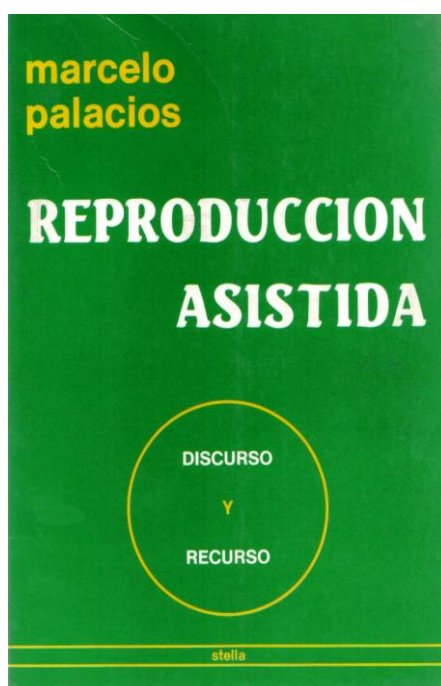


Terminología¹

2002

La vida humana -Fecundación -Gestación -Nasciturus -Viabilidad
El preembrión -El nuclóvulo -Aborto y Preembrión -La persona

Marcelo Palacios
Presidente del Comité Científico de la
Sociedad Internacional de Bioética (SIBI)



1990

La vida humana

Conceptualmente, la vida, puede entenderse desde muy variadas perspectivas, embriológicas, sociales, filosóficas, teológicas etc., cuya compleja deliberación escapa ahora a nuestras posibilidades.

Las *características humanas* están presentes en toda célula, tejido u órgano humanos, cualesquiera que sea su grado de desarrollo o función, y obviamente, en la persona humana. Las células reproductoras humanas (por las que se transmite la herencia genética) y los

¹ Texto tomado en gran parte de Marcelo PALACIOS: *Reproducción Asistida. Discurso y Recurso*. Editorial Stella, 1990, Gijón.; y *El nuclóvulo: clonación terapéutica* (II Congreso Mundial de Bioética, 2002)

preembriones que puedan originar, son específicamente humanos, como lo son también las células somáticas.

En cualquier tipo de célula humana hay *vida humana*, y por supuesto en las células reproductoras humanas (por las que se transmite la herencia genética) y también en el preembrión, aunque esto no signifique que el preembrión sea ya *una* vida humana.

En condiciones de reproducción natural el proceso de la fertilización, el desarrollo del precigoto, el cigoto y el preembrión transcurren en la *incertidumbre biológica y ambiental*; se pierden y eliminan espontáneamente en un porcentaje alrededor del 65-70 por ciento, pueden degenerar hacia formas tumorales, y, por otra parte, carecen de la *unidad* (ser uno solo) y unicidad (ser único e irrepetible) propias de una *individualidad* humana (J. R. Lacadena) evidente ya con la culminación de su implantación o anidación en el útero y la aparición de la línea primitiva, hacia el día 14 que sigue a la fertilización. En ocasiones se recurre a la *potencialidad* del preembrión para calificarlo como un ser humano con los derechos de este; en este sentido, acudo al criterio del Profesor J. Rubio Cardiel (+), catedrático de genética, al expresar "me resisto a decir simplemente que el blastocisto tiene todo lo que tiene que tener para llegar a ser un ser humano" (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, nº 346, 1985) y a las reflexiones de L. Zarraluqui y sus citas a Engelhardt y a J. Pospishil (*Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*. Edit. Tecnos, 1988, Madrid) señalando que si el preembrión hubiera de tener los derechos del ser humano que potencialmente se asegura que es, la persona viva no habría de tener derecho alguno, al ser potencialmente un muerto, que carece de derechos; por lo tanto y desde su propia definición, lo potencial se opone a lo real, y siendo este el argumento, la potencialidad del preembrión negaría lo que pretende defender, su condición de ser humano. Por otra parte, no voy a detenerme en el hecho de que ningún preembrión in vitro perdido, ni ningún embrión postimplantatorio abortado reciben jamás ni en ningún lugar del mundo la consideración de un ser humano, ninguna norma social les da nombre y únicamente son tratados según los criterios sanitarios.

Tal y como se extrae de la Ley 35/88, es mi opinión que las valoraciones jurídica y ética del preembrión han de obedecer a otras consideraciones, a su especificidad, a su grado de desarrollo y a su viabilidad fundamentalmente. Una vez iniciada la gestación, el embrión posimplantatorio o propiamente dicho es ya una realidad biológica, no puede dejar de ser lo que ya es (humano, generalmente, o no), cualesquiera que sea su futuro, y sus intereses han de protegerse y conciliarse con los de la mujer que lo gesta y con los de la sociedad.

Desde una visión jurídica, reproduzco aquí lo que se contiene en la *Sentencia 53/85* del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, y en su Fundamento Jurídico 5 :

- "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 con la muerte".

- "que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta".

- "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 comienzo de la gestación....*"

- "que la vida del *nasciturus* (en cuanto que encarna un valor fundamental *-la vida humana-*, garantizada en el artículo 15 de la Constitución) constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional..." y, "que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución aunque no permite afirmar que sea titular de derecho fundamental".

Creo que el Tribunal Constitucional ha dispuesto de un acceso correcto al conocimiento biológico riguroso. Señala en la Sentencia aludida que la vida humana tiene un comienzo: la gestación; que partir de entonces se produce una realidad biológica, un *tertium*, en suma una/s individualidad/es; que el *nasciturus* comienza a ser tal con la gestación.

Otras opiniones, de distinta extracción profesional, son coincidentes con su señalamiento:

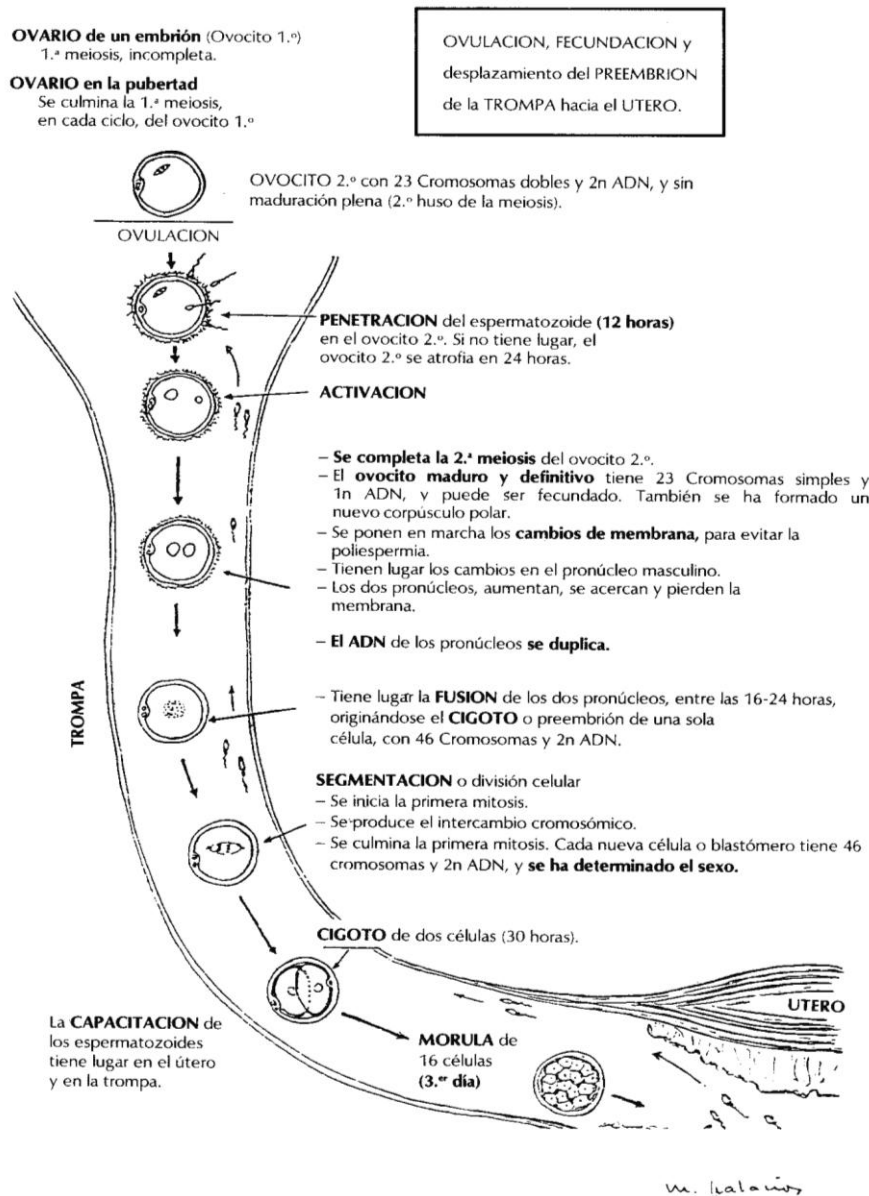
- Para F. Böckle (Universidad Católica de Bonn: *Ética y Medicina*. Edit. Guadarrama, Madrid, 1973), y en la misma línea teólogos como Mercier, Sertillanges, Prümmer, Merkelbach, Hering, Vermeersch, Hudeczek, Vodopivec, Ruff y otros que cita, "es sumamente problemático que con la fecundación se pueda hablar ya de un individuo humano (y que tenga lugar la animación)" y, "concluida la implantación, nuestro conocimiento actual del proceso de individuación ha alcanzado un grado tal que nos permite hablar del embrión como de un individuo".

- Según M. Vidal (Universidad Pontificia de Comillas) citado por L. Zarraluqui: (*Procreación asistida y derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1988), "entender que hay vida humana anterior (a la implantación definitiva) ¿no será incurrir en exageraciones análogas a la idea medieval sobre el semen, de la existencia en él del homúnculo?".

- Y asegura F. Muñoz Conde (*Derecho Penal. Parte especial*. 7ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1988) que "la teoría dominante es que el comienzo de la vida humana independiente ha de fijarse con el comienzo de la gestación, después de la implantación".

La fecundación/fertilización

- "Fecundación es la fusión de dos gametos para formar el *cigoto*". Balinski, B. J.: *Introducción a la embriología*. Editorial Omega, 1983



El preembrión

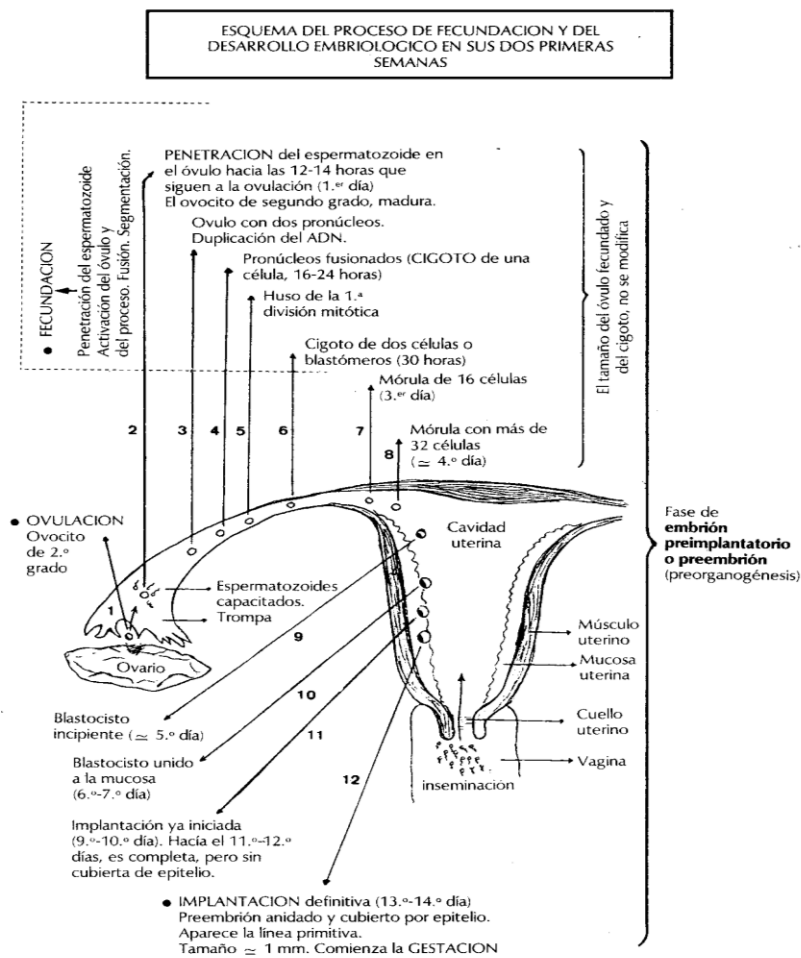
El término *preembrión* no es una originalidad de la ley española; define la primera fase de 14 días o preembrionaria del desarrollo prenatal, siendo las siguientes, sucesivamente, la de embrión propiamente dicho o posimplantatorio y la fase fetal.

Además de la Ley 35/88 otras normas o documentos utilizan el término preembrión, ya de uso frecuente desde hace años, como:

- el Informe de la Voluntary Licensing Authority (Reino Unido, 1986) *Informe Warnock*.
- el Informe de la Comisión Especial de Estudio del Congreso de los Diputados (España, 1986) *Informe Palacios*.

- la Comunicación sobre Fecundación humana in vitro de los Consejos Europeos de Investigación Médica (Londres, 1986)
- los Informes de la Sociedad Americana de Fertilidad (USA, 1986 y 1987)
- la Ley danesa Nº 76 (1987)
- la Instrucción del Vaticano *Donum Vitae* (Roma, 22.2.87)
- la Recomendación 1.100 (1989) del Consejo de Europa,
- numerosos textos o ponencias, entre ellos los de: J. Testart (*El embrión transparente*. Ediciones Granica, 1988); L. Zarraluqui (ya citado en este trabajo); E. Barberá, E. Roca Trías, V. Montés Penadés, M^a Cárcaba, A. González González, H. Clavería Gosálvez, A. Merino (en II Congreso mundial vasco. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción*, Editorial Trivium S.A. 1988; M. Vidal, K. Dietrich, P. Lech, J. Egózcue, J. A. Vanrell, C. Wendell, P. Willians etc. etc.

Por último, el término preembrión fue incorporado en sus enmiendas al Proyecto de Código Penal español, por el grupo político que años antes lo había rechazado insistentemente en el Parlamento, y está recogido en esta Ley 10/95, Orgánica de Código Penal vigente desde mayo de 1996.



M. Palacios

El término *preembrión* define la primera fase de 14 días o preembrionaria del desarrollo prenatal, siendo las siguientes, sucesivamente, la de embrión propiamente dicho o posimplantatorio y la fase fetal.

De tiempo atrás se estimaba necesario el establecimiento de un *estatuto jurídico* del embrión, o sea, del preembrión y del embrión posimplantatorio que lo constituyen. Siempre manifesté mi sorpresa ante tal demanda aislada, por no comprender ni en con-secuencia aceptar que pueda actuarse jurídicamente con garantía sobre algo que en sí mismo no está definido biológicamente con suficiencia; en definitiva, que pueda enjuiciarse algo -lo que sea, en general- que no está determinado lo qué es; en suma, me preguntaba cómo se puede enjuiciar algo que no está definido. Por ello, en el año 1986, en una de mis enmiendas (la n° 24) al Informe entonces en trámite en el Consejo de Europa, expuse que "se considera necesaria la definición de un *estatuto biológico* del embrión", texto que finalmente fue aceptado y quedó recogido en la Recomendación 1.046 *sobre la utilización de embriones con fines diagnósticos, terapéuticos, industriales y comerciales*, en su parágrafo D 5., Recomendación aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a finales de 1986.

Aunque no puede asegurarse que el preembrión sea *una* vida humana, insisto una vez más que ello, no implica que el preembrión no merezca consideración y determinada protección jurídica, como se establece en la Ley 35/88, que configura con claridad los *estatutos biológico y jurídico* del preembrión. Al primero, definiéndolo embriológica y cronológicamente en su Exposición de Motivos. Al jurídico, estableciendo en su parte sustantiva las fronteras de su manipulación, sus fines y su protección, en consonancia con su característica humana, su grado de desarrollo y sus expectativas de vida, es decir, su viabilidad o no. Obviamente, su *estatuto bioético* se establece en función del tratamiento y usos que susciten valoraciones éticas.

Estatuto biológico del preembrión

Pues bien, desde un punto de vista embriológico el preembrión (Ley 35/88) abarca el periodo del desarrollo que va desde que se inicia la *fecundación* del ovocito hasta unos 14 días más tarde, tiempo en el que previsiblemente culmina su implantación en la mucosa uterina o endometrio de la mujer y tiene lugar en él la aparición de la llamada *cresta neural* o *línea primitiva*. A esta etapa de dos semanas se le denomina *periodo preimplantatorio* o *preembrionario*, al ovocito fertilizado *cigoto* y a las sucesivas fases de división y desarrollo durante ella, *mórula* y *blastocisto*, en conjunto *embrión preimplantatorio* o *preembrión*. Teniendo en cuenta que de los 14 días se descuenta el tiempo en que los preembriones pudieron estar crioconservados

Estatuto jurídico

La Ley 35/88 estableció elementos para un estatuto jurídico del preembrión, pues, principalmente:

a) Lo define como la fase del desarrollo desde la formación del cigoto hasta 14 días después, en que aparece de la línea primitiva y se implanta (o no) en el útero materno.

b) Se prohíben:

-la fecundación de ovocitos con cualquier fin distinto a la procreación humana (lo que, junto a la investigación y usos terapéuticos de preembriones, debe valorarse actualmente a tenor de lo establecido en el artículo 18 de la Convención de Asturias de Bioética, en vigor en España desde el comienzo de 2000);

-la creación de preembriones por clonación con fines reproductivos

-el desarrollo y mantenimiento de preembriones *in vitro* con cualquier fin más allá del día 14 que sigue a la fertilización, descontando el tiempo que estuvieron criopreservados

-obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin;

-las actuaciones que modifiquen su línea germinal

-actuaciones como la mezcla de semen (o de óvulos) de distintas personas para crear preembriones para la FIVTE

-comerciar con preembriones o con sus células, así como su importación o exportación

-utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes

-transferir preembriones al útero sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad

-la transferencia de preembriones humanos al útero de animales

-la ectogénesis, la partenogénesis, la producción quimeras y otras actuaciones consideradas como "desviaciones no deseables de las técnicas".

c) Se proponen valoraciones para determinar su calidad biológica y la viabilidad o no de los preembriones, de modo que, si es transferido, se proteja la salud de la descendencia y de la mujer gestante.

d) Se establecen requisitos de protección del preembrión en cuanto a las manipulaciones a que pueda ser sometido, autorizándose su criopreservación, o su donación con el objetivo de transferirlos después con fines procreadores, bajo los principios exigidos

e) Se establecen los requisitos para autorizar la investigación/experimentación en preembriones, etc. (hoy en día, la Ley 45/03 y el R.D.2132/04 autorizan la utilización en investigación y terapéutica de los embriones sobrantes de la FIV, bajo ciertos requisitos y limitaciones)

Nasciturus. Viabilidad. Moriturus

A veces se considera al preembrión como un *nasciturus* (el que va a nacer), a mi entender erróneamente, pues la incertidumbre biológica de su evolución y las variables no humanas que pueden seguir hacen aquella pretensión razonablemente cuestionable. En tal sentido, si nos atenemos a la Sentencia 53/85 del Tribunal Constitucional, el *nasciturus* es el *tertium* que se origina con la gestación, y siendo así que la gestación se inicia tras la implantación, el preembrión no debiera identificarse con él.

Según F. Schulz (*Derecho clásico romano*. Traducción de J. Santa Cruz Teigero. Editorial Bosch, Barcelona, 1960) "el feto *en ventre sa*

mère" (*qui in útero est, no nasciturus, vide Vol. IV, XI y sig.*) todavía no es persona, ni la existencia del nacido se retrotrae al momento de su concepción. La máxima *nasciturus pro iam nato habetur* es de origen moderno. Los juristas clásicos utilizaban estas frases con fines escolásticos, pero nunca precisaban su verdadero alcance. Afirman que con respecto a ciertas normas legales, el ser in útero es considerado ya nacido, pero dicha norma no implica un principio absoluto por cuya virtud el ser exista antes del nacimiento".

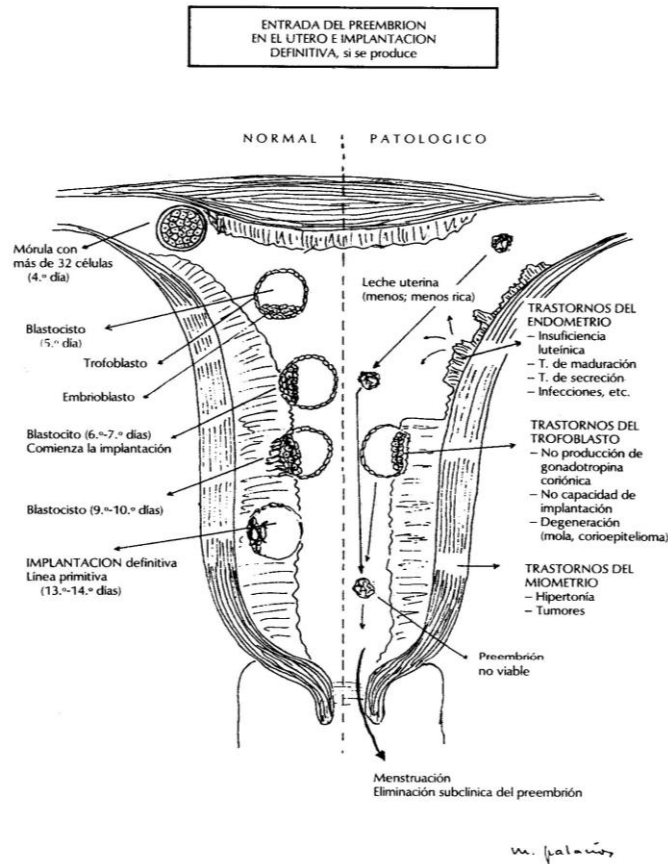
Para E. Volterra (*Instituciones de derecho privado romano*. Traducción, prólogo y notas a la edición española de J. Daza Martínez. Editorial Civitas S. A.,1986), "de los pasajes de la compilación, y sobre todo de la C,5,27,11 de Justiniano, los juristas medievales forjaron el célebre principio: *conceptus pro iam nato habetur*, esto es, que el concebido se considera, por ficción jurídica, como ya nacido, principio que, ciertamente, no se corresponde con la idea romana".

Una enmienda presentada conjuntamente con F. Foschi a mi Informe 5943, se recoge textualmente en el párrafo 25 de la Recomendación 1.100 del Consejo de Europa (1989) a la que el Informe daría lugar: "se entiende por *viabiles* a los embriones que no presentan características biológicas susceptibles de impedir su desarrollo; por otra parte *la no viabilidad* de los embriones y de los fetos humanos deberá ser determinada exclusivamente por criterios biológicos objetivos, fundados en alteraciones intrínsecas del embrión".

Nuestras Leyes regulan las posibilidades de actuación sobre preembriones o embriones "*no viabiles*".

Un preembrión o embrión no viables, son, por lo tanto, estructuras embriológicas que por sus taras o daños intrínsecos no van a poder desarrollarse, y aunque forzáramos la analogía en el primer caso con un *nasciturus*, no podríamos calificarlo de tal, sino de *moriturus* (que va a morir). De ahí que, cuando las Leyes establecen manipulaciones sobre los no viables, estaríamos hablando de *moriturus* y no de *nasciturus*, por lo que no es correcto presentar argumentos de *nasciturus* para defender ética y en particular jurídicamente lo que no lo es. En este sentido debo reconocer en toda su medida la actitud del Profesor de Bioética y sacerdote Javier Gafo (+), cuando en el Curso celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (septiembre de 1992), rectificó públicamente su posicionamiento de los pasados años cuando valoraba a los preembriones no viables como sobrantes, rechazando en ellos las posibilidades científicas amparadas en las Leyes aludidas.

GRAFICO III



El nuclóvulo

La palabra *clon* (el término se debe a J. B. S. Haldane, 1963) procededel griego, y significa “brote”, “retoño” o “esqueje”, y también “multitud”.

Por *clonación* se entienden los procedimientos técnicos (artificiales) dirigidos a conseguir de una unidad vital (célula, organismo vivo), por multiplicación asexual, individuos genéticamente idénticos a ella y entre sí. En realidad significa hacer un ser vivo o sus partes exactamente iguales a otro u otras (es una fotocopia, una réplica). Es una definición en la que se incluye la *clonación molecular*, y a veces la *gemelación* (los gemelos monocigóticos, univitelinos o verdaderos son *clones naturales*), lo que obviamente es incorrecto pues en ella no hay transferencia de núcleo, y la *paraclonación*.

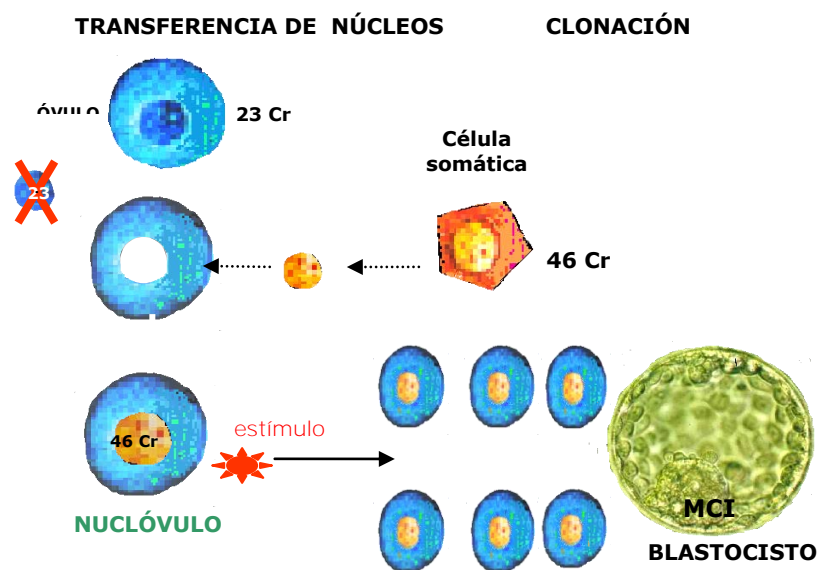
A la vez que se realiza la clonación técnica en animales se pueden incorporar diversos *genes* a las células germinales (*transgenia*), para mejora, y particularmente para que se expresen y produzcan (en la leche, por ejemplo) las proteínas correspondientes (productos farmacéuticos, etc.) o *células* y *tejidos* que pueden ser utilizados con diversos fines

(investigación o transplantes), todos ellos de utilidad principalmente en la medicina.

Clonación-fertilización

La clonación (mejor sería denominarla *transferencia de núcleos*) se diferencia claramente de la *fertilización (fecundación)*, proceso que consiste en la fusión de un espermatozoide (con 23 cromosomas) con el óvulo (con 23 cromosomas) en que ha penetrado de manera sexual o asexual, fusión que ocasionará una célula o **cigoto** con los 46 cromosomas de los progenitores, y que se dividirá por activación espontánea, produciéndose el intercambio de los cromosomas y sus genes en la fase de división posterior de 2-4-6 y hasta 8 células o blastómeros.

En cambio, la célula creada por clonación no es un cigoto, es una célula nueva, y consecuentemente ha de tener un nombre, así que la he llamado **nuclóvulo**. Debidamente estimulado en el laboratorio (eléctrica, química –microinyección de oscilina-, física –ionóforo de calcio-, etc.), el *nuclóvulo* también puede dividirse por mitosis y dar lugar a un preembrión de dos células o blastómeros, después de varias células, a un conglomerado de células en forma de mora (la mórula) y hacia el 5-6º día, al blastocisto.



Ambos, *cigoto* y *nuclóvulo* pueden desarrollarse como embriones preimplantatorios (preembriones), embriones propiamente dichos (postimplantatorios), fetos, y, finalmente, dar lugar a descendencia.

Así que el *cigoto* y el *nuclóvulo* pueden desarrollarse progresivamente, si bien el destino buscado para las dos sea intencional-mente distinto:

a), con la fertilización, que sigue su curso por activación espontánea para la segmentación o división celular por mitosis a partir del cigoto, se pretende que el blastocisto ocasionado anide en el útero de la mujer y se avance gradualmente en el embarazo para dar finalmente nacimiento a descendiente/s humano/s, un ser/es individualizado/s;

b), con la transferencia de núcleos o clonación terapéutica se busca un fin médico, el autotransplante sin riesgo de rechazo inmunológico en caso de ciertas enfermedades (Parkinson, Alzheimer u otras neurodegenerativas, patologías del hígado, riñón, cardiovasculares, diabetes, el cáncer, etc.), para la sustitución de piel tras grandes quemaduras u otros accidentes, etc.), y la función del *nuclóvulo*, que debe ser estimulado para que inicie su desarrollo, se agota en el laboratorio en la fase de blastocisto (sin que se haya producido su anidación en el útero ni por ello llegue a transformarse en un embrión propiamente dicho o postimplantatorio) una vez se han obtenido de él las células troncales para el autotransplante.

Estatuto biológico del *nuclóvulo*

Como el núcleo utilizado procede de una célula somática diferenciada y el *nuclóvulo* no es un *cigoto*, sino *una célula nueva* (por tanto con un nombre nuevo), hay que preguntarse de inmediato cómo podrá ser tratado, y en consecuencia, hacer las valoraciones y propuestas bioéticas (*estatuto bioético*) preñentes, determinar si procediere su *estatuto jurídico*, y señalar sus *posibilidades científicas*.

La constitución biológica del cigoto y el *nuclóvulo* no es igual:

a) Si se transfiere el núcleo a un ovocito u óvulo desnucleado:

Cigoto	Nuclóvulo
-En su creación participa el espermatozoide	No participa
-Hay cambios del citoplasma del óvulo y volumen de los... pronúcleos de los gametos	No hay, o de otro tipo. ¿Cambios de <i>polaridad</i> ?.
-Hay movilización de Ca y aumento oxidación.....	Es de tipo declinante
-Hubo singamia de pronúcleos y fertilización.....	No la hubo
-Hay activación del cigoto para la IIª meiosis y la mitosis posterior (división celular, segmentación)	No hay activación espontánea a la división
-Tendrán lugar los intercambios de partes de cromosomas y genes y las combinaciones causantes de la variabilidad de la especie (en el preembrión de 2 a 8 células).... ..	No es así. Invariabilidad del genoma nuclear
-Hay determinación del sexo.....	Ya viene determinado
-La fertilización es un proceso de unas 30-33 horas de duración.....	No hay tal proceso
-Se crea sexuada o asexualmente (laboratorio, FIV)	En laboratorio, <i>clonado</i>
-No tiene <i>programación</i> , que es gradual.....	Es posible, si se activa. ¿ <i>Defectuosa</i> ?
-Tiene capacidad embrionaria.....	Puede tenerla
-Su genoma es el de los padres, modificado	Es el del donante, mas el de las mitocondrias del óvulo.
-Los gametos se aportan a si mismos	¿Qué más se aporta con el núcleo transferido?. ¿Qué se aporta del óvulo enucleado?
-Adquirirá con el desarrollo su propia <i>experiencia genética</i>	Tiene la <i>experiencia genética</i> del núcleo (mutaciones somáticas, efectos físicos, de químicos, vejez, acortamiento, telómeros, patologías, Tu., etc.)
-Puede transmitir enfermedades mitocondriales..... de la <i>madre</i>	Puede transmitir las por el citoplasma de la <i>donante</i> del óvulo desnucleado

Además

- | | |
|---|---|
| -Sus fines son reproductivos, y nacerá un hijo/s | Con ese fin nacería un hermano. Su fin es otro. |
| -En el 1 X 300 de los partos nacerán gemelos.....
(en FIV, 8 %). | Siempre serían gemelos monocigóticos o verdaderos (con matices) |

b) Si se transfiere el núcleo a un cigoto desnucleado

- ¿Cuales son las circunstancias de este? ¿La enucleación perturba el citoplasma y organitos?
- ¿Efectos del núcleo transferido en el citoplasma y los organitos?

¿Aborto y preembrión?

Hemos de preguntarnos si tiene fundamento implicar con el aborto actuaciones que puedan dañar los preembriones in vitro, tales como la crioconservación, la investigación-experimentación o la simple manipulación.

Dado que a veces se suscita esta cuestión, me permito afirmar categóricamente que no, que tal conclusión es profundamente desafortunada.

Mis argumentos al efecto:

Por aborto se entiende la expulsión del útero del producto o fruto de la gestación, debida a causas naturales o provocadas, ocasiona la interrupción de esta en sus fases prematuras. La segunda forma, la interrupción provocada del embarazo, afecta directamente al Derecho. Así:

- “El aborto es la expulsión prematura y violenta del producto de la concepción” (Sentencia del Tribunal Supremo de 21.4.51)
- “En sentido jurídico-penal es (el aborto) la interrupción del proceso gestatorio y consiguiente expulsión prematura del fruto de la concepción provocada dolosamente” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23.6.52)
- “El Estado está implicado en dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstruir el natural proceso de la gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 1985, Fundamento Jurídico 7.)
- “No hay embarazo, y por lo tanto no puede haber objeto material del delito de aborto en los casos de fecundación in vitro cuando el óvulo fecundado se encuentra aún en el laboratorio”. “Habrá embarazo y objeto material del delito de aborto después de la anidación en el útero de la madre” (Bajo Fernández, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Editorial Ceura, Madrid, 1987)
- “La noción a la que corresponde el Código, excluye del concepto de aborto la llamada fecundación in vitro.” (Rodríguez Devesa J.M.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Revisión de A. Serrano Gómez. Editorial Dykinson, Madrid, 1988)
- “No se consideran interrupción del embarazo, las actuaciones que tengan lugar antes de producirse la anidación del óvulo fecundado en el útero” (R. Federal de Alemania. Ley de 18.6.76 (Artículo 219 d, Código Penal)

- “Las palabras “interrupción del embarazo” no significarán la aplicación de un método para evitar la anidación de un óvulo fertilizado en el útero” (Países Bajos. Ley de interrupción del embarazo, Sección 1º, parágrafo 2.)
- Finalmente, en el artículo 417 bis de nuestro Código Penal, el aborto no punible se relaciona inequívocamente con la mujer embarazada y con el embarazo (1., 1.1ª, 1.2ª y 2.) y con la gestante y la gestación (1.1ª y 1.3ª), como no podía ser de otra forma.

Por lo tanto, si no hay gestación o embarazo falta el requisito fundamental y previo para que pueda producirse un aborto al actuar sobre los preembriones in vitro, que no están anidados en ningún útero femenino, puesto que se hallan en el laboratorio, de modo que las actuaciones que sobre ellos se operen, nunca deberán ser calificadas como aborto.

Gestación

Siendo la *gestación* el punto de partida y la meta principal de las actuaciones que atañen a los preembriones, hemos de definirla, aunque previamente, y por los equívocos no infrecuentes, debe diferenciarse la fecundación de la concepción.

Finalizada la implantación, nidación o anidación, se inicia la *concepción, embarazo o gestación, preñez*. Siendo la *gestación* el arranque para el comienzo de una/ s vida/s humana/s, es preciso señalar cuando y donde se inicia:

- “La gestación como tal no se establece hasta que la implantación termina, aproximadamente en los días de la primera falta menstrual. Podemos definir así al periodo de la implantación como aquel que abarca las dos primeras semanas de la vida del embrión”. Botella LLusiá, J.: *Endocrinología de la mujer*. Editorial Científico Médica, 1961.

- “Desde el punto de vista endocrinológico podemos establecer el comienzo del embarazo con la implantación del blastocisto”. Gandarias, J. M. y otros.: *Fisiología especial aplicada*. Editorial Científico Médica, 1975.

- “El blastocisto implantado, y a partir del día 28 del ciclo, hizo que se formara un cuerpo amarillo de embarazo o gravídico; la mucosa endometrial pasa a la fase gravídica”. Langman, J.; Sadler, T. W.: *Embriología médica*. Editorial Científico Médica, 1986.

- “La Sociedad alemana de Ginecología no habla de embarazo hasta después de 14 días”. Lacadena, J. R.: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 357, de 6.11.85.

- “El comienzo del proceso fisiológico de la gestación tan sólo se produce tras la anidación del óvulo fecundado en el útero materno”. Cobo del Rosal, M.; Carbonell Mateu, J.C.; Vives Antón, T. S.; Boix Reig, J. y Orts Berenguer, E.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1987. Y los tres primeros autores, en la edición de 1988: “La gestación se inicia con la anidación en el útero del óvulo fecundado”.

Es evidente que la *fecundación* no es la *concepción*, pues ésta y la gestación se identifican y se inician una vez concluida la implantación en

la mucosa uterina. También lo es que el *nasciturus* comienza a ser tal con el embrión implantado o propiamente dicho, no antes, afirmación la última que indirectamente hace suya la Sentencia 53/85 del Tribunal Constitucional. ¿Significa esto que el preembrión no merece protección jurídica? De ninguna manera, porque el preembrión, sin ser *una* vida humana, un *tertium* definitivamente implantado en el útero de una mujer gestante y distinto de ella, un *nasciturus* en suma, es vida humana cuya complejidad se orienta inicialmente a la reproducción humana, si bien la incertidumbre biológica y ambiental en la que se desarrolla desde el primer momento no garantizan su individualidad o unicidad ni su destino humanos.

Considerado lo antedicho ¿tiene algún sentido relacionar las actuaciones susceptibles de dañar a los preembriones *in vitro* (la crioconservación, la investigación o la simple manipulación) con el aborto? Afirmo categóricamente que no, que tal conclusión es profundamente desafortunada y sin fundamento alguno.

El aborto es la expulsión del útero del producto o fruto de la gestación, por causas naturales o provocadas, con lo que se interrumpe ésta. La segunda forma, la provocada, afecta directa-mente al derecho. Así:

- "El aborto es la expulsión prematura y violenta del producto de la concepción". *Sentencia* del Tribunal Supremo de 21.4.51.

- "En sentido jurídico-penal es (el aborto) la interrupción del proceso gestatorio y consiguiente expulsión prematura del fruto de la concepción provocada dolosamente". *Sentencia* del Tribunal Supremo de 23.6.52.

- "El Estado está implicado en dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstruir el natural proceso de la gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida". *Sentencia* 34/85 del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico 7.

- "No hay embarazo, y por lo tanto no puede haber objeto material del delito de aborto en los casos de fecundación *in vitro* cuando el óvulo fecundado se encuentra aún en el laboratorio". "Habrá embarazo y objeto material del delito de aborto después de la anidación en el útero de la madre". Bajo Fernández, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Editorial Ceura, Madrid, 1987.

- "La noción a la que corresponde el Código, excluye del concepto de aborto la llamada fecundación *in vitro*". Rodríguez Devesa J. M: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Revisión de A. Serrano Gómez. Editorial Dykinson, Madrid, 1988.

Queda claro que sin gestación o embarazo falta el requisito fundamental y previo para que pueda hablarse de aborto. Los preembriones *in vitro* no están anidados en ningún útero, se hallan en el laboratorio, y por lo tanto las actuaciones que sobre ellos se realicen podrán ser o no aceptadas, pero nunca merecerán el calificativo de aborto.

La persona

En el artículo 15 de la *Constitución* se establece que:

"Todos tienen derecho a la vida"....

Se ha planteado si la expresión "todos" se refiere también a los no nacidos. En nuestro *Código Civil* se establece, en contrario, lo siguiente:

Artículo 29

"El nacimiento determina la personalidad; pero al concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca en las condiciones que expresa el artículo siguiente".

Artículo 30.

"Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".

Principios que consolida la *Sentencia 53/85*, de once de abril, del Tribunal Constitucional, en cuyo Fundamento Jurídico 6° determina que "la palabra *todos* utilizada en otros preceptos constitucionales (artículos 27, 28, 29, 35 y 47) hace referencia a los nacidos..." y que, "en cuanto a la interpretación del artículo 15 de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales la utilización que de dicha expresión (*todos, toda persona, everyone o toute personne*) se hace en el Convenio y el contexto dentro del cual se emplea en el mencionado artículo 2 lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus".