



El embrión humano y las técnicas de reproducción asistida

Descripción

El 17 de junio pasado se publicaba la Sentencia 116/1999 del Tribunal Constitucional (STC) que resolvía el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA) que, en su momento, presentaron 63 diputados del grupo parlamentario popular. La Ley objeto del recurso es de finales de 1988 y el recurso de principios de 1989, con lo que el Tribunal Constitucional (TC) ha tardado ¡diez años y medio! en resolver este recurso.

Los motivos en los que se basaba el recurso eran fundamentalmente tres: que la regulación de esta materia afectaba a la dignidad humana y a los derechos fundamentales y, en consecuencia, requería hacerse mediante ley orgánica y no mediante ley ordinaria, como se había hecho; que no se otorgaba al embrión humano la protección que se deriva del art. 15 de la Constitución Española (CE); y que esta ley creaba unas relaciones paterno filiales contrarias al concepto constitucional de familia. La Sentencia resuelve los motivos alegados de la siguiente manera: 1º) no hay razón para regular mediante ley orgánica esta materia porque no entra dentro de las materias establecidas por el art. 81 CE; 2º) la protección que se otorga a los embriones en esta ley se compadece con la exigida por la Constitución; 3ª) la regulación que la LTRA establece de las relaciones de paternidad y filiación generadas como consecuencia del recurso a las técnicas de reproducción asistida no atenta contra el concepto constitucional de familia.

En las páginas siguientes me voy a centrar únicamente en el segundo de los motivos: en si la protección que la LTRA otorga al embrión humano es conforme o no a la CE. En mi opinión, la STC 116/1999, al confirmar la constitucionalidad de la LTRA, desvirtúa el estatuto jurídico de los embriones y fetos humanos establecido en la STC 53/1985, a pesar de que esta sentencia sea invocada para justificar el fallo. No pretendo ahora criticar las insuficiencias del estatuto jurídico del embrión fijado en la STC 53/1985; únicamente me limito a decir que, a pesar de que la invoque, el TC no es fiel a su propia jurisprudencia en esta materia.

La LTRA regula tres tipos de situaciones distintas en relación con los embriones: la creación y uso de embriones para la reproducción; la congelación de los embriones sobrantes de una fecundación *in vitro*; y el uso de embriones para la investigación y experimentación. Por las razones que daré, y discrepando de la STC, entiendo que la LTRA no cumple en esos casos la exigencia constitucional del art. 15 CE de proteger la vida humana desde la misma concepción, tal como la interpretó la STC 53/1985.

LA CREACIÓN Y USO DE EMBRIONES PARA LA REPRODUCCION

El artículo 4 LTRA dice: «Se transferirán al útero solamente el número de preembiones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo». Es interesante contrastar este artículo con el epígrafe 1 de la *Ley Alemana sobre Protección de Embriones*, en el que se sanciona a quien: «3. emprenda la transferencia a una mujer dentro de un mismo ciclo de más de tres embriones [...] 4. emprenda la fecundación de un número superior de óvulos de una mujer, al de los óvulos que se pretenden transferir en un mismo ciclo». Con estas disposiciones, la Ley Alemana consigue dos objetivos: que no se generen embriones sobrantes, es decir, que no se fecunden más embriones de los que se vayan a transferir a la mujer; y que no sea necesario practicar la reducción embrionaria porque, en el caso de que los tres llegaran a prosperar -cosa muy poco probable-, la gestación podría llevarse adelante, en principio, sin riesgos graves para la vida de la madre.

La Ley 35/1988, por el contrario, no se preocupa de que se fecunden más óvulos de los que posteriormente se vayan a transferir a la mujer, ni tampoco de fijar el número máximo de embriones que se vayan a transferir a la mujer en cada ciclo. Esta falta de límites fácilmente da lugar a la aparición de embriones sobrantes, que tendrán que ser congelados; o bien a gestaciones de más embriones de los aconsejados, lo que propicia las llamadas «reducciones embrionarias». La ausencia de una norma semejante a la alemana ha generado la actual cifra de embriones congelados, con los que no se sabe qué hacer, y ha convertido el aborto de embriones transferidos en una práctica habitual. En estos casos, la LTRA desatiende por completo la protección del embrión en favor del éxito de la gestación.

Teniendo en cuenta el criterio fijado por la STC 53/1985, según el cual el Estado tiene la obligación de abstenerse de interrumpir el proceso natural de la gestación, no debería permitirse la transferencia a la mujer de un número tal de embriones que pueda exigir a continuación una «reducción embrionaria». Una cosa es que, de los embriones transferidos, algunos no prosperen de forma espontánea y otra, muy distinta, que se transfiera tal número de embriones a la mujer que muy probablemente vaya a ser necesario abortar algunos de ellos. Por otro lado, crear más embriones de los que puedan ser imprescindibles en cada ciclo, aunque posteriormente sean congelados, es una instrumentalización de la vida humana que choca con la tutela constitucional a la misma. Pero de esto me ocupo a continuación.

LA CONGELACIÓN DE EMBRIONES SOBRANTES

El I informe anual de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, de diciembre de 1998, llama la atención sobre el problema de los más de 25.000 embriones congelados que existen en España en estos momentos. Este problema se agrava si tenemos en cuenta que el 15% de los mismos lleva ya más de cinco años congelados, tiempo máximo establecido por la LTRA.

El juicio acerca de la constitucionalidad de una ley no puede rehuir la contemplación de la realidad social, especialmente en circunstancias como las presentes, en las que la Ley objeto del recurso de inconstitucionalidad lleva aplicándose desde hace más de diez años. La regulación establecida por la LTRA acerca del número de óvulos que deben ser fecundados (indeterminado) y transferidos a la mujer (el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo según el art. 4 LTRA) ha disparado la cifra de embriones congelados y la práctica de reducciones embrionarias. Los resultados producidos por esta ley desde su entrada en vigor confirman lo que se desprendía de su tenor literal:

que el embrión humano queda completamente desvalorizado y reducido a la condición de material reproductivo.

El Informe al que nos hemos referido señala que el régimen actual no es el adecuado para resolver los problemas de la congelación de embriones y de su destino final. El TC, lejos de atender el problema de la proliferación de embriones sobrantes, se limita a decir que «la crioconservación no sólo no resulta atentatoria contra la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estadio actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias» (FJ 11). Es obvio que entre destruir los embriones sobrantes de una fecundación *in vitro* y congelarlos, es esta segunda alternativa menos contraria a la dignidad humana. Pero la cuestión no es ésta, en la que hay un acuerdo generalizado, sino si tiene trascendencia que aparezcan bancos de embriones congelados con los que, a medio plazo, no se va a saber qué hacer como, de hecho, está sucediendo. El TC debería haber indicado que no es conforme a la CE una ley que permite la proliferación indiscriminada de embriones congelados. Por lo demás, la regulación actual genera una inseguridad jurídica contraria a la CE (art. 9.3) desde el momento en que no se prevé lo que debe hacerse con los embriones después de los cinco años en los que, como máximo, pueden mantenerse criocongelados.

Las propuestas de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida en su I Informe de 1998, como la regulación alemana antes referida, se orientan precisamente a alcanzar una regulación de las técnicas que sea más respetuosa con el embrión. La principal sugerencia de la Comisión para reducir el problema consiste en responsabilizar a los miembros de la pareja «de forma conjunta del destino de los embriones congelados desde antes del inicio del tratamiento y durante el mismo y el período de congelación» (p. 23). Esta es una fórmula que se compadece particularmente bien con la CE ya que no sólo cumple con las exigencias de protección a la vida humana derivadas del artículo 15 sino también con las contenidas en el artículo 39 sobre la protección a la familia. Aunque no es fácil determinar el concepto constitucional de familia, sí se puede señalar como un rasgo definitorio de la misma la existencia de relaciones paterno-filiales. Pues bien, esas relaciones generan unos deberes de los padres hacia los hijos que no surgen con el nacimiento sino con la fecundación. En todo caso, no corresponde al TC hacer de legislador, señalando un modo concreto de proteger la vida humana embrionaria y la familia, sino limitarse a señalar cuál es el marco de protección constitucional que cualquier ley debe respetar.

Otro artículo cuestionado en el recurso, y que tiene relación directa con el problema de la congelación de embriones, es el 2.4, que dice: «La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición». La STC afirma que no nos encontramos en este caso ante «una opción permisiva y abierta a un nuevo supuesto de aborto no punible, pues, concluida la práctica de tales técnicas de reproducción asistida, el precepto no autoriza en absoluto a suspender el proceso de gestación» (FJ 10). ¿Quiere esto decir que una vez se ha hecho la fecundación *in vitro* la mujer tiene la obligación de recibir el óvulo transferido, aunque entre la fecundación y la transferencia haya cambiado de opinión? Parece contrario a la libertad de la mujer forzarla a asumir una gestación que ella ya no quiere. Pero también parece que dejar el destino del embrión desde la fecundación hasta la transferencia exclusivamente en manos de la mujer da lugar a su completa desprotección. Ninguna de las dos soluciones aparenta tener cabida en la CE. El único modo que veo para salir de este atasco sería el de elaborar un protocolo de consentimiento informado dirigido a obtener el compromiso de la mujer según el cual, una vez las técnicas de la fecundación *in vitro* han generado embriones, el cuidado y destino de los mismos constituyen su

responsabilidad. Por otro lado, no parece conforme a la CE, que en su art. 39 habla de los deberes de los padres para con los hijos, volcar exclusivamente sobre la mujer las decisiones relativas a los embriones. Por ello, en ese protocolo de consentimiento informado habría que incluir también al varón.

De esta manera, la pareja tendría libertad para rechazar las técnicas de reproducción asistida hasta el momento en que se fecundara con éxito el óvulo y apareciese un embrión. A partir de entonces, tendría el deber de cuidar de la vida del o de los embriones obtenidos *in vitro*. Esta medida subraya el carácter fundamental de la relación del ser humano con sus progenitores desde el mismo momento de la concepción y la consideración del embrión humano como algo cualitativamente distinto y superior al material reproductor. Esta medida contribuiría a reducir el número de embriones congelados con un futuro incierto.

INVESTIGACIÓN Y EXPERIMENTACIÓN CON EMBRIONES

La STC 116/1999 constituía una magnífica ocasión para que el TC hubiese definido con precisión la protección constitucional debida al embrión humano y que no se limitara a decir que la protección otorgada por la LTRA es conforme a la CE. A la vista de las posibilidades terapéuticas que se están descubriendo con la manipulación de embriones, es obvio que en el futuro inmediato se van a plantear nuevos conflictos en relación con la tutela debida a los mismos. Era ahora cuando tenía que haber argumentado sobre la constitucionalidad o no de la distinción que hace la LTRA, y admite el TC, entre preembrión no viable, preembrión viable y embrión viable, a efectos de la protección jurídica. A la vista de la CE, esa distinción me plantea las siguientes dudas.

1 · A los preembriones no viables les otorga el mismo valor que si estuviesen muertos. El hecho de que vivan, aunque estén destinados a una muerte temprana, se considera del todo irrelevante. De hecho, la LTRA califica a estos embriones como «material embriológico a utilizar» (art. 16.3). Me parece incoherente por parte del TC que, por un lado, mantenga que la vida humana requiere la tutela del Derecho desde la concepción y que, por otra, admita que los embriones no viables sean considerados como un material de uso. ¿Qué entiende el TC que tutela la Constitución: la vida humana o la vida humana viable? A pesar de las referencias a la STC 53/1985 en la STC 116/1999, el TC acaba contradiciéndose y afirmando que sólo la vida humana viable es merecedora de protección jurídica. Pero, ante esta toma de postura, cualquiera podrá plantearse ¿por qué exigir la viabilidad para proteger al embrión y no también otras cualidades? ¿Con arreglo a qué criterio establece el TC que la viabilidad es una condición necesaria para tutelar la vida humana? Desde luego, en ningún fundamento jurídico de la sentencia se justifica la inclusión de ese criterio, con lo que bien se puede pensar que se trata de una inclusión arbitraria y que, por el mismo motivo, se podrían haber incluido otras.

La consecuencia es que el TC no ve contrario a la Constitución que los preembriones no viables puedan utilizarse con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos (art. 17. 2 LTRA). De esta manera, los embriones no viables pueden ser destruidos con antelación a la experimentación o mueren como consecuencia de ella. A mi entender, el hecho de que esos embriones estén destinados a una muerte segura y temprana-cosa que, por lo demás, no siempre sería fácil de determinar-, no excusa del respeto constitucional a los mismos hasta que mueran de forma natural. Por ello, entiendo que hubiera sido preferible la supresión de cualquier referencia a la viabilidad de los preembriones, embriones, o fetos, haciendo distinción únicamente entre los conceptos de vivo y muerto.

2 · Los preembriones viables no pueden ser objeto de experimentación pero sí, en cambio, de

donación a los Bancos autorizados. El preembrión viable es, en este aspecto, equiparado a los gametos, al plasma sanguíneo, o a un órgano corporal: ¿por qué? Por otro lado, la LTRA dispone que, después de dos años congelados, los embriones pasan a disposición de los Bancos. ¿No parece más conforme con la CE que, antes de la fecundación *in vitro*, se informe a la pareja que pretenda beneficiarse de la misma de la responsabilidad que contraen con los embriones que se generen por el uso de la técnica, en lugar de disolver legalmente esa responsabilidad por el mero paso del tiempo? A estas cuestiones responde la STC lo siguiente: «Cumple recordar que ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son a estos efectos persona humana, por lo que del hecho de quedar a disposición de los Bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE) o a la dignidad humana (art. 10.1 CE), tal como, sin embargo, sostienen los recurrentes» (FJ 11).

En este punto el TC se contradice. Por un lado, reconoce con carácter general que, aunque el embrión no sea persona humana, es vida humana y, por tanto, algo sustancialmente distinto de los gametos, que goza de una particular protección constitucional y que no se puede patrimonializar. Y, sin embargo, en el texto que he transcrito, prácticamente equipara el preembrión a los gametos. Acepta, en este aspecto, la equiparación que hace la LTRA entre gametos y preembriones (art. 5: «La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado»). Un preembrión es una entidad que, con alimento y un ambiente adecuado, deviene por sí mismo un ser humano adulto. Aunque se niegue su carácter personal, como hace la STC 53/1985, a nadie se le escapa que existe una diferencia sustancial entre éste y los gametos. Convertir a los preembriones, con carácter general, en objeto de donación parece un atentado contra la dignidad que les corresponde.

3 · Los preembriones viables se pueden congelar durante cinco años para acabar siendo -porque la LTRA no dispone nada al respecto- finalmente destruidos o utilizados en la investigación, si se modificara la ley. En principio, los preembriones viables son objeto de protección, pero la conjunción de dos circunstancias -las facilidades que da la LTRA para que aparezcan preembriones sobrantes, y la incertidumbre que crea la misma ley al no determinar el destino de los preembriones congelados tras rebasar el límite máximo de los 5 años- hace que esa protección, de hecho, desaparezca. ¿No debería haberlo tenido presente el TC en su Sentencia para exigir que el uso de las técnicas de reproducción asistida no generase embriones sobrantes?

4 · Cuando a un preembrión viable se le diagnostique una enfermedad hereditaria, dice la LTRA que se intentará tratar o, si no, se desaconsejará su transferencia para procrear (cfr. art. 12.2). Pero entonces, ¿cuál será su destino? No la congelación, obviamente, porque está desaconsejada su transferencia. ¿La investigación, entonces, o su destrucción? Desde luego, la ley no dice nada al respecto y el TC debería haber exigido que se despejara esa incertidumbre. Por otro lado, el imperativo de desaconsejar la transferencia cuando el embrión sufra una enfermedad hereditaria no tratable parece una intromisión en la esfera de libertad de las usuarias de las técnicas y una desconsideración hacia la vida humana afectada de una patología. La LTRA debería exigir simplemente que se informara de esta situación para que fueran los padres quienes decidieran sin condicionamientos externos.

Las cuestiones que acabo de plantear son consecuencia de la falta de voluntad del TC por llevar hasta las últimas consecuencias los criterios que estableció en la STC 53/1985. Por un lado, no renuncia a sostener la doctrina que asentó en aquella sentencia, según la cual el art. 15 CE exige proteger la vida humana desde la misma concepción, aunque el nascitU rus no sea titular del derecho

a la vida por no ser persona. Pero, al mismo tiempo, admite que la LTRA sobreponga en todo caso la voluntad de la pareja, y aun de la mujer sola, a reproducirse por encima de la dignidad del preembrión, dignidad que proviene de ser vida humana y, por tanto, un bien jurídico protegido, según el mismo TC.

Fecha de creación

30/03/2000

Autor

Vicente Bellver Capella

Nuevarevista.net