando ya hablamos de embrión, ya comienza a desarrollarse en el mismo la formación del sistema nervioso central.

Con todo ello, observamos que las distintas teorías doctrinales sobre esta debatida cuestión se utilizan, posteriormente, para fundamentar la distinta regulación legislativa sobre el nasciturus. Al no existir una teoría totalmente consolidada, el legislador se encuentra con la prerrogativa de articular distintas herramientas para delimitar qué se puede hacer y qué no. Y esto da a lugar a diferentes contradicciones en las distintas leyes. Por ejemplo, si entendemos que el *ovocito* “no es humano” podremos intervenir en él, de manera que las TRA pueden ser de aplicación, sobre todo cuando lo que se pretende es llevar a cabo actividades de investigación sobre el mismo, congelarlos o “desecharlos”

Esto se relaciona con la protección del concebido que no es extracorpóreo. En los dos casos se entiende que hay vida (“esperanza de vida”) y que, por tanto, hay que protegerla. Al preembrión no se le tiene por nacido, ni por vida humana, cosa que no ocurre cuando hablamos de embrión, lo que nos lleva entonces a saber que sobre el preembrión sí se puede intervenir.

No obstante, en el caso del concebido no nacido hemos visto que la regulación española trata de protegerlo “*a todos los efectos favorables*”, ya que se retrotrae la personalidad (y con ello los derechos que vienen ligados con la misma), que se entiende que tendrá cuando se produzca “*el entero desprendimiento del seno materno*”.

De esto se infiere una cierta diferencia en ambos supuestos: en el caso del preembrión no se le está otorgando ninguna protección, a pesar de que se puede considerar literalmente un concebido no nacido. Por tanto, a mi entender, a pesar de que el núcleo de esta discusión es el mismo, el tratamiento jurídico que se le ha dado es diferente, a pesar de que sean iguales. El problema es el mismo pero las herramientas jurídicas son distintas. Pienso que esto puede ser porque las circunstancias en las que se fecunda uno u otro son, claramente, diferentes.

Y entiendo que es diferente puesto que al nasciturus se le aplica personalidad jurídica siempre y cuando efectivamente sean efectos favorables. A pesar de que, para la investigación con los preembriones solo será posible cuando se cumplan ciertos



parámetros que marca la ley, ¿puede considerarse como *efecto favorable* el que se puedan congelar o desechar si dicho ovocito porta alguna enfermedad o deficiencia genética?

Esto no ocurre del todo con el embrión. Al embrión ya se le tiene por nacido, incluso aunque esté congelado. De esta manera, como con el *nasciturus*, se le está otorgando personalidad jurídica y derechos de manera jurídica.

Sin embargo, y esto nos lleva a otro punto que no se ha tenido en cuenta y es que la existencia del embrión es en realidad efectiva. En realidad, se está aplicando en cierta medida lo mismo que el concebido no nacido al embrión, cuando las realidades son distintas.

### **5.3.1. El preembrión**

Como ya hemos adelantado, se diferencian al preembrión del embrión, en cuanto a la fase del proceso en el que se encuentre el ovocito fecundado. El preembrión, como su nombre indica, es anterior a la anidación del mismo en el útero materno, momento a partir del cual se comienza a hablar de embrión. Ello hace que podamos englobar dentro del término a los embriones que se han fecundado in vitro o que son crioconservados.

Este término se ha venido utilizando para determinar el alcance de la aplicación de las leyes, pero realmente, el alcance de su significado es discutido, puesto que, a diferencia del embrión que sí es considerado como un ser humano que va a nacer, al preembrión no se le considera como tal. De esta manera, esos preembriones, por ejemplo, crioconservados se ven desprotegidos por el Ordenamiento Jurídico.

Esta laguna es debido al interés de poder llevar a cabo esta actuación de experimentación con los preembriones y, con ello, no entrar en las dificultades morales o éticas de la licitud de dichas prácticas.

De esta manera, ese interés se plasmó desde un principio en el ya citado en este trabajo, Informe Palacios, el cual se ve bastante influenciado por el Informe británico del Comité Warnock que se llevó a cabo con el mismo fin del Informe Palacios, y en el que se introduce el término preembrión por primera vez, el cual fue elaborado por la



científica británica Jeanne MacLaren<sup>38</sup>. En este Informe se determinaba, por consiguiente, que existirá embrión a partir de los 14 días desde que se produzca la fecundación.

Este límite temporal que separa la vida humana del preembrión fue propuesto por MacLaren y aceptada por el resto del Comité con el fin de zanjar las discusiones que se presentaban incluso dentro del propio Comité. A tenor de ello, en el Informe Warnock se dan dos justificaciones a la aplicación de dicho límite y son, por un lado, el hecho de que este plazo es útil para los científicos ya que aporta tiempo para que puedan llevar a cabo sus investigaciones y, por otro lado, porque biológicamente, estos 14 días se corresponden con una de las fases del proceso embrional (como ya hemos desarrollado anteriormente)<sup>39</sup>

Por lo tanto, observamos que el término preembrión es una construcción o invención para definir algo sin casi base científica. Este término está en desuso dentro de la literatura científica, pero se sigue utilizando en cierta medida por la literatura jurídica.

En nuestro ordenamiento Jurídico, el término preembrión es muy poco utilizado. Por ejemplo, si acudimos a la Ley 14/07, de 3 de julio, de investigación biomédica, observamos que en su art. 3 se establecen una serie de definiciones, dentro de las que se encuentra la definición de embrión<sup>40</sup>, que se aplican a efectos de esta Ley. En este artículo no hay definición del preembrión, únicamente de embrión, sabemos que la doctrina los diferencia. Y, por tanto, al no estar citado como tal, existe una laguna jurídica sobre el preembrión que es aprovechada para poder practicar actividades de investigación y demás con los cigotos<sup>41</sup>

Por otro lado, sí se define en la Ley 35/1988 por primera vez, estableciendo que se considerará a efectos de dicha ley al preembrión como “*grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta*

---

<sup>38</sup> GUILLEM-TATAY, D., Op cit.

<sup>39</sup> FERRER, M. Y PASTOR L.M., “*Génesis y uso del término «pre-embrión» en la literatura científica actual*” Artículo publicado en el entorno virtual de la Universidad La Sabana.

<sup>40</sup> Ley 14/07, 3 de julio, art. 3 1): “<< Embrión>>: *fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener.*”

<sup>41</sup> GUILLEM-TATAY, D., “*El estatuto jurídico del embrión humano. análisis crítico de la ley 14/07, de 3 de julio, de investigación biomédica*”. Artículo Revista Jurídica. Págs. 9-13.





*aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero y aparece en él la línea primitiva”.*

El hecho, de no dotar al preembrión de autonomía, nos lleva a plantearnos que en realidad se le determina como un componente más del cuerpo humano, suele ser de la madre. Esta construcción la podemos ver mejor reflejada en la misma Ley 14/2006, donde el artículo 11 determina lo siguiente: *“Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son: a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge. b) La donación con fines reproductivos. c) La donación con fines de investigación. d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores”.*

De esta manera, ¿podemos entender que en realidad al preembrión se le está dando la naturaleza jurídica de “cosa”? Al separar al preembrión del embrión, se está entendiendo que es el embrión el que tiene esa autonomía necesaria para poder determinarlo como ser humano, sin tener en cuenta que la formación del propio embrión proviene del desarrollo de los gametos, y anteriores a ellos, de la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide.

En consonancia con lo anterior, al tener el preembrión consideración como un bien o un objeto, *“éste vendría considerado como una entidad biológica susceptible de prestar una utilidad al hombre (de reproducción, investigación o experimentación), con individualidad propia, y sobre la cual se ejerce un derecho de dominio, ya sea por la pareja o mujer sola que se ha sometido a la técnica, ya sea por parte del centro médico en el que se encuentran crioconservados.”*<sup>42</sup> Y es de esta consideración de lo que posteriormente viene a regular la propia Ley 14/2006, como un derecho de propiedad privada sobre los gametos, por parte de los padres o incluso de las clínicas de fertilización donde se encuentren crioconservados los gametos, una vez que pase el plazo que establece la ley a los padres de esos gametos para que puedan utilizarlos o no;

---

<sup>42</sup> FEMENÍA LÓPEZ, P. J., “Embrión”. Artículo expuesto en la Enciclopedia virtual de Bioderecho y Bioética. Director Carlos María Romeo Casabona.



de manera que se pueden hasta donar de manera no onerosa dichos gametos o preembriones. Esto se refleja en el art. 5 de la citada ley.

Este derecho de disposición que nace por la consideración del preembrión como cosa y que, en consecuencia, es susceptible de apropiación, se puede manifestar en los casos que consistan en crisis de pareja que puedan existir, de manera que dichas parejas, entre ellos o entre ellos y el centro, llegan a discutir sobre la propiedad del gameto en cuestión, llegando a ser el mismo, por tanto, objeto litigioso de un procedimiento de divorcio y de liquidación de bienes gananciales. Esta atribución de *“un interés de propiedad sobre los preembriones y el material genético se basa en los modelos de personalidad lockianos y en los que presuponen que los individuos somos propietarios de nuestro cuerpo y, por tanto, también de la información genética.”*<sup>43</sup>

En cuanto a la actuación de los tribunales sobre el tema al respecto, son numerosos los que entienden al preembrión como una *“categoría intermedia susceptible de respeto por su potencial”*<sup>44</sup>

#### **5.4. Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistidas en distintos países. Derecho Comparado.**

La regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida no es la misma en los distintos países del mundo, incluso dentro del ámbito de la Unión Europea hay regulaciones específicas distintas de lo regulado en nuestro Ordenamiento Jurídico, de manera que se puede decir que la regulación europea al respecto es heterogénea.

Una manera de clasificación breve de dichos países puede ser *“según el tipo de regulación legal existente en la materia:*

- *Países con legislación específica vigente sobre técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria: Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra y Alemania.*
- *Países con proposiciones de ley: Francia, Portugal, Italia, Austria y Bélgica.*

---

<sup>43</sup> FARNÓS AMORÓS, E., *“Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones”*. Atelier, libros jurídicos. 2001, Barcelona. Págs. 137 y ss.

<sup>44</sup> FARNÓS AMORÓS, E, Op cit.



- *Países con medidas legales (Decreto ley o normativas): Portugal; Bulgaria, Antigua URSS, Republica Checa, Hungría, Austria.*
- *Países con recomendaciones de tipo medico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos: Irlanda y Suiza.”<sup>45</sup>*

A partir de ello, nombraremos algunas de las regulaciones de dichos países a destacar.

- Alemania

Alemania, junto a Italia, Suiza y Noruega, son cuatro de los países en los que se aplican las normas más restrictivas en cuanto a las TAR.

En Alemania, se aplica la Ley Alemana de protección del 12/12/1990. Lo característico de la regulación de Alemania es que únicamente se aplica las TAR con el fin de que la mujer quede embarazada. De esta manera, es obligatorio que se implanten en la mujer los tres embriones (está prohibido que sean más de tres) obtenido.

De esta manera, a diferencia de España, se excluyen las posibles utilizaciones de las TAR con fines como la crioconservación de embriones o la fecundación de embriones con el fin de experimentar con ellos, la clonación o la fecundación *post-mortem*. Tal es dicha restricción que se llega a penalizar con pena privativa de libertad<sup>46</sup>.

- Italia

En Italia, en cuanto a las TRA se encuentra la Ley 40/2004 y, como ya hemos citado anteriormente, es otra de las leyes más restrictivas de Europa ya que, como en Alemania, solo se podrán llevar a cabo dichas técnicas cuando el fin sea que la mujer quede embarazada y no existan otros métodos con los que se pueda lograr tal propósito, siempre y cuando sean gametos de la pareja (vivos) y no de terceros. De ello se desprende, que únicamente podrán ser clientes que puedan utilizar estas técnicas, las

---

<sup>45</sup> CUBILLOS, J.M., “*Técnicas de reproducción asistida: Status Jurídico del Embrión Humano*”, Ciudad de Mendoza, Argentina. 2003. Texto extraído de la pág. 18.

<sup>46</sup> PELLICANO, J.A., “*La protección al concebido en Roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*”. XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires. 15,16 y 17 de septiembre de 2004. Págs. 32 a 35.



mujeres que se encuentren casadas o que tengan una relación con un varón<sup>47</sup>, mientras que, en España, pueden ser usuarias de las TRA la mujer soltera.

- Francia

En cuanto a lo establecido en la ley propia de Italia, Francia guarda relación en cuanto a los requisitos que establece su propia normativa (Título VII, Sección IV del Código Civil francés virtud de las reformas de la anterior ley de 1994, regula la reproducción asistida), de manera que se excluye la posibilidad de la fecundación *post mortem*, así como la maternidad subrogada o “vientre de alquiler”. No obstante, se asemeja con la normativa española en que cabe la intervención de un tercero, puesto que se expone que “*un embrión sólo puede ser concebido in vitro, con gametos procedentes de, al menos, uno de los miembros de la pareja, él cual deberá haber dado el consentimiento*”<sup>48</sup>

Por otro lado, cabe mencionar dentro de la normativa francesa, al Comité Nacional de Ética francés, cuyo papel ha sido fundamental en el desarrollo de la legislación francesa sobre las TRA, ya que ante él se han planteado diversas cuestiones acerca cuyas respuestas han sido tomadas en cuenta para la elaboración de leyes.<sup>49</sup>

- Inglaterra

La normativa inglesa es la que más se asemeja a lo regulado en nuestro Ordenamiento Jurídico. Es preciso recordar que la primera Ley sobre Reproducción Asistida que se promulgó en nuestro país tiene como antecedente el Informe Warnock, del que, como hemos visto, se han extraído numerosas consideraciones que han servido de base para nuestra regulación en cuanto a dichas técnicas (entre ellas la definición de preembrión).

Por ello, en Inglaterra se permite, a diferencia de Alemania, Italia o Francia, que la usuaria sea madre soltera; la crioconservación y experimentación con embriones; y la intervención de un tercero en la utilización de la técnica.

---

<sup>47</sup> GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “*Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado.*” Cuadernos de Bioética, 2011, XXII (Mayo-Agosto). Págs 202- 204.

<sup>48</sup> GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “*Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado.*” Cuadernos de Bioética, 2011, XXII (Mayo-Agosto). Pág. 204.

<sup>49</sup> VEGA M., VEGA J., MARTÍNEZ BAZA P., “*Regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito europeo*” Bioética y Política. Comentarios Jurídicos.2004



- Estados Unidos

Al igual que en Gran Bretaña y España, en Estados Unidos también se permite la crioconservación de embriones. Por otro lado, como diferencia fundamental de la normativa estadounidense, es la permisión de la utilización de la maternidad subrogada, si bien es cierto que ello no siempre va a ser así en todos sus estados. Esta técnica de reproducción asistida se encuentra recogida en la legislación de diecisiete estados norteamericanos: Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin.<sup>50</sup> Esto no es así en el ámbito europeo ya que la maternidad subrogada se prohíbe expresamente en algunos países (como Alemania e Inglaterra) y en otro ni siquiera se pronuncian al respecto.

En otro orden, también se permite la crioconservación y la experimentación con embriones en algunos estados, mientras que en otros se prohíbe.

## 6. Conclusiones

A la hora de analizar la protección que recibe el *nasciturus* por parte del Ordenamiento Jurídico español, observamos que no es del todo diferente en diferentes sistemas jurídicos, puesto que hay que tener en cuenta que las normas jurídicas de los mismos tienen un común denominador: y es lo regulado desde el Antiguo Derecho Romano, cuyas normas han servido hasta ahora para resolver problemas jurídico actuales, bien sea al existir lagunas jurídicas a determinados supuestos, sin existir una solución mayoritaria, o bien por ser supuestos con diversas soluciones contradictorias.

En cuanto a los derechos y bienes favorables que se intentan proteger del *nasciturus* en sí, son numerosos, sobre todo en el ámbito del derecho sucesorio. No obstante, debido a la polémica, sobre todo social, que surge a la hora de calificar la naturaleza jurídica del *nasciturus*, el derecho más evidente que se debería proteger del mismo no está recogido como tal en nuestra Constitución. Es decir, no se aplica al mismo el derecho fundamental de la vida recogido en el art. 15 de nuestra Constitución.

Lo que se hace para dar solución, y para proteger al que va a nacer es fundamentar que existe un *potencial de vida* humano y que, por ello, esa esperanza de

---

<sup>50</sup> CUBILLOS, J.M., “Técnicas de reproducción asistida: Status Jurídico del Embrión Humano”, Ciudad de Mendoza, Argentina. 2003.Pág.22



vida se debe proteger. Se le otorga una especial personalidad jurídica al *nasciturus*, de manera que se le tendrá por “vivo” a los efectos que le sean favorables, con la condición resolutoria de su efectivo desprendimiento del seno materno y, por ende, su nacimiento.

En realidad, lo que se hace es otorgar, desde un punto de vida jurídico, vida al *nasciturus*, a pesar de que sea una realidad existente. Vida que se le otorga porque se entiende que hay dignidad de la persona, y que dicha persona se encuentra en una situación de desamparo jurídico.

Todo ello, nos lleva a preguntarnos “¿qué es la vida?”, una pregunta que se suele contestar sobre todo con la bioética. No obstante, debemos tener en cuenta que somos seres que evolucionamos, nuestra sociedad cambia constantemente, y con ello, los derechos y la ética cambia. Por tanto, lo que hoy se supone que es verdad, puede que no lo sea en un futuro ya sea cercano o lejano.

Y con la evolución, como ya hemos explicado en la primera parte de este trabajo, los métodos de concepción también forman parte de esta polémica.

Independientemente de que el fundamento deba ser otro, la solución de proteger al *nasciturus* está aceptado en nuestro Ordenamiento Jurídico. Y esto es así para los casos en los que el concebido no nacido lo es dentro del seno materno y sin intervención externa de su fecundación.

Esto no es así cuando hablamos de los concebidos no nacidos originados por las TAR. Y es que, como hemos visto, se ha establecido una diferencia entre el preembrión y el embrión, de manera que la naturaleza jurídica que otorga el Ordenamiento Jurídico a este último se asemeja a la del *nasciturus*: una especial protección jurídica, dotándolo de personalidad jurídica con limitaciones.

Esta división cuya fundamentación se encuentra en una base biológica, es fruto también de una solución jurídica.

Ya hemos visto que muchas de las respuestas no se han encontrado en el Derecho, sino más bien en la Biomedicina, y Biojurídica. El papel del Derecho en este caso ha sido delimitar los supuestos que se van a considerar lícitos o ilícitos, trayendo a



colación su base jurídica del derecho romano, en cuestión a lo establecido ya sobre el *nasciturus*.

Esta valoración ha conseguido que se creen nuevos derechos o nuevas limitaciones que no se habrían llevado a cabo sin un previo avance tecnológico que suponga una innovación en el pensamiento social. Sin embargo, el Derecho ha ido siempre precedido a estos avances y, como hemos observado en lo analizado, se puede llegar a quedar incluso obsoleto. De esta manera, hemos visto que los juristas romanos intentaban solucionar los distintos problemas jurídicos que se les iba planteando, pero hoy en día la ciencia, la investigación y la experimentación han avanzado de tal manera que están tocando puntos o descubriendo ciertos límites que el Derecho todavía ni siquiera se lo puede imaginar.

Y esto, a mi entender, es así porque no es tarea del Derecho dar una respuesta concreta, sino plasmar esas repuestas o esas valoraciones en las normas jurídicas que se vayan creando y, con ello, delimitar determinadas actuaciones que se considerarán contrarias a los principios del Ordenamiento Jurídico (o no). Es decir, si no hay un consenso que determine cuándo hay vida y cuándo no, el Derecho muy poco puede hacer a la hora de poder concretarla. Lo que puede hacer, por tanto, es plasmar lo ya reconocido (de ahí que el Derecho siempre vaya en una segunda posición en cuanto a la evolución de la sociedad).

La consecuencia de la valoración jurídica que lleve a cabo el Derecho en ciertas situaciones conlleva a que, a partir de esa valoración, se decide si *“esa realidad ha de ser protegida por el derecho y con qué intensidad, lo que a su vez ha de responder a qué sectores del ordenamiento jurídico (derecho civil, administrativo, penal) se encomienda tal tarea y frente a qué comportamientos (agresiones) que puedan dañar ese bien.”*<sup>51</sup>

Esto lo que crea al final es que se sigan debatiendo problemas a los que se ha intentado dar una solución la cual se encuentran en esas diferentes leyes, pero las cuales presentan contradicciones entre sí: ¿se puede entender complementario el hecho de que nuestra Constitución recoja como derecho Fundamental en su artículo 15 el derecho a la vida, y por otro lado, que en la Ley 14/2006 se regule como fin a los preembriones

---

<sup>51</sup> CASABONA, C.M.R., *“Genética y derecho”*. Astrea. Buenos Aires, 2003. Texto extraído de la página 190.



sobrantes la destrucción de los mismos? A lo mismo podemos añadir lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, que “*resolvió contra la despenalización del aborto y propuso que se estableciera un sistema legal para la defensa de la vida*”<sup>52</sup>. Pero, por otro lado, la ley permite a la mujer abortar siempre y cuando el feto tenga la consideración de preembrión y no de embrión.

De aquí extraigo la idea de lo importante que es dar nombre a lo que debe ser nombrado. Como el preembrión no goza de ningún tipo de naturaleza jurídica, no se le protege. Y con ello, en definitiva, la función del Derecho a mi entender, consistiría en “*descubrir cuáles son los nuevos valores ético-sociales necesarios para enfrentar la nueva realidad, cómo se van creando, y cómo integrarlos en el Derecho.*”<sup>53</sup>

Como hemos desarrollado, hoy en día en España (a diferencia de diferentes países europeos) se pueden utilizar los embriones sobrantes de un proceso de fecundación para investigar las posibles “deficiencias” genéticas o enfermedades que puedan portar; clonarlos y mejorarlos. Seríamos una especie más avanzada, por el hecho de que, con estas técnicas mejoraríamos, forzando un proceso de selección artificial (que no natural en este caso) que daría como resultado a seres humanos mejorados genéticamente. Esto acarrearía muchas consecuencias en el ámbito social puesto que podríamos vernos sometidos a una especie de proceso selección genética para determinar si somos “mejores” o “peores”, de tal manera que estas últimas podrían sufrir un tipo de discriminación, pro haber sido concebidos de manera natural.

De esta forma y en este plano de un futuro (no muy lejano), se podría dar el hecho de que fuesen estas técnicas de reproducción asistida la regla general, y no la excepción, con todo lo que ello implicaría y provocando un desequilibrio en nuestra especie humana. Este futuro hecho, en el ámbito jurídico tendría repercusión puesto que las personas que hayan decidido no tener hijos por medio de la manipulación genética se enfrentan al riesgo de que dichos hijos presenten problemas de salud, por lo que en el ámbito de seguros que nos brindaría el Estado, se convertiría en casi excepcional y únicamente para los concebidos mediante la ingeniería genética.

---

<sup>52</sup> PAZ, S., “*Los derechos humanos en la reproducción asistida*”. Ed. Pirámide. Madrid 2005. Pág. 107.

<sup>53</sup> JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., “*Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos.*” Comares S.L., Granada, 2008. Pág. 242





En este sentido, las TAR es un avance científico que debe procurar una regulación cuidadosa y específica, ya que, si bien es cierto que la ingeniería genética ha ayudado a procurar bienestar y salud, no debemos verlas como la regla general, porque seríamos lo que nuestra genética dice de nosotros. Nos podríamos ver limitados en todos nuestros aspectos de nuestra vida, por ser portadores de un gen que puede que nos afecte a nuestra salud en un futuro (que puede que no se manifieste nunca), de tal forma que seríamos “imperfectos”.

## 7. Bibliografía

- ALISTE SANTOS, T.J., “*Acerca de la subjetividad jurídica del nasciturus*” Revista Escuela de Derecho Año 6, Número 6, 2005.
- ALVARADO CHACÓN, J.R., “*La persona en el derecho romano y su influencia en el sistema jurídico de la América Latina*”. Universidad de Carabobo, Venezuela. Trabajo publicado en el ANUARIO Vol. 25 del Instituto de Derecho Comparado
- CASABONA, C.M.R., “*Genética y derecho*”. Astrea. Buenos Aires, 2003.
- CUBILLOS, J.M., “*Técnicas de reproducción asistida: Status Jurídico del Embrión Humano*”, Ciudad de Mendoza, Argentina. 2003
- DE CASTRO CID, B., “*Biotecnología: La nueva frontera de los Derechos Humanos*”, Madrid: Universidad de Alcalá. 2002.
- FARNÓS AMORÓS, E., “*Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*”. Atelier, libros jurídicos. Barcelona, 2011.
- GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “*Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado.*” Cuadernos de Bioética, 2011, XXII (Mayo-Agosto).
- GÓMEZ, SÁNCHEZ, Y., “*El derecho a la reproducción humana*”. Marcial Pons S.A. Madrid 1994.
- HERRERA CAMPOS, R., “*La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española*”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. Campus Universitario de Cartuja. Granada 1991.
- HUNG GIL, F.A., “*Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido*”. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.



- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., “La reproducción asistida y su régimen jurídico”. Ed. Reus S.A. Madrid 2012.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., “*Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos.*” Comares S.L., Granada, 2008
- PAZ, S., “Los derechos humanos en la reproducción asistida”. Ed. Pirámide, Madrid 2005.
- PELLICANO, J.A., “*La protección al concebido en Roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*”. XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires. 15,16 y 17 de septiembre de 2004.
- RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., “*Comentario a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida*”, Universidad de Salamanca, 1991
- RIOS, A., El nasciturus de la Antigua Roma a la realidad venezolana. Artículo subido al portal web Scribd el 9 de abril de 2011.
- SEVILLA BUJALANCE, J.L., La protección del concebido no nacido en nuestro Derecho, profesor de la Universidad de Córdoba. Artículo publicado en Cuadernos de la Real Academia de junio de 2010.
- VEGA M., VEGA J., MARTÍNEZ BAZA P., “*Regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito europeo*” Bioética y Política. Comentarios Jurídicos. 2004
- **Legislación**
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida.
- Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
- Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Asistida
- **Fuentes**
- Celso D. 38.16.7
- Gayo, I.89
- Gayo, 1.147
- Inst., 1.5.4
- Juliano D 1, 5, 26



- Marciano, D.1.5.5.2-3
- Paulo, D.2.24.1-3
- Paulo D. V, 4,3
- Ulpiano D.1.5.18
- Ulpiano, D. 25. 4.1
- Ulpiano D. 38.16.1.8
- **Jurisprudencia**
- Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril de 1985, sobre el aborto
- Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de diciembre de 1996.