



FACULTAD DE DERECHO

**EL *NASCITURUS* COMO BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO O
COMO SUJETO DE DERECHO**

Análisis comparado del estatuto jurídico-constitucional del *nasciturus* en España y
Alemania

Paula García-Álvarez Palá
4º E-5 FIPE
Área de Derecho Constitucional

Tutor: Jorge Alexander Portocarrero Quispe

Madrid
Mayo de 2024

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA: PROBLEMÁTICA	6
2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.....	7
3. METODOLOGÍA.....	7
4. EL ESTATUTO BIOLÓGICO DEL EMBRIÓN HUMANO.....	8
5. LA FIGURA DEL PREEMBRIÓN.....	10

CAPÍTULO I: MARCO CONSTITUCIONAL DE LA COMPARACIÓN

1. RECONSTRUCCIÓN DEL ESTATUS JURÍDICO DEL NASCITURUS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1.1. El concepto de <i>nasciturus</i>	11
1.2. El derecho a la vida	11
1.2.1. <i>El nasciturus no es titular del derecho a la vida</i>	14
1.2.2. <i>La articulación de la protección del nasciturus: la concepción gradualista</i>	16
1.2.3. <i>El inicio de la vida humana: el preembrión</i>	17
1.3. La dignidad humana en la Constitución Española	20

2. RECONSTRUCCIÓN DEL ESTATUS JURÍDICO DEL NASCITURUS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN.

2.1. El concepto de <i>nasciturus</i>	22
2.2. Apuntes generales sobre la dignidad humana en la Ley Federal	23
2.2.1. <i>La dignidad como derecho fundamental</i>	24
2.2.2. <i>La intangibilidad de la dignidad humana</i>	24
2.3. Apuntes generales sobre el derecho a la vida	26
2.4. Dignidad humana y derecho a la vida	26
2.5. <i>Nasciturus</i>: ¿sujeto de derecho o bien constitucionalmente protegido?	
2.5.1. <i>Los pronunciamientos del Tribunal Federal Alemán</i>	
a. <i>El nasciturus como sujeto de derecho: cuestión abierta</i>	27
b. <i>La protección de la vida prenatal</i>	
i. <i>El “jeder” incluye a la vida no nacida</i>	28
ii. <i>El inicio de la vida humana</i>	29

iii.. Teoría de la continuidad	
c. Protección de la dignidad prenatal.	30
d. Articulación de la protección de los artículos 1.1. GG y 2.2 GG.....	30
2.6.2. <i>La doctrina constitucional alemana</i>	
a. El <i>nasciturus</i> como titular de derechos fundamentales.....	32
i. <i>El nasciturus es sujeto de derecho desde la fecundación.</i>	
ii. <i>El nasciturus es sujeto de derecho desde la anidación</i>	
iii. <i>La visión de los Servicios Científicos del Bundestag Alemán</i>	
b. El <i>nasciturus</i> no es titular de derechos fundamentales	34

**CAPÍTULO II: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS CUESTIONES
PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL ESTATUS JURÍDICO DEL NO NACIDO.**

1. SOBRE EL EMBRIÓN <i>IN VIVO</i> : LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO	35
1.1. La regulación alemana	
1.2. La regulación española	
2. SOBRE EL EMBRIÓN <i>IN VITRO</i>	38
2.1. Embriones “sobrantes”.	38
2.1.1. <i>La regulación alemana</i>	
2.1.2. <i>La regulación española</i>	
2.2. Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)	39
2.2.1. <i>La regulación alemana</i>	
2.2.2. <i>La regulación española</i>	
2.3. La investigación con preembriones.	41
2.3.1. <i>La regulación alemana</i>	
2.3.2. <i>La regulación española</i>	
2.4. La clonación terapéutica	42

**CAPÍTULO III: VALORACIÓN GENERAL DEL MODELO ALEMÁN Y DEL
MODELO ESPAÑOL**

1. SOBRE EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DEL ABORTO.....	43
2. SOBRE EL DGP Y LA INDICACIÓN EUGENÉSICA.	45
3. SOBRE EL DESTINO DE LOS EMBRIONES “SOBRANTES”.	46

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES.....	47
1. SOBRE EL PORQUÉ ÚLTIMO DE LAS DIFERENCIAS	
2. SOBRE EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA NECESARIA CONCRECIÓN DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE <i>NASCITURUS</i> .	
3. SOBRE LA NECESARIA INCORPORACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE UNA MENCIÓN AL <i>NASCITURUS</i> COMO BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO.	
4. SOBRE LA EVENTUAL PROYECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL <i>NASCITURUS</i> EN ESPAÑA.	
5. VALORACIÓN FINAL. SOBRE LA CONSIDERACIÓN DEL <i>NASCITURUS</i> COMO SUJETO DE DERECHO O COMO BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO.	
BIBLIOGRAFÍA.....	53

LISTADO DE ABREVIATURAS

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BVerfGE: Bundesverfassungsgericht.

CC: Código Civil español.

CE: Constitución Española.

DIP: diagnóstico genético preimplantacional.

ESchG: Embryonenschutzgesetz.

FIV: fecundación *in vitro*.

FJ: fundamento jurídico.

GG: Grundgesetz.

ibid.: el trabajo citado coincide con el de la nota a pie inmediatamente anterior.

op. cit.: referencia a una obra citada con anterioridad.

p.: página (pp.: páginas).

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

StGB: Strafgesetzbuch.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA: PROBLEMÁTICA

Hasta hace unas décadas, la protección del concebido no nacido se planteaba únicamente desde el prisma del aborto. Han sido los avances biomédicos y biotecnológicos –destacadamente las técnicas de reproducción asistida– los que han ido descubriendo vacíos legales que el Derecho ha ido cubriendo.

El surgimiento de otra forma de *nasciturus*, el embrión *in vitro* (originado fuera del seno materno), ha conllevado el aumento de la vulnerabilidad del embrión humano durante sus primeras fases de desarrollo. Se da paso a nuevas posibilidades de manipulación y agresión, que van más allá de la interrupción de su desarrollo, lo que ya constituía la principal amenaza para la forma tradicional de *nasciturus*, el embrión *in vivo* (originado en el seno materno).

El destino del embrión *in vitro* ha sido desplazado del dominio de la Naturaleza al del laboratorio: fecundación y gestación (iniciada con la implantación del embrión en el útero) han quedado disociadas, y sin acción humana de por medio, la segunda no se ocurrirá. Es más, esas mismas nociones, la de fecundación y la de gestación, están siendo difuminadas por las perspectivas de fenómenos como el de la ectogénesis¹ o la creación de embriones sintéticos². No resultaría descabellado que en un futuro existieran humanos no concebidos mediante fecundación (ya natural, ya *in vitro*) y no gestados en un vientre.

Más allá de la consideración de estos nuevos horizontes, a los que el Derecho se ha de extender a fin de no dejar desprotegido al embrión, el grado de protección se le otorga al *nasciturus* en las distintas partes del mundo dista de ser homogéneo. No sólo depende de la distinta calificación jurídica que se considere que merece el *nasciturus* (¿es un sujeto o un bien?), sino también de la concepción misma que se maneje de la vida, muy particularmente su inicio. No existe consenso sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida.

¹ La ectogénesis es el proceso de desarrollo humano fuera del vientre materno, en úteros artificiales.

² Me refiero a aquellos que no se originan mediante fecundación (unión de gametos masculino y femenino), sino mediante técnicas como la reprogramación celular, o la clonación. Resulta una realidad cada vez menos lejana. Véase en este sentido: Parra, S., “Por primera vez, crean modelos de embriones humanos sintéticos en el laboratorio”, National Geographic, 26 de junio de 2023 (disponible en https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/por-primer-vez-se-han-creado-modelos-embriones-humanos-sinteticos-laboratorio_20160 ; última consulta 19/03/2024).

En el ámbito europeo, el TEDH ha considerado que la determinación del comienzo de la vida entra dentro del margen de apreciación de los respectivos Estados³. Dentro de dicho ámbito, España y Alemania han abordado la cuestión del estatuto jurídico-constitucional del embrión de manera diametralmente opuesta, pudiéndose sintetizar la diferencia una resolución distinta de la dicotomía sujeto-bien. En España, el *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido. En Alemania, la opinión doctrinal predominante (a falta un pronunciamiento contundente por parte del Tribunal Federal, como se ilustrará en la segunda parte del Capítulo I) es que el embrión es sujeto de derecho.

2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

En primer lugar, se ha elegido el estatuto jurídico-constitucional del *nasciturus* en Alemania para su comparación con el español por la perspectiva de contraste crítico que ello ofrece. Se busca la máxima calidad y completitud del diagnóstico del estatuto jurídico-constitucional del *nasciturus* en España.

Así es como, mediando dicho análisis comparativo, se pretende detectar incoherencias y debilidades dentro ambas configuraciones del estatuto jurídico-constitucional del embrión, con especial atención a la integración de aquellos avances de la Ciencia que el legislador ha decidido aceptar y compatibilizar con la tutela de la vida no nacida. El objetivo último es, como ya se adelantado, la crítica y mejora del marco constitucional español de protección del embrión humano.

En segundo lugar, esa incertidumbre en la que se mueve el debate la protección del embrión humano se ha trasladado a los pronunciamientos de los respectivos Tribunales Constitucionales. En consecuencia, el discernimiento de los respectivos modelos constitucionales de protección tiende a enrevesado. Por ello, un análisis con pretensión de totalidad de ambos sistemas con miras a su comprensión integral es la segunda de las razones que justifica este trabajo.

3. METODOLOGÍA

En las siguientes páginas, se analizarán los marcos constitucionales de protección del *nasciturus* en España y en Alemania, para luego contrastarlos con las respectivas regulaciones de las cuestiones problemáticas en torno al embrión humano, identificando

³ Se ratifica esta doctrina en el caso *Evans c. Reino Unido*, de 2007 (núm. 6339/05).

debilidades y aquellos aspectos aprovechables. La espina dorsal de la investigación acometida se conforma por dos cuestiones clave: la concepción del inicio de la vida, y la calificación jurídico-constitucional del embrión humano.

El *tertium comparationis* es el similar sistema constitucional que comparten ambos Estados (aunque cómo se verá, diferencias en apariencia sutiles tienen enormes repercusiones), y la premisa compartida de que el embrión es valioso moral y jurídicamente, por lo que merece protección constitucional.

Conviene apuntar que no se trata de dilucidar el estatuto ontológico del *nasciturus* para determinar qué calificación del mismo, si la de bien o sujeto, es más adecuada desde el punto de vista de un “Derecho natural”. Tampoco es este un trabajo de Bioética. Se trata de un análisis comparativo y crítico desde un ideal de coherencia.

Se ha enfocado este trabajo desde el Derecho constitucional, por lo que las referencias al tratamiento que el Derecho penal y el civil hacen del embrión humano (y los debates que se plantean desde esas perspectivas) son incidentales. Se han analizado la jurisprudencia y doctrina constitucional alemana y española, consultándose los textos en su idioma original (español y alemán⁴). La alusión a normas internacionales es escasa, por exceder éstas el objeto de este trabajo.

El objeto de este trabajo es deliberadamente amplio, pues es en esa vocación de amplitud donde yace su valor como herramienta de comprensión del estatuto jurídico-constitucional del *nasciturus* en España y Alemania.

4. EL ESTATUTO BIOLÓGICO DEL EMBRIÓN HUMANO⁵

Lo científico no tiene por qué de determinar totalmente lo jurídico. Pero es esencial que haya una relación suficientemente íntima entre ambos mundos como para que la argumentación jurídica no pierda solidez o legitimidad por falta de racionalidad. Se requiere por tanto, en asuntos como el que nos ocupa, un mínimo enfoque interdisciplinar.

Así es como conviene destacar algunos hitos relevantes del desarrollo embriológico humano (en sus estadios iniciales) de cara a la comprensión del estatus

⁴ El grado de abstracción que permite el idioma alemán, que puede relacionarse con la proliferación de las más complejas teorías doctrinales, ha dificultado la investigación y sobre todo la explicación sintética del modelo alemán.

⁵ La información se ha extraído de M. Carlson, B., *Embriología humana y biología del desarrollo*, Elsevier, 2019.

jurídico del embrión. Es un proceso complejísimo que apenas va a quedar esbozado en las siguientes líneas.

Lo que se detalla a continuación se refiere a un desarrollo desde una fecundación *in vivo*:

- Día 1. Fecundación: se unen de los gametos para dar lugar al cigoto. Proceso que ocurre durante varias horas. El cigoto comienza a dividirse, dando lugar a un creciente número de células, denominadas blastómeras.
- Días 2-3. Mórula: 4-16 células. Hasta el estadio de 8 células (cuando comienza la actividad metabólica propia del preembrión), todas ellas son totipotentes (capaces de generar un organismo completo). A partir de entonces, pasan a ser pluripotentes (capaces de diferenciarse en cualquier tipo de célula).
- Días 4-5. Blastocisto: ya estamos ante 16 o más células.
- Día 6: Unión del blastocisto al endometrio (tejido del útero).
- Días 7- 12. Se produce la anidación o implantación en el útero. Aparece la conocida como “estría primitiva”, y con ello desaparece la posibilidad de que se generen gemelos monocigóticos. Este proceso ha recibido también el nombre de “individuación”.
- Día 19. Inicio del desarrollo del sistema nervioso.
- Día 23. Inicio del latido cardíaco.
- Parece que es a partir de la semana vigésima cuando el feto comienza a poder sentir dolor, pero no es algo que se pueda saber con certeza⁶.

Basta esta sintética e incompleta enumeración para concluir que no hay fronteras definidas. Señaladamente, la anidación o implantación en el útero, que se configura como la frontera entre preembrión y embrión que se va a comentar a continuación, dista de ser instantánea: es un proceso que se prolonga durante varios días.

Sin embargo, el Derecho ha tomado ciertos momentos (como la anidación) y los ha tratado como precisos, derivando importantes consecuencias jurídicas⁷.

⁶ Dolderer, A. B. *Menschenwürde und Spätabbruch* (Vol. 38). Springer-Verlag, 2012, p. 13.

⁷ En el esquema de *Roe vs. Wade*, se planteó la configuración de un derecho al aborto sobre la base de ciertos hitos del desarrollo biológico del embrión humano. Este precedente ha sido descartado en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022).

5. LA FIGURA DEL PREEMBRIÓN

El término “preembrión” fue introducido a finales de los años 70 en el seno del debate sobre la fecundación *in vitro* para designar al embrión desde la fecundación hasta su implantación en el útero⁸. También se conoce como “embrión preimplantacional”.

La distinción cualitativa entre preembrión y embrión encontraría su justificación en la indeterminación en la que se mueve el preembrión hasta que se anida en el útero (lo que dificultaría su consideración como “individuo”). Por ejemplo, no todas las células del blastocito acabarán formando parte del cuerpo del embrión (algunas constituirán la placenta), pero es imposible determinar cuáles. Es con la anidación cuando aparece cierto orden en las células embrionarias, se puede determinar qué células van a desarrollarse en qué grupos de órganos⁹. Además, hasta la aparición de la “estría primitiva” (con la anidación), existiría la posibilidad imprevisible de que se forme más de un individuo (gemelos monocigóticos).

En la literatura científica y bioética el término de preembrión ha caído en desuso¹⁰. Tampoco aparece en la ley alemana, pero sí en la española¹¹, ya desde la primera regulación que se hizo de las técnicas de reproducción asistida¹². También ha hecho uso de él nuestro Tribunal Constitucional en sus SSTC 212/1996 y 116/1999. En las siguientes páginas, se va a hacer uso de este término con asiduidad.

A fin de evitar confusiones, conviene hacer una última aclaración. De cara al contenido de este trabajo, siempre que se use el término “embrión” sin contraponerlo de inmediato al de “preembrión”, se está usando como referencia general a la vida prenatal desde la fecundación hasta el culmen del desarrollo embriológico (incluyéndose, por tanto, al preembrión en su ámbito de referencia).

⁸ Martín Ayala, M. “El estatuto jurídico del embrión. El diagnóstico genético preimplantatorio” en Larios Risco D., (coord..) *et al.*, *Tratado de derecho sanitario, Volumen II*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 707.

⁹ Haßmann, H., *Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung* (Vol. 13). Springer-Verlag, 2013, p. 101.

¹⁰ Martín Ayala, M. *op. cit.*, p. 707.

¹¹ El Art. 1.2 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, lo define 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”. Esta misma definición la recoge el art. 3 s) de la Ley 14/2007 de Investigación biomédica.

¹² Ley 35/1988, de 22 de noviembre, por la que se regula las técnicas de reproducción asistida humana (BOE 24 de noviembre de 1988) .

CAPÍTULO I: MARCO CONSTITUCIONAL DE LA COMPARACIÓN

1. RECONSTRUCCIÓN DEL ESTATUS JURÍDICO DEL *NASCITURUS* EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

En España, la tutela constitucional del *nasciturus* se canaliza a través del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE). Puede encontrarse una protección residual en la dignidad humana (art. 10 CE).

Lo aquí desarrollado se basa en la jurisprudencia constitucional española sobre la materia, más clara y más amplia que la alemana, abarcando también al embrión *in vitro*. Se afirma inequívocamente que el *nasciturus* es bien constitucionalmente protegido y no sujeto de derecho. Aunque en lo relativo al inicio a la vida resulta, como se verá, algo más difusa.

1.1. El concepto de *nasciturus*

Es *nasciturus* el concebido no nacido. En España, el *nasciturus* no es persona jurídica¹³.

El art. 29 CC versa:

“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”.

Por su parte, el art. 30 CC, al que se remite, versa:

“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

De acuerdo con el art. 29 CC, donde sea posible y beneficie al *nasciturus*, se ha de equiparar la situación del concebido no nacido al nacido.

Específicamente, se regula la donación a concebidos no nacidos (art. 627 CC). Además, la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce la posibilidad de que el *nasciturus* sea parte de los procesos civiles para los efectos que le sean favorables.

No es que el *nasciturus* sea ya titular de derechos en esas situaciones en las que, en su beneficio, se le equipara al nacido. Será nacimiento el que determinará la adquisición,

¹³ El TC ha negado la personalidad jurídica del embrión *in vitro*. En Beriaín, Iñigo De Miguel. “El concepto de embrión en la ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica” en Adroher Biosca, S. (ed.) *Los avances del Derecho ante los avances de la medicina*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008, p. 1057.

con carácter retroactivo, de esos derechos en juego, por determinarse entonces la personalidad jurídica del individuo¹⁴. En principio, el “ser persona” es condición necesaria para ser titular de derechos. Pero el debate, en palabras de PÉREZ-ROYO, se plantea sobre si la titularidad del derecho a la vida constituye una excepción a esa regla general¹⁵.

El *nasciturus* es tal mientras es viable, sin perjuicio de la dificultad de definir lo que es la viabilidad en el ámbito del embrión *in vitro*. Una vez desaparecida su potencialidad como ser humano (su “viabilidad”), dejamos de estar ante un *nasciturus*¹⁶.

La cuestión de a partir de cuándo podemos hablar de un “concebido” en relación con la aplicación del art. 29 CC es espinosa. Si se considera que desde la fecundación, el preembrión es *nasciturus* con todo lo que ello implica. Si se considera que desde la anidación, el preembrión no es *nasciturus*.

Más adelante se comentarán las respuestas que se barajan desde el Derecho constitucional. En el Derecho civil, la doctrina no es uniforme. Parte de la doctrina¹⁷, tomando la referencia que en el art. 30 se hace al “seno materno”, supeditan la condición de *nasciturus* a la implantación en el útero¹⁸: el preembrión no es *nasciturus*. Se evitarían así ciertos conflictos en relación con transmisiones patrimoniales asociados con el hecho de que los preembriones se puedan crioconservar.

Otra parte de la doctrina civilista defiende que sí se ha de considerar *nasciturus*¹⁹.

1.2. El derecho a la vida

El art. 15 CE reza:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...).”

La ubicación sistemática que el derecho a la vida tiene dentro del texto constitucional es indicativa de la importancia capital que éste tiene en el esquema de

¹⁴ Vedera Server, R., *Lecciones de Derecho civil . Derecho civil I*. Tirant Lo Blanch, 2012, p. 210.

¹⁵ Pérez Royo, J. *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 2010, p. 286.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 212/1996, de 19 de diciembre de 1996. (BOE 22 de enero de 1997). FJ 5º.

¹⁷ Femenía López, P. J. *Status" jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido" in vitro*. [Tesis doctoral/ Universidad de Alicante], 1997 p. 405.

¹⁸ Nótese que esta visión excluye también a aquellos humanos que se desarrollaran en un útero artificial.

¹⁹ Femenía López, P. J. *op. cit.* 407.

derechos fundamentales²⁰. Encabeza la Sección Primera del Capítulo II (“Derechos y libertades”) del Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”).

Esta importancia capital encuentra su fundamento en el hecho de que sin vida humana, el resto de derechos no tienen existencia posible. En este sentido, el Tribunal Constitucional calificó en su STC 53/1985 la vida humana como “proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (FJ 3º)²¹. En este sentido la vida se configura como fundamento y soporte previo de la existencia del resto de derechos fundamentales, como *prius* lógico de todo derecho²².

De ahí que la garantía del derecho a la vida frente a las injerencias de terceros (e incluso propias) ocupe un lugar privilegiado entre las obligaciones del Estado. Ha de existir un sistema constitucional de protección de la vida humana, que no tiene necesariamente que recurrir siempre a la norma penal²³. A este sistema le subyace la imposición al poder público dos obligaciones. Una negativa, de no lesionar vida, y una positiva, el mandato de protegerla y hacer el derecho efectivo²⁴.

En el tema que nos ocupa, ese “todos tienen derecho a la vida” es la base constitucional de la protección del *nasciturus*, como precedente de la existencia de toda persona. En este sentido, se ha de tener en cuenta que el derecho a la vida no se configura como un derecho a vivir (en el sentido de empezar a existir²⁵), sino un derecho a seguir existiendo²⁶.

Esta relación entre el derecho a la vida y el *nasciturus* la ha delimitado el Tribunal Constitucional en cuatro sentencias que, si bien partían de distintos presupuestos, afectaban de una forma u otra al concebido no nacido.

El primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional español sobre la materia se produjo con la STC 53/1985, a raíz del planteamiento de un recurso previo de

²⁰ Montalvo Jääskeläinen, F., “Los derechos y las libertades individuales (I)” en Álvarez Vélez, M.I. (coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, Tirant Lo Blanch, 2020, p.372.

²¹ Aunque no es materia exenta de debate, como ilustra el voto discrepante a la sentencia citada del Magistrado Francisco Tomás y Valiente, que argumentó en su voto particular que no encontraba una razón de fundamento constitucional que permitiera afirmar que la vida humana sea un “valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”, caracterizando la afirmación de peligrosa jerarquización axiológica.

²² En palabras del Magistrado José Gabaldón López en la STC 212/1996, es “el soporte donde se inserta la personalidad jurídica y todos los derechos subjetivos”.

²³ Montalvo Jääskeläinen, F., *op. cit.*, p. 368

²⁴ Arruego, G., Los confines del derecho fundamental a la vida. *Revista española de derecho constitucional*, n. 115, 2019, p. 126.

²⁵ Aunque hay autores que defienden un “derecho a nacer”, como ALEGRE MARTÍNEZ en “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”. *Revista de derecho político*, (53), 2002, p. 354.

²⁶ Montalvo Jääskeläinen, F., *op. cit.*, p.367.

inconstitucionalidad contra la despenalización parcial del aborto. Presenta un sorprendente paralelismo con el precedente del Tribunal Federal alemán de 1975. Sorprendente porque, aunque juega con los mismos elementos y es evidente que tomó la sentencia alemana como inspiración, su contenido es, como se verá, muy distinto²⁷.

A continuación la STC 212/1996 (que resolvía un recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley 42/1988 de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, ya derogada) y la STC 116/1999 (resolvió un recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida, también derogada) continuaron perfilando la protección constitucional del concebido no nacido. El último pronunciamiento a destacar sobre el tema fue el que se produjo en 2023, el segundo sobre el aborto: la STC 44/2023. En ella, apelándose a una “interpretación evolutiva”, se rechaza que la STC 53/1985 constituya un parámetro de control de constitucionalidad. Pese a ello, se tomarán a continuación las conclusiones contenidas en la STC 53/1985 como base, porque, pese a lo que afirme, esta última sentencia se apoya constantemente en su doctrina, con una única importante desviación en la que se incidirá.

Las conclusiones indiscutiblemente expresadas en dichas sentencias son dos: que el *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida, sino bien bajo su protección, y que dicha protección se articula de forma gradual. No ha habido una determinación clara desde la jurisprudencia constitucional del momento (fecundación o anidación) que determina el inicio de la protección constitucional del *nasciturus*.

1.2.1. El nasciturus no es titular del derecho a la vida

Los testimonios de trabajos parlamentarios en el proceso de elaboración de la Constitución son reveladores del alcance que se le quiso dar al término “todos”²⁸.

Se propusieron enmiendas en las que se incluía explícitamente al *nasciturus* en el artículo 15²⁹, pero tales propuestas no llegaron al debate en Comisión. El Grupo Mixto propuso redactar el artículo como “El derecho de la **persona** a la vida y a la integridad física y moral son inviolables”³⁰. Dicha redacción se acogió parcialmente y el artículo

²⁷ Vives Antón, T., “Valoraciones etico-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15, 1985, p. 132.

²⁸ Suanzes-Carpegna, J. V., “La Constitución de 1978 en la historia constitucional española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (69), 2003, p. 46.

²⁹ Ollero Tassara, A., “Todos tienen derecho a la vida ¿Hacia un concepto constitucional de persona?” en Ballesteros Llompert, J. (coord.), *Justicia, solidaridad, paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Universidad de Valencia, 1995, p. 132.

³⁰ Mateos, Ó. I., “Los límites del derecho a la vida: el problema del tipo de fuente normativa de su regulación”. *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (4), 2000, p. 197.

quedo así: “La **persona** tiene derecho a la vida y a la integridad física, sin que en ningún caso, pueda ser sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”³¹. Alianza Popular propugnó la sustitución de “la persona” por “todos”, con el fin de incluir al *nasciturus* como titular del derecho a la vida, ya que de acuerdo con el artículo 30 del Código Civil los no nacidos no son personas, no tienen personalidad jurídica, por lo que hablar de “personas” hubiera significado libertad en cuanto a la despenalización/legalización del aborto³². Dicha enmienda fue aprobada.

En su STC 53/1985, el Tribunal Constitucional rechazó que la intención de los enmendantes de incluir al no nacido entre los titulares del derecho a la vida fuera determinante en la interpretación del art. 15 CE en relación con el *nasciturus*. De hecho, la conclusión de esta sentencia, confirmada por las posteriores, es que sólo los nacidos son titulares del derecho fundamental a la vida. Ese “todos” no abarca al concebido no nacido. Ello no estuvo exento de polémica³³: múltiples autores subrayaron las incoherencias internas de la argumentación llevada a cabo por los magistrados del Tribunal Constitucional³⁴.

Independientemente de ello, sin afán de entrar en debates doctrinales, la protección del *nasciturus* quedó por tanto explícitamente excluida en España de la dimensión subjetiva del derecho a la vida.

Por otro lado, en la sentencia mencionada (FJ 5º), sí se consideró relevante el “sentido objetivo del debate parlamentario”, afirmando que éste permite deducir inequívocamente que en el art. 15 CE se incluye la defensa del *nasciturus*.

En este sentido, el Tribunal rechaza que el *nasciturus* sea una parte del cuerpo de la mujer sobre la que ésta pueda libremente disponer. Declara que el *nasciturus*, como “*tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno del ésta” queda

³¹ *Ibid.* p. 198.

³² Aunque G. Rodríguez Mourullo, antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la materia, defendió que “ni la presencia del término “todos” en el artículo 15 supone la prohibición absoluta de la despenalización del aborto, ni la introducción de la palabra “persona” hubiera significado necesariamente plena libertad para tal despenalización”. Citado en Ollero Tassara, A. “Todos tienen derecho a la vida...”, *op. cit.* p. 127.

³³ Entre los que defienden que el embrión tiene derecho a la vida: Moreno Botella, G., “Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida.” *Anuario de Derecho eclesiástico*, 1991.

³⁴ Como OLLERO TASSARA en “Todos tienen derecho a la vida...”, *op. cit.* p. 347, que afirma que “quererle rendir al no nacido honores de sujeto, sin reconocerle a la vez la condición jurídico-constitucional de persona, lleva por esta vía a la paradoja final de situarnos ante un objeto tan valioso como para justificar la existencia de pintorescos derechos sin sujeto”. También ALEGRE MARTÍNEZ en “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”. *Revista de derecho político*, (53), 2002, p. 347. También FERNÁNDEZ SESGADO en *El sistema constitucional español* (Dykinson, 1992) refiriéndose a las “piruetas acrobáticas” de la argumentación del Tribunal y sus conclusiones incoherentes con la argumentación precedente.

protegido por el art. 15 CE en su dimensión objetiva³⁵. Además, considerando la singular relevancia que se ha predicado de la vida nacida como valor superior en nuestro sistema constitucional, el desarrollo prenatal no puede quedar desprotegido, ya que éste es condición indispensable para la existencia de todo nacido³⁶. Definiendo la vida humana como un “devenir”, que comienza con la gestación y finaliza con la muerte³⁷, la vida prenatal (la vida del *nasciturus*) merece protección constitucional como parte de ese “devenir”. En conclusión, el fundamento de su protección radica en el hecho de que, potencialmente, el *nasciturus* sea “un ser que en su día puede llegar a ser titular del derecho a la vida”, titular en potencia del derecho a la vida y del resto de derechos fundamentales.

1.2.2. La articulación de la protección del nasciturus: la concepción gradualista

La protección del *nasciturus* implica para el estado dos obligaciones (en consonancia con las que entraña el derecho a la vida que se han expuesto *supra*): “la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación” y la de “establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma” que puede implicar el recurso a las normas penales (STC 212/1996, FJ 3º).

El mandato efectividad del sistema de protección constitucional del *nasciturus* no implica que ésta haya dicha protección tenga que ser absoluta. La vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, puede ceder ante otros derechos y valores (como la vida de la madre, la salud de la madre, investigación científica...) ³⁸.

En relación con dicha modulación, se ha de tener en cuenta que, en el Derecho constitucional español, el peso en una ponderación del bien “vida del *nasciturus*” no es monolítico durante todo su desarrollo. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la concepción gradualista de la protección de la vida humana. En virtud de esta concepción, al existir fases cualitativamente diferentes en su desarrollo la protección de la vida humana en formación, su protección se ha de configurar conforme a un criterio gradual.

³⁵ Esta dimensión objetiva representa la “expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”, como se expresa en el FJ 4º de la STC 53/1985.

³⁶ Montalvo Jääskeläinen, F., *op. cit.*, p. 372.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional num.53/1985, de 11 de abril de 1985. (BOE 18 de mayo de 1985), FJ 5º.

³⁸ Desde la doctrina constitucional, esta equiparación en la balanza de ponderación de derechos y bienes fue también criticada. Así lo hace en OLLERO TASSARA en “Todos tienen derecho a la vida...”, *op. cit.* p. 127.

En consecuencia *nasciturus* merecerá mayor o menor protección dependiendo desarrollo embriológico en el que se encuentre; cuanto más avance el embarazo, mayor será la protección. Así se expresa claramente en el FJ 3º de la STC 53/1985, en la que se dice que los cambios cualitativos que experimenta la vida humana por el paso del tiempo “tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”.

En este sentido, el Tribunal Constitucional identifica dos momentos con “particular relevancia” durante el embarazo: cuando el feto ya está lo suficientemente desarrollado como para sobrevivir por sí mismo, y el nacimiento. Nótese como el segundo momento no es inamovible: la posibilidad de que el feto sobreviva fuera del seno materno está directamente relacionada con los avances en neonatología³⁹.

Por otro lado, como contrapartida al hecho de que la protección de la vida del *nasciturus* no es absoluta, afirmaba la STC 53/1985 en su fundamento jurídico 9º que la protección de los derechos de la mujer tampoco puede tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*. En el caso de que se admitiera la prevalencia de tales derechos, se habrían de precisar “condiciones y requisitos”. Esta doctrina sido superada por la STC 44/2023, apelándose a una “interpretación evolutiva” de la Constitución. Se ha declarado así la constitucionalidad de la vigente regulación en relación con el aborto libre durante las primeras 14 semanas de embarazo con base en el reconocimiento de un derecho incondicional de la mujer al aborto durante este periodo.

El cualquier caso, dentro de este marco, el alcance que tiene la protección del *nasciturus* como bien constitucionalmente protegido queda en manos del legislador⁴⁰. La evolución legislativa se ha dado en el sentido de una progresiva desprotección⁴¹.

1.2.3. El inicio de la vida humana: el preembrión

Sabiendo que el *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido bajo el derecho a la vida (art. 15 CE), y que la intensidad de dicha protección está estrechamente relacionada con la fase del desarrollo embrionario en el que se encuentre, queda responder a una pregunta esencial: cuándo podemos comenzar a hablar de que existe un *nasciturus*

³⁹ En la STC 44/2023 (FJ 7º) se recoge que la frontera de límite de viabilidad del feto fuera del seno materno se sitúa entre las 21 y 25 semanas.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 212/1996, de 19 de diciembre de 1996, (BOE 22 de enero de 1997), FJ 3º, y Sentencia del Tribunal Constitucional num.116/1999, de 17 de junio de 1999,. (BOE 8 de julio de 1999), FJ 5º.

⁴¹ La Ley 14/ 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida y la Ley 14/2007 de Investigación biomédica son más permisivas que sus predecesoras (destacadamente, la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos y la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, por la que se regula las técnicas de reproducción asistida humana).

protegido constitucionalmente. Dar respuesta a esta pregunta significa dilucidar si el preembrión (definido legalmente como el embrión durante los primeros 14 días desde la fecundación⁴²) es también vida humana protegible constitucionalmente, o si por el contrario no le alcanza dicha protección. Ello es determinante, ya que la mayor parte de avances biotecnológicos generan tensión entre su protección y la práctica médica o científica en cuestión.

Como ya se ha afirmado, la STC 53/1985, el TC afirmó que la vida humana es un “devenir”, que comienza con la gestación y finaliza con la muerte. Aunque la definición del término “gestación” fue debatida, ya con la STC 116/1999 se pudo dilucidar claramente que esta comienza con la implantación del embrión en el útero (proceso iniciado con la transferencia si se tratara de un embrión *in vitro*, y alrededor del séptimo día en el caso del embrión *in vivo*, aunque el TC y la ley hablan de la frontera de los 14 días)⁴³. Por su parte, la STC 44/2023 en su f.j. 5 dice que la gestación es “un término perfectamente acuñado (...) para referirse al cómputo de las semanas de embarazo”, cuyo comienzo se daría en “el momento de la anidación o implantación en el útero de la mujer del óvulo fecundado”.

Si nos ceñimos a lo anterior, que la vida humana es un devenir que comienza con la gestación, siendo el comienzo de la gestación la implantación del embrión en “el útero de la mujer”⁴⁴ necesariamente alcanzaríamos las siguientes conclusiones:

- Que el preembrión o embrión preimplantacional no es vida humana (ni el *in vivo*, ni el *in vitro*, ni el sintético), por lo que no merece la protección constitucional del art. 15 CE⁴⁵.
- Que el embrión *in vitro* no implantado cuyo desarrollo se prolongue más allá de los 14 días, por ejemplo en un útero artificial, tampoco es un bien constitucionalmente protegido⁴⁶, al no haber gestación propiamente dicha.

⁴² Art. 3 s) de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE 4 de julio de 2007).

⁴³ El Tribunal afirma que el no llegar a transferir los preembriones al útero materno no constituye una “interrupción” del embarazo, porque el embarazo todavía no ha comenzado (FJ 10º).

⁴⁴ Omitimos la referencia a “del óvulo fecundado” de cara a las siguientes conclusiones porque en la definición legal de embrión, recogida en el art. 3 l) de la Ley 14/2007, de Investigación biomédica, también se hace.

⁴⁵ En este sentido, en la STC 116/1999 se afirma que “los preembriones no implantados (...) no son persona humana por lo que el 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)” (FJ 11º).

⁴⁶ Aunque esta posibilidad es, de momento, tanto ilegal como imposible científicamente. El art. 74 de la Ley 14/2007, de investigación biomédica prohíbe el desarrollo de los preembriones *in vitro* más allá del día 14 desde la fecundación.

La cuestión se complica porque la STC 116/1999 contiene afirmaciones que permiten defender que el preembrión sí es *nasciturus*. En el FJ 9º se admite la investigación con fines diagnósticos, terapéuticos o preventivos con preembriones no viables precisamente porque no son viables. La viabilidad es una “apreciación fundamental en orden a examinar la conformidad (...) a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE”. De esto se deduciría, a contrario, que los preembriones viables sí son bienes constitucionalmente protegidos.

En el FJ 12º, en relación con el diagnóstico genético preimplantacional, se dice que “los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno”. Esto puede interpretarse en el sentido de que, si bien esta protección no es “equiparable” a los embriones ya implantados en el útero, sigue existiendo una protección constitucional (lo que sería totalmente conforme a la concepción de la vida en desarrollo como merecedora de una protección gradual).

Criterios biológicos tampoco parecen ofrecer respuestas concluyentes. Tanto autores que sitúan en la fecundación el inicio de la vida como aquellos que lo hacen en la anidación (como ROMEO CASABONA⁴⁷), fundamentan sus conclusiones en la Biología.

Los primeros hablan del individuo como identidad genética única como realidad innegable desde la fecundación. El preembrión también habría de ser considerado bien constitucionalmente protegido: estamos ante vida humana.

Los segundos, apelan a la incertidumbre biológica que impregna el desarrollo embrionario durante los primeros 14 días⁴⁸. El preembrión no ha de considerarse “vida humana” merecedora de protección del derecho a la vida.

Dejando atrás la Biología, una línea argumentativa interesante (y estrechamente relacionada con el pronunciamiento del Tribunal Federal alemán de 1975 sobre el aborto) es la que propone BUSTOS PUECHE⁴⁹. El Tribunal Constitucional se habría referido al inicio de la gestación como punto de inflexión sólo de cara al análisis del fenómeno de la interrupción voluntaria del embarazo, no en general. Ello dejaría espacio para la inclusión del embrión *in vitro* dentro de la protección desplegada por el art. 15 CE de cara al encaje constitucional de los distintos fenómenos que le afectan.

⁴⁷ En *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

⁴⁸ Comentada en el quinto apartado de la introducción: “La figura del preembrión”.

⁴⁹ En su obra *El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas*, citado por Femenía López, P. J. *op. cit.* p. 342.

Teniendo todo lo anterior en cuenta, es defendible, que el Tribunal Constitucional, aún en su incoherencia, haya querido reconocer una dimensión constitucional a la protección del preembrión. En este sentido, el citado F.J. 12º., el Tribunal Constitucional utiliza indirectamente la expresión “vida en formación” para referirse a los preembriones *in vitro*, además de hablar de “preembriones vivos”.

Puede concluirse, aún sin contundencia, que el preembrión es también *nasciturus* constitucionalmente protegido por el art. 15, independientemente de que se proyecte sobre él una protección menor que sobre el embrión implantado, coherente con la tesis de la protección gradual de la vida en desarrollo.

1.3. La dignidad humana en la Constitución Española.

El Tribunal Constitucional tilda a la dignidad humana de “fundamento jurídico del ordenamiento jurídico entero” (STC 5/1981, FJ 19º) y de “mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 57/1994, FJ 3º).

La dignidad humana en el Derecho español no es un derecho fundamental, sino un principio fundamental, y no cabe invocar la protección del artículo 53.2 (recurso de amparo) basándose estrictamente en ella; sólo cabe traerla a colación su vulneración en relación con derechos fundamentales concretos⁵⁰.

El artículo 10.1 de la Constitución Española reza:

“La dignidad **de la persona**, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”¹.

Que el *nasciturus* posea dignidad queda fuera de toda discusión en cuanto el Tribunal Constitucional rechaza que sea titular del derecho fundamental a la vida. Además ello tendría difícil encaje con la conceptualización que en la doctrina se ha tendido a hacer de la dignidad humana. A título de ejemplo, DE ESTEBAN y GONZÁLEZ TREVIJANO definen la dignidad como el “respeto debido a toda persona, por encima de sus

⁵⁰ Sayago Armas, D., *Dignidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 79.

circunstancias propias, y que prohíbe cualquier tratamiento que pueda suponer un menoscabo en el ejercicio de sus derechos fundamentales”⁵¹.

Independientemente de ello, el Tribunal Constitucional, al rechazar que los embriones inviábiles puedan ser considerados *nascituri* protegidos constitucionalmente, reconoce una “determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos” de la dignidad de la persona⁵². Si se reconoce dicha proyección de la dimensión objetiva de la dignidad humana a los embriones inviábiles, con mayor razón se la reconocerá a los embriones viables. De ahí que se proscriba su patrimonialización⁵³ o su patentabilidad.

Sobre la delimitación de esta proyección de una dimensión objetiva de la dignidad en relación con el *nasciturus* no se encuentra prácticamente nada en la jurisprudencia constitucional. Se afirma en la STC 116/1999 que la investigación sobre embriones no viables con fines terapéuticos y de investigación no vulnera el principio de dignidad de la persona, lo que no tiene gran repercusión en el tema que nos ocupa, teniendo en cuenta que si no hay viabilidad no hay *nasciturus* desde el punto de vista constitucional.

2. RECONSTRUCCIÓN DEL ESTATUS JURÍDICO DEL *NASCITURUS* EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN

En la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*, en adelante GG), al igual que en la española, no existe referencia expresa al *nasciturus*. Pese a ello, su protección constitucional se ha configurado a través de los artículos 1.1 GG (dignidad humana) y 2.2 GG (derecho a la vida e integridad física).

El Tribunal Federal alemán ha dictado dos sentencias relativas al *nasciturus* en su historia. La primera, el 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39,1), la segunda, el 28 de mayo de 1993 (BVerfGE 88, 203). En ellas, ni se ha pronunciado con tanta claridad ni

⁵¹ En su obra *Tratado de Derecho constitucional*, Universidad Complutense de Madrid, 2004; citado por Macías Jara, M., Montalvo Jääskeläinen, F., “Teoría general de los derechos y libertades” en Álvarez Vélez, M.I. (coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 351.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 212/1996, de 19 de diciembre de 1996 (BOE 22 de enero de 1997) (FJ 5º).

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional num.116/1999, de 17 de junio de 1999 (BOE 8 de julio de 1999), (FJ 11º).

con tanta amplitud sobre la protección al concebido no nacido como su homónimo español.

Ambas sentencias versan sobre la interrupción voluntaria del embarazo, y ambas nacieron con causa de recursos de inconstitucionalidad frente a la regulación al respecto vigente en su momento.

Considerando, además, como se detallará más adelante, que el Tribunal Federal únicamente se refiere al embrión a partir de la anidación, no existe en Alemania jurisprudencia constitucional sobre el embrión *in vitro*.

Por tanto, es preciso acudir a la doctrina constitucional alemana para dilucidar el estatuto jurídico-constitucional del concebido no nacido; la jurisprudencia constitucional no basta. Las corrientes mayoritarias se materializan, principalmente, en los manuales de Derecho del Estado (*Staatsrecht*) y a través de los “Comentarios a la Ley Fundamental” (*Grundgesetz Kommentare*) más renombrados, como el de MAUNZ/DÜRIG

El modo y alcance de dicha protección se tratará de delimitar a lo largo de los siguientes apartados. Se adelanta que no existe unanimidad, lo que envuelve de cierta inseguridad a toda conclusión que se trate de alcanzar en la materia.

2.1. El concepto de *nasciturus*.

El artículo primero del Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB en adelante) versa:

“La capacidad jurídica de la persona comienza con la consumación del nacimiento”⁵⁴.

La supeditación de la adquisición de capacidad jurídica al nacimiento no soluciona la incógnita de si el *nasciturus* es titular de derechos fundamentales: capacidad jurídica (*Rechtshfähigkeit*) no equivale a la capacidad de ser titular de derechos fundamentales (*Grundrechtsfähigkeit*)⁵⁵.

Al estilo del Código Civil español, aunque el momento determinante para la existencia de capacidad jurídica sea el nacimiento, el mismo BGB reconoce personalidad

⁵⁴ Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Bürgerliches Gesetzbuch, traducción de Lamarca Marqués, A., Marcial Pons, 2013, p. 35.

⁵⁵ Ipsen, J., “Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos in vitro: Anmerkungen zu einer aktuellen Debatte”. *Juristenzeitung*, 56. Jahrg. n. 20, 2001, p. 991

jurídica al *nasciturus* en instancias previas con carácter condicional⁵⁶. Dicho carácter perderá su provisionalidad una vez se produzca el nacimiento del concebido no nacido.

Por ejemplo, el artículo 331 de la BGB permite celebrar un contrato en beneficio de terceros con el concebido no nacido como tercero. Y el artículo 1923 párrafo segundo dice que a quien al tiempo de la sucesión no viviera todavía, pero ya hubiera sido concebido, se le tiene como nacido a efectos de dicha sucesión.

2.2. Apuntes generales sobre la dignidad humana en la Ley Federal

El artículo 1, párrafo primero, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana reza:

“Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”.

Traducción:

“La dignidad **humana** es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”⁵⁷.

Como punto de partida, se ha de tener en cuenta que el tratamiento jurídico que recibe la dignidad humana en Alemania está profundamente marcado por la experiencia del nazismo. En 1949, se decidió colocar este artículo encabezando, no sólo el listado de derechos fundamentales, sino la Ley Fundamental⁵⁸.

En esta línea, el Tribunal Federal se refiere a la dignidad humana como un “valor jurídico supremo dentro del orden constitucional”⁵⁹, el “punto de partida de los derechos fundamentales”⁶⁰, el “fin supremo de todo derecho”⁶¹. Esta superioridad axiológica de la dignidad humana dentro del sistema constitucional alemán se refleja también en la imposibilidad de reformar el artículo (art. 79.3 GG), cuando el resto de derechos fundamentales sí son susceptibles de reforma.

⁵⁶ Bauermeister, T., Grobe, T., “Personen im Recht—über Rechtssubjekte und ihre Rechtsfähigkeit”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 51(6), 2022, p. 750.

⁵⁷ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>. Fecha de la última consulta: 17 de marzo de 2024.

⁵⁸ Pieroth, B. et al., *Grundrechte. Staatsrecht II*. CF Müller GmbH, 2012, p. 87.

⁵⁹ Sayago Armas, D., *op.cit.*, p. 54., refiriéndose a la sentencia BVerfGE 45,187.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Sayago Armas, D., *op.cit.*, p. 58.

Se ha de apuntar que las construcciones teóricas alemanas sobre la dignidad humana son inabarcables (y muchas complejísimas⁶²), como también los debates doctrinales que nacen en su seno.

2.2.1 *La dignidad como derecho fundamental*

La opinión doctrinal mayoritaria⁶³, sustentada por la jurisprudencia del Tribunal Federal, apunta a que la dignidad humana es un derecho fundamental (a diferencia de en España).

Consecuentemente, como todo derecho fundamental, la dignidad humana tiene eficacia directa (art. 1.3 GG), implica la vinculación de los poderes públicos (art. 1.3 GG), y es susceptible de control judicial (art. 19.4 GG). El Estado alemán tiene consecuentemente la obligación positiva de defender la dignidad de las personas ante intromisiones de terceros (*Schutzpflicht*)⁶⁴, y la obligación negativa de abstenerse de atacarla (*Abwehrrecht*).

2.2.2. *La intangibilidad de la dignidad humana*

Tradicionalmente, (y así se reflejó durante 45 años en el comentario a la Ley Fundamental de MAUNZ/DÜRIG) se tomaba el significado absolutamente literal del precepto: la dignidad humana es “intangible”. Esta concepción, fiel al espíritu original de la norma, se basa en la consideración de la dignidad humana como positivización del fundamento meta-jurídico del ordenamiento jurídico-constitucional, como especie de ancla al Derecho natural⁶⁵. Con fundamento de esta intangibilidad, numerosos autores se posicionan contra la ponderación de la dignidad humana en *todo* caso⁶⁶. Dice DI FABIO, que tal postura constituye una especie de blindaje dogmático a la discusión (señaladamente, de cara a los avances biotecnológicos y biomédicos): la primera frase del art. 1 impediría *toda* ponderación de bienes jurídicos o derechos fundamentales en detrimento de la dignidad humana⁶⁷. Lo que es un hecho es que la jurisprudencia

⁶² Por ejemplo, la distinción entre un principio no absoluto de dignidad humana (ponderable) y una regla absoluta de dignidad humana que hace ALEXY en su *Teoría de Derechos Fundamentales*.

⁶³ Pieroth, B. *et al.*, *Grundrechte. Staatsrecht II*. CF Müller GmbH, 2012, p. 88.

⁶⁴ E incluso frente al individuo: no se puede renunciar a la propia dignidad. En Schade, P., *Grundgesetz mit Kommentierung*. Walhalla Fachverlag, 2012.

⁶⁵ Böckenforde, E., “Die Würde des Menschen war unantastbar” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de septiembre de 2003 (disponible en <https://empfehlenswertes.files.wordpress.com/2013/05/bc3b6ckenfc3b6rde-faz-2003.pdf>)

⁶⁶ Como en Pieroth, B. *et al.*, *Grundrechte. Staatsrecht II*.

⁶⁷ Di Fabio, U., *Art. 2 II: Maunz/Dürig Grundgesetz*, 2004, p. 19.

constitucional sí admite su ponderación (dice ALEXY que como principio, porque como regla la dignidad sería absoluta⁶⁸).

Ni legal ni jurisprudencialmente se ha logrado definir lo que *es* la dignidad humana: el establecimiento de sus fronteras se basa en la determinación de lo que constituye su vulneración (definición negativa). Dijo el Tribunal Federal que no se puede dar una respuesta general, sino que hay que considerar cada caso en concreto⁶⁹. DÜRIG ideó una fórmula, denominada *Objektformel*, que permite discernir cuándo se ha vulnerado: cuando la persona haya sido tratada como un “objeto”, un “mero medio” (nótese la influencia kantiana). Las críticas a la amplitud e indeterminación de la *Objektformel* llegan no sólo desde la literatura, sino desde el propio Tribunal Federal⁷⁰ (que constantemente ha empleado esta fórmula).

Una de las más importantes rupturas con esta concepción tradicional de dignidad –como un absoluto– es la que recoge el Comentario a la Ley Fundamental de MAUNZ/DÜRIG desde 2003⁷¹, de la mano de HERDEGEN.

HERDEGEN rechaza la relevancia jurídica de esas “anclas morales” que trascendentes al texto constitucional, afirmando que de cara a los juicios de constitucionalidad, lo únicamente decisivo es el encaje de la dignidad humana en la Constitución y su exégesis como concepto de derecho positivo. También rechaza la absoluta intangibilidad de la dignidad humana, afirmando que se ha de poder diferenciar según intromisiones en cada caso concreto, ya que pueden estar justificadas (en la intensidad adecuada) para la protección de otro bien jurídico (como por ejemplo, la alimentación forzada en el caso de una huelga de hambre).

Frente a la *Objektformel*, HERDEGEN propone la “wertend-bilanzierende Konkretisierung”; que se admita, atendiendo a cada caso, una “concreción equilibrada” de la dignidad humana en su concreción frente a otros valores y derechos, siempre respetando su “núcleo”⁷².

⁶⁸ Alexy, R., Teoría de los Derechos Fundamentales, trad. Garxón Valdés, E., *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 1992, p. 108.

⁶⁹ BVerfGE 39, 1 [Schwangerschaftsabbruch I], de 25 de febrero de 1975.

⁷⁰ BVerfGE 9, 89, [Gehör bei Haftbefehl], de 8 de enero de 1959.

⁷¹ En el mundo jurídico se llegó a tildar de “cambio de época” (*Epochenbruch*) la actualización en este sentido de dicho Comentario. Véase: Enders, C. “Die Menschenwürde als normatives Prinzip – und ihre Bedeutung für den Embryonenschutz”. *Verfassungsblog*, 7 de mayo de 2019 (disponible en <https://verfassungsblog.de/die-menschenwurde-als-normatives-prinzip-und-ihre-bedeutung-fur-den-embryonenschutz/> ; última consulta 10/03/2024).

⁷² Herdegen, M., *Art. 1 I: Maunz/Dürig Grundgesetz*, 2009, p. 32.

2.3. Apuntes generales sobre el derecho a la vida

El artículo 2 de la Ley Fundamental proclama:

“Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden”.

Traducción⁷³:

Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley⁷⁴.

Para el Tribunal Federal, la vida se encuentra entre los más importantes bienes jurídicos. El derecho fundamental de la vida la “base vital” de la dignidad humana: sin vida humana, no hay dignidad humana.

De forma similar a lo que ocurrió en el caso de la dignidad humana, la inclusión en el articulado constitucional del derecho a la vida (junto con el derecho a la integridad física) en 1949 fue una reacción al terror nazi⁷⁵.

Esto se aprecia en el desarrollo jurisprudencial constitucional de este derecho. En su sentencia del 19 de diciembre de 1951, el Tribunal Federal, resaltó la vertiente negativa del derecho a la vida (*Abwehrrecht*), haciendo hincapié en la protección que ella implica frente al Estado, “especialmente” frente al asesinato organizado y experimentos forzosos en humanos⁷⁶. En contrapartida, la vertiente positiva del derecho (*Schutzpflicht*) se traduce en el deber del estado de proteger activamente la vida, tanto frente a terceros (incluida la madre) como frente al propio individuo.

2.4. Dignidad humana y derecho a la vida

La diferencia clave entre el derecho a la vida y la dignidad humana es que el derecho a la vida sí admite intromisiones legítimas que se articulen mediante una ley. Así

⁷³ Obtenida de: Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> . Fecha de la última consulta: 17 de marzo de 2024.

⁷⁴ La traducción oficial de “jeder” por el “toda persona” nos resulta un tanto inadecuada. No se dice en el articulado alemán que “Jeder Mensch” (toda persona/ todo humano) tiene el derecho a la vida, sino que se emplea el pronombre “Jeder”, cuyo significado se acerca más al “todos”, o a “cada uno”. El empleo del “toda persona” no excluye *per se* al *nasciturus*, pero tiene unas connotaciones que de las que la formulación alemana literal (“todos” o “cada uno”) carece.

⁷⁵ Pieroth, B. *et al.*, *Grundrechte. Staatsrecht II*. CF Müller GmbH, 2012, p. 469.

⁷⁶ Pieroth, B. *et al.*, *op. cit.*, p. 470.

lo reconoce la tercera frase del art. 2 GG arriba citado; el derecho a la vida podrá ser restringido en virtud de una ley.

En consecuencia, la opinión doctrinal mayoritaria es que vida y dignidad no se solapan totalmente⁷⁷. No toda intromisión en el derecho a la vida implica un ataque automático a la dignidad humana⁷⁸. Y viceversa: no toda vulneración de la dignidad humana implica una violación del derecho a la vida. Si se toma la visión tradicional de la dignidad como absoluta, si no se reconociera un desacoplamiento entre vida humana y dignidad humana, fenómenos cómo que la policía pueda legítimamente dar muerte a alguien serían difíciles de encajar.

HERDEGEN, conforme a lo dispuesto en el Comentario de DREIER (entre otros), afirma que se ha de separar de forma contundente la protección prenatal de la dignidad humana del comienzo de la protección del derecho fundamental a la vida, pese a la afirmación del Tribunal Federal de que “donde existe vida humana, le corresponde dignidad”⁷⁹. El propio Tribunal Federal asume ese desacoplamiento al considerar conforme a derecho, ya en su sentencia de 1975, el aborto en el caso de, por ejemplo, la concurrencia de una indicación médica⁸⁰.

Por ese desacoplamiento entre los artículos 1.1 GG y 2.2 GG, se ha de hablar de protección prenatal de la dignidad humana por un lado, y de protección prenatal de la vida por otro (aunque la discusión llega incluso a su negación).

2.5.1. *Nasciturus*: ¿sujeto de derecho o bien constitucionalmente protegido?.

2.5.1. Los pronunciamientos del Tribunal Federal.

a. El *nasciturus* como sujeto de derecho: cuestión abierta.

El Tribunal Constitucional Federal dejó en su primera sentencia sobre el aborto explícitamente abierta la cuestión de si el *nasciturus* es titular de derechos fundamentales o solo queda protegido por las dimensiones objetivas de la dignidad humana (art. 1.1 GG) y el derecho a la vida (art. 2.2 GG)⁸¹.

⁷⁷ Di Fabio, U., Art. 2 II: Maunz/Dürig Grundgesetz, 2004 y Herdegen, U., *Art. 1 I*: Maunz/Dürig Grundgesetz, 2009.

⁷⁸ Ipsen, J., *op. cit.*, p. 992, y Roller, M. *Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus*, Duncker und Humboldt, 2013, p. 85.

⁷⁹ BVerfGE 39, 1 [Schwangerschaftsabbruch I], de 25 de febrero de 1975.

⁸⁰ Denninger, E. “Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt”. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 86(2), 2003, p. 203.

⁸¹ En BVerfGE 39, 1 [Schwangerschaftsabbruch I], de 25 de febrero de 1975 (41), afirmado por ALEXY en su *Teoría de derechos fundamentales*, p. 195.

Consideró innecesario pronunciarse sobre ello, porque la protección constitucional del *nasciturus* como bien jurídico (*Rechtsgut*) se puede fundamentar en “un orden objetivo de valores, que tiene, por sí, suficiente validez como para servir de fundamento a la decisión constitucional” que incorporan los derechos fundamentales⁸². Su conclusión fue que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico que debe ser protegido incluso frente a la libertad de la madre. El encaje de la despenalización del aborto se configuró como una exclusión de responsabilidad penal en determinados casos.

En todo caso, el Tribunal Federal deja claro que el *nasciturus* queda protegido por al menos las dimensiones objetivas de dignidad humana (art. 1.1. GG) y derecho a la vida (art. 2.1 GG).

No faltan autores que subrayan la escasa coherencia de la decisión de no pronunciarse sobre la subjetividad del *nasciturus*⁸³ (aparte de otras incoherencias)⁸⁴. Es cierto que esa expresa renuncia resulta curiosa teniendo en cuenta el contenido de la sentencia: en el *jeder* de la formulación del derecho a la vida se incluye explícitamente al *nasciturus*, y se dice que donde hay vida humana hay dignidad humana, y que entre la vida no nacida y la nacida no pueden establecerse diferencias de valor. La referencia explícita a la innecesidad de determinar la subjetividad del *nasciturus* parece impedir que de afirmaciones como las mencionadas pueda derivarse contundentemente su condición de titular de derechos fundamentales.

b. La protección de la vida prenatal

i. El “jeder” incluye a la vida no nacida

Respecto al derecho a la vida, el Tribunal Federal interpreta ese “jeder” del art. 2.2. de la Ley Federal en su sentido más amplio: incluye a toda vida humana, y este concepto de vida humana alcanza también al *nasciturus*.. Dice que entre la vida no nacida y la vida nacida no se puede diferenciar ya que el derecho a la vida se le garantiza a todo el que viva⁸⁵, hablando constantemente del derecho a la vida del no nacido (“*Lebensrecht des Ungeborenen*”).

⁸² Vives Antón, T., *op. cit.*, p. 132.

⁸³ Herdegen, U., *Art. 1 I: Maunz/Dürig Grundgesetz*, 2009, p. 45 y Lübke, A., “Embryonenschutz als Verfassungsfrage”, *Zeitschrift Für Politik*, 36(2), p. 148

⁸⁴ Entre otras cuestiones ¿cómo se casaría la titularidad de dignidad del *nasciturus* con el aborto?. Ipsen, J., *op. cit.*, p. 990.

⁸⁵ BVerfGE 39, 1 [Schwangerschaftsabbruch I], de 25 de febrero de 1975 (110).

Esta inclusión de la vida no nacida en el ámbito (no sabemos si subjetivo) del derecho a la vida se fundamenta en tres razones.

La primero, que los estadios de desarrollo previos al nacimiento son necesarios para que éste se produzca, por lo que si la protección estatal se limitara al nacido, esta sería incompleta.

La segundo tiene que ver con una doctrina existente en la jurisprudencia constitucional alemana en virtud de la cual si se duda respecto al alcance de la protección de un precepto constitucional, la interpretación del mismo ha de ser extensiva⁸⁶. Se ha de optar por aquella interpretación que favorezca la mayor eficacia jurídica de la Constitución⁸⁷.

En tercer lugar, el Tribunal Federal hace referencia también al proceso constituyente que llevó a la promulgación de la Ley Fundamental en 1949⁸⁸, indicando que no hubo consenso respecto a la inclusión o no de la vida en formación en ese *jeder*.

Nótense las similitudes con la argumentación de la primera sentencia española sobre el aborto.

ii. *El inicio de la vida humana*

La protección canalizada a través del derecho a la vida queda lógicamente supeditada a que exista vida humana. En este sentido, el Tribunal Federal afirma que vida humana existe “en todo caso” (*jedenfalls*) a partir del decimocuarto día desde la fecundación, que es cuando se produce la anidación o implantación en el útero materno. Su argumentación se basa en que con la anidación, ya se puede hablar de individuo propiamente dicho. No sólo existe una unicidad genética, sino que además desaparece la incertidumbre respecto a la posibilidad de división y generación de gemelos.

Sin embargo, renuncia (en su sentencia de 1993⁸⁹) a pronunciarse sobre si existe ya vida humana desde la fecundación, dejando la cuestión abierta. Se justifica arguyendo que la problemática del aborto (sobre la que se estaba pronunciando) abarca únicamente el período de embarazo, afirmándose que el embarazo como tal comienza cuando el embrión ya se ha implantado en el útero, por lo que no es necesario dilucidar lo que ocurre antes de ese momento. Reconoce, por otro lado, que los conocimientos de la

⁸⁶ Guarda relación con ese *In dubio pro embryo* desarrollado en Willam, M. *Mensch von Anfang an?: eine historische Studie zum Lebensbeginn im Judentum, Christentum und Islam* (Vol. 117). Saint-Paul, 2007, p. 91.

⁸⁷ Zoder, I., “Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 49(1), 1996 p. 224.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 224.

⁸⁹ BVerfGE 88, 203 [Schwangerschaftsabbruch II], de 28 de mayo de 1993.

“antropología médica” sugieren que sí existe ya vida desde la fecundación. Con esta forma de pronunciarse (diciendo que renuncia a pronunciarse), el Tribunal Federal no descarta la posibilidad de considerar que al preembrión también le alcanza la protección de los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Fundamental.

En la doctrina, los momentos más defendidos como inicio de la vida humana son la fecundación (MURSWICK, SCHULZE-FIELITZ, LORENZ, BÖCKENFORDE) y la anidación (STARCK, DREIER, DI FABIO). Otros momentos más tardíos, como el comienzo del desarrollo cerebral (a los 40 días desde la fecundación), también cuenta con literatura que los respalda (JOERDEN).

iii. Teoría de la continuidad

Finalmente, el Tribunal Federal rechaza toda concepción gradualista de la vida humana⁹⁰, afirmando que el desarrollo de la vida es un proceso continuo desde que comienza, en el que no caben distinguir fases o acotaciones sobre las que quepa establecer diferencias de valor⁹¹. Es más, el Tribunal afirma explícitamente que la vida nacida y la no nacida tienen el mismo valor, conforme a las exigencias derivadas de la noción de dignidad humana.

c. La protección de la dignidad prenatal

Respecto a la dignidad humana, el Tribunal Federal afirma que si existe vida humana le corresponde dignidad⁹², y que por tanto a la vida no nacida le corresponde dignidad⁹³, al menos desde la reconoce al embrión al menos a partir de la anidación (considerando lo anteriormente expuesto). De esta forma, el camino recorrido para reconocer la protección de la dignidad prenatal no es mediante la exégesis del art. 1.1, sino a partir del reconocimiento de que el *nasciturus* es vida humana en formación.

d. Articulación de la protección de los artículos 1.1. GG y 2.2 GG

Las dimensiones de la protección concedida por la dignidad humana quedan sin determinar tanto en su dimensión objetiva como en su (eventual) dimensión subjetiva. En

⁹⁰ Zoder, I., *op. cit.* p. 224.

⁹¹ BVerfGE 39, 1 [Schwangerschaftsabbruch I], de 25 de febrero de 1975 (110).

⁹² Sayago Armas, D., *op.cit.*, p. 61.

⁹³ BVerfGE 88, 203 [Schwangerschaftsabbruch II], de 28 de mayo de 1993 (151).

el caso del derecho a la vida, el Tribunal Federal sí concreta algo más (confirmar una dimensión subjetiva).

El camino que toma para articular la protección constitucional del *nasciturus* es considerar que la dignidad que le corresponde (art. 1.1 GG) constituye la base de su protección (inclusive frente a la madre), cuyo alcance se articula a través del derecho a la vida (art. 2.1 GG)⁹⁴.

El deber de protección de la vida del *nasciturus* implica la ponderación de “su derecho a la vida” (*Lebensrecht des Ungeborenen*) como bien jurídico, frente a otros bienes jurídicos, como el derecho a la vida e integridad física de la madre (Art. 2.2GG) y su libre desarrollo de la personalidad (2.1 GG).

En su primera sentencia sobre el aborto, el Tribunal Federal concluye que el aborto ha de verse en principio como injusto (*Unrecht*) durante todo el embarazo. Considera que los intereses del *nasciturus* priman siempre sobre los de la embarazada, puesto el aborto implica la negación absoluta de la vida del *nasciturus*⁹⁵, mientras que los derechos de la gestante quedarían meramente vulnerados⁹⁶. Ahora bien, la garantía penal no es la única vía que el Estado puede emplear en el cumplimiento de su obligación de protección efectiva a la vida no nacida, afirma el Tribunal Federal (conclusión que también compartió el Tribunal Constitucional español posteriormente). Admite el aborto ante determinadas “indicaciones”: médica (por peligro de la vida o la salud de la embarazada), eugenésica (ante graves enfermedades o malformaciones del feto) y social (mediando una auténtica situación de necesidad). En cada caso mediará una causa exculpatoria o absolutoria.

En su sentencia de 1975, el Tribunal Federal declaró inconstitucional el aborto libre asesorado durante las primeras 12 semanas: un sistema de plazos sería inconstitucional por suponer una concepción gradual de la protección de la vida.

Sin embargo, en su sentencia de 1993 declaró que este aborto libre con consejo médico preceptivo era ilegal, pero consideró constitucional su despenalización (entraría dentro de la discrecionalidad del legislador que durante la fase inicial del embarazo la garantía empleada para proteger la vida del *nasciturus* sea el consejo médico⁹⁷).

⁹⁴ BVerfGE 88, 203 [Schwangerschaftsabbruch II], de 28 de mayo de 1993 (251) y Herdegen, M. “Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses”. *JuristenZeitung*, 56(15/16), 2001, P. 774.

⁹⁵ Di Fabio, U., Art. 2 II: Maunz/Dürig Grundgesetz, 2004, p. 49

⁹⁶ Zoder, I., *op. cit.* p. 255.

⁹⁷ Domingo, R. “Aborto y el Tribunal Constitucional Aleman-Observaciones sobre la Sentencia de 28 de Mayo de 1993” *Revista Chilena de Derecho*, 21, 273, 1994, p. 276.

2.5.2. La doctrina constitucional alemana

El Tribunal Federal, al considerar que el inicio de la vida existe “en todo caso” desde la anidación y pronunciarse solo en relación al embrión *in vivo*, deja abierta la cuestión del estatus jurídico del embrión *in vitro*. Éste es, por definición teniendo en cuenta la regulación actual, el embrión desde la fecundación hasta su transferencia a un útero materno para el inicio de la gestación (sin que esto último sea condición necesaria).

Teniendo en cuenta, además, la indeterminación que pesa sobre el inicio de la vida y la subjetividad del *nasciturus*, es necesario acudir a la doctrina constitucional. Ésta es de una enorme complejidad, que se ve aún más enrevesada por la cantidad de factores teóricos que juegan en la construcción de cada postura, como la concepción de la dignidad misma.

La opinión mayoritaria es que el embrión es titular de derechos fundamentales desde la fecundación.

a. El *nasciturus* como titular de derechos fundamentales

Dentro de esta corriente doctrinal, se considera al *nasciturus* incluido tanto en el calificativo “humana” que acompaña a la dignidad del art. 1.1. (*Würde des Menschen*) como en ese “toda persona” del art. 2.2 (*Jeder*). Esa subjetividad se extendería potencialmente también al resto de derechos fundamentales de los que el *nasciturus* sea susceptible de ser titular, como el derecho a no ser discriminado por razón de una discapacidad⁹⁸, introducido en la Ley Fundamental (art. 3.3) en 1994⁹⁹. También hay autores que reconocen una “integridad física” del *nasciturus*¹⁰⁰.

Entre los que atribuyen subjetividad al *nasciturus*, están los que lo hacen desde el momento de la fecundación, y los que supeditan dicha subjetividad a la implantación del embrión en el útero.

⁹⁸ Dolderer, A. B. *op. cit.*, p. 118.

⁹⁹ Nótese que la reforma fue posterior a los pronunciamientos respecto al *nasciturus* del Tribunal Federal

¹⁰⁰ Hay autores que niegan la integridad física del embrión *in vitro* por carecer este de la corporeidad (*Körperlichkeit*) que exigiría este derecho. Di Fabio, U., *Art. 2 II: Maunz/Dürig Grundgesetz*, 2004, p. 59.

i. El nasciturus es sujeto de derecho desde la fecundación.

Esta es la opinión defendida por la mayor parte de la doctrina¹⁰¹. Sería la fecundación la que marca el inicio de la vida por darse desde entonces una individualidad genética fruto de la fusión de los gametos masculino y femenino¹⁰².

Se arguyen razones de continuidad biológica ininterrumpida desde la existencia de un cigoto para negar la procedencia de considerar otros momentos del desarrollo embriológico como determinantes para la atribución de titularidad de derechos fundamentales¹⁰³.

ii. El nasciturus es sujeto de derecho desde la anidación

Una variación de esta opinión mayoritaria es la de establecer la anidación como momento del inicio de la vida, o al menos reconocer que es a partir de entonces cuando estamos ante un sujeto de derecho (antes existiría vida humana pero no un individuo humano¹⁰⁴). Sería entonces cuando desaparecería la indeterminación propia de la fase preembrionaria. Se rechazan razones argüidas por aquellos que defienden una subjetividad desde la fecundación como la de la potencialidad (por ejemplo, la potencialidad del cigoto *in vivo* es dudosa teniendo en cuenta que al menos la mitad no se llegan a anidar al útero¹⁰⁵). El preembrión quedaría entonces protegido meramente como bien jurídico (*Rechtsgut*), en tensión otros bienes jurídicos como la autonomía de la madre (en el caso del embrión fecundado *in vivo*) o el derecho a la libre investigación del artículo 5.3 GG (en el caso del embrión fecundado *in vitro*).

Esa protección del embrión preimplantacional se podría vincular a la Ley Fundamental (para justificar su carácter de “constitucional), de varias formas, entre las que destaca la propuesta de DI FABIO. Este autor afirma que aunque el derecho a la vida (art. 2.2 GG) no se proyectaría en la fase preembrionaria, sí lo haría la dimensión objetiva

¹⁰¹ BÖCKENFORDE, DÜRIG antes de la actualización del Comentario MAUNZ/DÜRIG por parte de HERDEGEN...

¹⁰² Herdegen, M. “Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses”. *JuristenZeitung*, 56(15/16), 2001, p 773.

¹⁰³ Por ejemplo, el feto antes de su nacimiento y el bebé recién nacido no se diferencian en nada desde el punto de vista de su desarrollo biológico.

¹⁰⁴ Dreier, H. “Diesseits der Grenze zum Menschen” *Süddeutsche Zeitung*, 13 de abril de 2011, p. 12 (disponible en: https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Beitraege_132_SZ_2011_Diesseits_der_Grenze_zum_Menschen_ZTG.pdf)

¹⁰⁵ DREIER habla incluso de dos tercios, *ibid.*

de la dignidad humana (art. 1.1 GG), que proscibiría toda instrumentalización del preembrión en la medida en que es “vida humana en potencia”¹⁰⁶.

*iii. La visión de los Servicios Científicos del Bundestag Alemán*¹⁰⁷

Los Servicios Científicos del Bundestag Alemán¹⁰⁸ en un informe de 2018 sobre la protección del no nacido en Alemania, se posicionaron a favor de la protección del *nasciturus* por las dimensiones subjetivas de dignidad y del derecho a la vida al menos desde la anidación (citando la jurisprudencia constitucional).

Proceden a hacer referencia a como una gran parte de la literatura reciente se ha posicionado a favor de la consideración de la fecundación como inicio de la vida. La posibilidad del desarrollo embrionario en un útero artificial (y por tanto, en puridad, sin “implantación en el útero materno”) haría obligada la extensión de la vida humana a este momento inicial del desarrollo, a fin de no dejar desprotegido al embrión *in vitro*.

b. El *nasciturus* no es titular de derechos fundamentales

Existen una serie de opiniones doctrinales (minoritarias¹⁰⁹) que supeditan el reconocimiento de derechos fundamentales al nacimiento (en consonancia con el reconocimiento de la personalidad de acuerdo con el art. 1 BGB). Entre ellos, IPSEN¹¹⁰ defiende que no es compatible reconocer la despenalización (siquiera parcial) del aborto si se considera que el *nasciturus* es titular de dignidad humana y del derecho fundamental a la vida. El Estado sí tendría un deber de protección para con la vida en desarrollo, pero fundamentado en la dimensión objetiva (no subjetiva) de vida (art. 2.2 GG) y dignidad humana (art. 1.1 GG).

Nótese como esta posición sería muy cercana a la española, si bien en España no se ha reconocido con semejante alcance la proyección de la dimensión objetiva de la

¹⁰⁶ Di Fabio, U., *Art. 2 II: Maunz/Dürig Grundgesetz*, 2004, p. 35

¹⁰⁷ Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, “Der Schutz des ungeborenen Lebens in Deutschland” Sachstand, 11 de diciembre de 2018 (disponible en: <https://www.bundestag.de/resource/blob/592130/21e336d47580c1faa15dbe23d999b62c/WD-7-256-18-pdf-data.pdf>)

¹⁰⁸ Sus dictámenes no reflejan la opinión del Bundestag, simplemente proporcionan apoyo técnico y pretendidamente neutral.

¹⁰⁹ Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, “Stammzellforschung zwischen Grundrechtsgewährleistung und objektivem Schutzauftrag Wissenschaftliche Dienste” Ausarbeitung, 18 de junio de 2007, p. 11 (disponible en: https://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0427/dokumente/analysen/2007/Stammzellforschung_zwischen_Grundrechtsgewaehrleistung.pdf)

¹¹⁰ Ipsen, J., *op. cit.*, p. 992.

dignidad humana, por el distinto papel que ella juega en nuestro sistema constitucional (principalmente, por no ser considerada derecho fundamental).

Para autores como WERNICKE (en el *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 1976), el *nasciturus* no es titular de derechos fundamentales porque durante el proceso constituyente su inclusión expresa en el articulado de la Ley Fundamental fue rechazado¹¹¹.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL ESTATUS JURÍDICO DEL NO NACIDO.

No se trata en este capítulo de analizar en detalle las respectivas legislaciones en lo que al *nasciturus* se refiere, sino de ver cómo se han encajado los distintos fenómenos que más profundamente lo afectan. Es en el siguiente capítulo donde se valorará el encaje de estas regulaciones en los respectivos marcos constitucionales diseccionados en el Capítulo I.

Se adelanta que la legislación alemana es considerablemente más garantista que la española respecto al embrión *in vitro*, no habiendo grandes diferencias en cuanto a la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.

1. SOBRE EL EMBRIÓN *IN VIVO*: LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

Desde la problemática del aborto se planteó inicialmente la configuración del estatus jurídico del no nacido. Con razón del control de constitucionalidad de la despenalización parcial del aborto se produjeron los primeros pronunciamientos de los respectivos Tribunales Constitucionales en este sentido. En el caso de Alemania, como ya se ha mencionado, han sido los únicos.

Existe un embarazo (gestación) desde que el embrión se implanta en el útero, y durante el tiempo que el embrión o feto viable se encuentre en el seno materno. Se incluirían por tanto aquí también a los embriones fecundados *in vitro* y transferidos. Por definición, no se incluiría aquí la ectogénesis, por no constituir un “embarazo”¹¹².

¹¹¹ Femenía López, P. J. *op. cit.* p. 253.

¹¹² Definición de “embarazo” de la Real Academia Española: “estado en que se halla la **mujer gestante**”.

Con el aborto, se plantea un conflicto entre la vida no nacida y la capacidad de la madre de disponer sobre ella por verse afectada su autonomía o salud.

1.1. La regulación alemana.

En Alemania, el aborto queda regulado a través de su despenalización, en el artículo 218 del Código Penal alemán (Strafgesetzbuch, StGB).

Conforme a la doctrina del Tribunal Federal (en sus sentencias de 1975 y 1993), el límite temporal inicial en la regulación del aborto es la implantación del embrión en el útero materno. Por tanto, hasta su implantación en el útero el embrión queda desprotegido, por no considerarse ese tiempo parte del embarazo. Conforme a lo anteriormente expuesto, ello no implica que no haya vida humana antes de ese momento. La razón para situar aquí la frontera es de seguridad jurídica: es imposible determinar si se ha producido la fecundación hasta que el embrión se ha anidado en el útero. Además, parece que la mitad de los cigotos no llegan a prosperar¹¹³. La desprotección del preembrión *in vivo*, independientemente de si se considera que el *nasciturus* es sujeto de derecho desde la fecundación o no, se debe a razones prácticas.

De esta forma, métodos destinados a impedir la anidación (como la píldora del día después) son lícitos.

Una vez producida la implantación en el útero y hasta las 12 semanas, mediando consejo médico preceptivo, la mujer puede abortar libremente¹¹⁴. A partir de entonces, se configura un sistema de indicaciones. Las indicaciones servirían de vehículo para introducir la ponderación entre el bien jurídico de la vida del *nasciturus* (derivado del art. 1.1. GG y articulado a través del art. 2.2 GG).

Una de ellas es la indicación médica (peligro grave para la vida o salud física o psíquica de la madre) y la otra es la indicación criminológica (por un delito sexual contra la madre). A partir de las 22 semanas, solo se admite el aborto por concurrir una indicación médica.

Existió la indicación embriopática (o eugenésica), pero se eliminó del Código Penal¹¹⁵. Ahora las graves deformaciones del feto o enfermedades genéticas detectadas

¹¹³ Roller, M. *Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus*, Duncker und Humboldt, 2013, p. 114.

¹¹⁴ Recordemos que este extremo fue declarado inconstitucional en 1975 para luego declararse constitucional en 1993, considerando que el legislador tiene la discreción para considerar que el consejo médico preceptivo es el medio adecuado para la protección efectiva de la vida del *nasciturus*.

¹¹⁵ Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. “Spätabtreibungen und Strafrecht”, 15 de diciembre de 2008 (disponible en:

mediante diagnóstico prenatal¹¹⁶ sólo pueden actuar como “indicación” en la medida que afecten a la salud psíquica de la madre de forma grave (ya sea por peligro de suicidio o depresión grave¹¹⁷). En todo caso, esta indicación fue aceptada por el Tribunal Federal en su sentencia de 1975.

1.2. La regulación española.

En España, el aborto queda regulado en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Durante las primeras 14 semanas, la mujer embarazada puede abortar libremente, sin necesidad de mediar consejo de tercero. Hasta la semana 22, el aborto puede producirse si concurre o bien una indicación terapéutica (“grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada”) o bien una indicación embriopática o eugenésica (“riesgo de graves anomalías del feto”). A partir de ese momento sólo se permite la interrupción del embarazo cuando se detecten en el feto anomalías incompatibles con la vida o “una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico”, supeditadas ambas indicaciones a dictamen en el primer caso, y a la aprobación de un comité clínico en el segundo. Este modelo ha sido declarado constitucional por la STC 44/2023.

En esa misma sentencia se deriva del derecho a la integridad física y moral de la madre (art. 15 CE) y de su dignidad (art. 10.1 CE) un derecho de la mujer a la autodeterminación respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, aludiendo además a una eventual discriminación de la mujer si tal derecho no se garantizara (art. 14 CE). El fenómeno del aborto se plantea entonces como un conflicto de intereses entre un derecho de la mujer embarazada a interrumpir la gestación (constitucionalmente reconocible y protegible) y la defensa de la vida prenatal (derivada de las obligaciones del Estado para con el derecho a la vida del art. 15 CE).

Si ha habido un exceso de la jurisdicción constitucional por el reconocimiento de un derecho fundamental es una cuestión que excede el objeto de este trabajo. En todo caso, que la sentencia contenga los votos discrepantes de cuatro magistrados es indicativo de la polémica que la envuelve.

<https://www.bundestag.de/resource/blob/503722/b20bfc9157f0bbfe8158fe1fdd4d3769/Spaetabtreibungen-und-Strafrecht-data.pdf>).

¹¹⁶ Como la amniocentesis, la extracción de muestras de sangre umbilical...

¹¹⁷ Dolderer, A. B. *op. cit.*, p. 1.

2. SOBRE EL EMBRIÓN *IN VITRO*

Tanto en España como en Alemania, la fecundación *in vitro*¹¹⁸ está únicamente permitida con fines reproductivos¹¹⁹. En España, el embrión *in vitro* no puede desarrollarse más allá del día 14 desde la fecundación¹²⁰. En Alemania, el desarrollo del embrión *in vitro* ha de interrumpirse (mediante su criogenización) cuando la perspectiva de su transferencia a un útero se vea frustrada¹²¹.

2.1. Embriones “sobrantes”.

El proceso de fecundación *in vitro* con fines reproductivos lleva normalmente a la generación de un mayor número de embriones de los que se van a implantar en el útero materno.

La obligación de criogenización de todos los embriones sobrantes (y la prohibición de su destrucción inmediata) lleva a su situación incierta. La problemática se acentúa porque la criogenización no afecta a la viabilidad del embrión, por lo que no puede hablarse de su posible “muerte natural”. Su suerte depende totalmente de la acción humana.

2.1.1. La regulación alemana

En Alemania, el número de preembriones producidos y transferidos queda limitado a 3 por ciclo reproductivo. Se considera que, implícitamente por no estar prohibido (aunque tampoco queda regulado¹²²), se permite la donación con fines reproductivos de preembriones que no pueden ser transferidos al útero materno de la madre biológica a otra mujer, siempre que no estemos ante un caso encubierto de

¹¹⁸ Dentro de lo que se denomina fecundación *in vitro*, se puede distinguir la fecundación *in vitro* convencional (se coloca el óvulo en una placa de cultivo junto con una gran cantidad de espermatozoides) y la denominada inyección intracitoplasmática de espermatozoides (se inyecta un espermatozoide dentro del óvulo). Este proceso se realiza con varios óvulos, y los cigotos/ preembriones resultantes que sean seleccionados, se transferirán al útero materno.

¹¹⁹ En España, la extralimitación a este respecto, prohibida por el art. 33 de la Ley 14/2007, queda penada por el art. 160.2 del CP. En Alemania, queda proscrita en el art. 1.1.2 ESchGE.

¹²⁰ De acuerdo con el art. 74 de la Ley de investigación biomédica, mantener el desarrollo de los preembriones *in vitro* más allá del día 14 desde la fecundación es una infracción muy grave.

¹²¹ El art. 2.2. ESchG castiga el desarrollo de un embrión *in vitro* con fines ajenos a la consecución de un embarazo..

¹²² Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. “Zur assistierten Reproduktion in Deutschland”, Sachstand, 24 de octubre de 2023, p.7 (disponible en: <https://www.bundestag.de/resource/blob/979816/42546c756d07168f40baf095524236ee/WD-9-072-23-pdf.pdf>)

maternidad subrogada. Por otro lado, la donación de óvulos y la transferencia al útero de una mujer de un óvulo ajeno está proscrita.

2.1.2. La regulación española

En España, el Tribunal Constitucional rechazó que la crioconservación de embriones se fuera contraria a la dignidad humana (FJ 11º, STC 116/1999). Todo lo contrario: ello reduce el número de preembriones producidos al permitirse la descongelación e implantación de un preembrión “sobrante” en otro ciclo.

Con la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), se eliminó el límite a los preembriones producidos por ciclo (si bien se ha de atender, so pena de infracción grave, al criterio de necesidad¹²³), manteniéndose el límite de transferencia de 3 al útero materno (art. 3.2 LTRHA).

Son cuatro los posibles destinos del embrión *in vitro* en España (art. 11.4 LTRHA): la utilización por la propia mujer, su donación a otra pareja con fines reproductivos, su donación con fines de investigación, y el cese de su conservación (su destrucción) como fin de *última ratio*. Éste último queda supeditado al agotamiento del tiempo máximo de crioconservación, que queda determinado por consideración médica con base en el hecho de que “la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de la reproducción asistida”. Si la pareja falla en renovar el consentimiento sobre sus embriones congelados dos veces seguidas, será el centro de reproducción asistida el que decidirá sobre el destino de los embriones. La donación de preembriones se admitió ya con la Ley 35/1988, y fue considerada constitucional por el Tribunal Constitucional en 1999. Ésta debe ser totalmente altruista (y anónima), aunque la ley actual contempla una “compensación económica resarcitoria”.

2.2. Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)

El objetivo de las técnicas de diagnóstico genético preimplantatorio (en adelante, DGP) es la detección de anomalías en los embriones *in vitro* antes de su transferencia al útero materno¹²⁴.

¹²³ Art. 26.2 LTRHA.

¹²⁴ Martín Ayala, M. *op. cit.*, p. 728

2.2.1. La regulación alemana.

Con la entrada en vigor de la *Embryonenchutzgesetz* (ESchGE) en 1991, se prohibió el DGP en Alemania. El fundamento se encontró en la definición que la ley da de “embrión”, que incluye también a toda célula totipotente¹²⁵ extraída del mismo¹²⁶, y por aquel entonces las técnicas de DGP requerían el empleo de dichas células. Con los avances que permitieron el diagnóstico genético de los preembriones más allá del estadio de 8 células (cuándo estas pierden su totipotencia), se abrió el debate de la posible legalidad del DGP. No fue hasta la promulgación de la *Präimplantationsdiagnostikgesetz* (ley de diagnóstico preimplantacional) en 2011, que se aclaró la cuestión.

Desde 2011, se permite en Alemania el DGP en los procedimientos de FIV, supeditado a indicación médica y con fines estrictamente reproductivos (la transferencia de los embriones “sanos” o no dañados al útero)¹²⁷. Los supuestos tasados son dos: averiguar si el embrión padece alguna enfermedad hereditaria grave o está dañado de alguna forma que lleve con alta probabilidad a un parto de feto muerto (§§ 3 S. 2, 3a Abs. 2 ESchG)¹²⁸. Y estos supuestos solo se pueden verificar si existe alto riesgo (al menos un 25%¹²⁹) de que la descendencia herede una enfermedad hereditaria grave (ya sea en forma de alteración genética como cromosómica) relacionada con el genotipo de uno o ambos progenitores. El diagnóstico de otras enfermedades genéticas no relacionadas queda proscrito¹³⁰.

2.2.2. La regulación española.

La existencia del DGP se remonta a la primera regulación de las técnicas de reproducción asistida (Ley 35/1988). El Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad en el f.j. 12 de su STC 116/1999.

¹²⁵ Las células del embrión son totipotentes hasta la formación del blastocisto (8 células), cuando se tornan pluripotentes.

¹²⁶ Lo que no significa que dicha célula totipotente extraída haya de verse también como sujeto de derecho. Se puede defender que el hecho de que el legislador alemán haya decidido incluirla en el ámbito de protección legal del embrión no implica el reconocimiento de su subjetividad o su equiparación con el embrión (Di Fabio, U., *Art. 2 II: Maunz/Dürig Grundgesetz*, 2004, p. 32). HERDEGEN se opone rotundamente a la subjetividad de la célula totipotente (*Art. 1 I: Maunz/Dürig Grundgesetz*, 2009, p. 47)

¹²⁷ Ha quedado regulado en el art. 3ª, párrafo 1º, de la ESchG, y cualquier extralimitación conlleva sanción penal.

¹²⁸ Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. “Zur assistierten Reproduktion in Deutschland”, Sachstand, 24 de octubre de 2023, p.7 (disponible en: <https://www.bundestag.de/resource/blob/979816/42546c756d07168f40baf095524236ee/WD-9-072-23-pdf.pdf>)

¹²⁹ Frister, H., & Lehmann, M. C., “Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik”. *JuristenZeitung*, 67(13), 2012, p. 660

¹³⁰ *Ibid.*, p. 662

En la actualidad, el DGP queda regulado en el art. 12 de la Ley 14/2006. Se permite en la detección de enfermedades hereditarias graves e incurables, alteraciones que comprometan la viabilidad del embrión. Cabe “cualquier otra finalidad” previa autorización de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Y, también previa autorización, cabe “la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros”, es decir, en España pueden existir los “bebé medicamento” o “hermanos salvadores”.

2.3. La investigación con preembriones.

La investigación con fines médicos y terapéuticos con células embrionarias sería problemática en la medida en que su obtención mediante un procedimiento denominado “derivación” implica la destrucción del preembrión¹³¹. En Alemania, la libertad de investigación es un derecho fundamental, consagrado en el art. 5.3 GG. En España, la libertad de investigación no es un derecho fundamental, y se canaliza a través del art. 44 CE¹³².

2.3.1. La regulación alemana.

En Alemania existe una prohibición general de investigación con células embrionarias. Su extracción a partir de un preembrión es ilegal en virtud de la ESchGE. Pero por presión de la comunidad científica, se promulgó la *Stammzellengesetz* (ley de células troncales) en aras de la conjugación del derecho fundamental a la libertad de investigación (art. 5.3 GG) con la protección del embrión. Se permitió la experimentación (muy condicionada) con células embrionarias si se habían derivado antes de 2002 y en el extranjero. En 2008 se extendió ese límite temporal al 1 de mayo de 2007. Es decir, en Alemania, puede experimentarse, con las debidas autorizaciones, con células embrionarias importadas al país y derivadas en el extranjero antes del 1 de mayo de 2007.

Estas células embrionarias han tenido que ser obtenidas de embriones sobrantes en procesos de fecundación *in vitro*, y su propósito con fines reproductivos ha debido de decaer¹³³.

¹³¹ Belew K. “Stem cell division: abortion law and its influence on the adoption of radically different embryonic stem cell legislation in the United States, the United Kingdom, and Germany”. *Tex Int Law J*, 2004, p. 480.

¹³² “Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general”.

¹³³ Brewe, B., *Embryonenschutz und Stammzellgesetz. Rechtliche Aspekte der Forschung mit embryonalen Stammzellen*, Springer, 2006, p.170

2.3.2. *La regulación española.*

En España, la investigación con preembriones sobrantes está permitida, en la medida en que éstos hayan sido donados y exista un proyecto presentado y autorizado debidamente, de acuerdo con la Ley 14/2007, de Investigación biomédica. Rige aquí la prohibición de que el embrión se no se haya desarrollado más allá del día 14 desde la fecundación.

No se supedita la posibilidad de experimentación con dichos preembriones a la pérdida de viabilidad (en el sentido de potencial biológico): se permite la investigación con preembriones viables.

2.4. **La clonación terapéutica**

La clonación terapéutica consiste en la transferencia de un núcleo celular (extraído de una célula somática) a un óvulo no fecundado con el fin obtener una célula totipotente (denominada ovocito activado o nucléovulo) a fin de generar tejidos humanos con fines terapéuticos. Su diferencia con la clonación reproductiva (proscrita) radica, en realidad, en los fines perseguidos.

Respecto a la regulación alemana, basta decir que la clonación terapéutica queda prohibida por el art. 6 ESchG.

En España, el art. 33.1 de la Ley 14/2007 prohíbe la creación de preembriones o embriones con el exclusivo fin de experimentar con ellos. Ahora bien, atendiendo a los términos estrictos en los que se definen los conceptos de preembrión¹³⁴ y embrión¹³⁵ en dicha ley, el nucléovulo y lo que se desarrolle a partir de él no pueden considerarse ni preembrión ni embrión, por no haber sido producto de una fecundación (sino de una transferencia de un núcleo celular a un óvulo). En el mismo sentido, tampoco puede considerarse proscrita la reprogramación celular con fines de obtención de células pluripotentes. Además, el art. 33.2 del mencionado texto legal se permite explícitamente “la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas, que no comporte la creación de un preembrión o un embrión exclusivamente con este fin, en los

¹³⁴ Como ya se ha mencionado, preembrión es “el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es **fecundado** hasta 14 días más tarde”.

¹³⁵ En la Ley 14/2007 se define embrión como aquella “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”.

términos definidos en esta ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”.

CAPÍTULO III: VALORACIÓN GENERAL DEL MODELO ALEMÁN Y DEL MODELO ESPAÑOL

El objeto de este capítulo es valorar la actividad de los legisladores alemán y español como diseñadores del sistema legal de protección del *nasciturus*, de acuerdo con las exigencias de los respectivos marcos constitucionales.

Con esta meta, y sintetizando lo desarrollado en el Capítulo I, recordemos que:

- En España el *nasciturus*, desde la fecundación¹³⁶, es un bien constitucionalmente protegido por la dimensión objetiva del derecho a la vida (art. 15 CE), apreciándose una proyección residual (con matices) de la dignidad humana (art. 10.1 CE).
- En Alemania, el Tribunal Constitucional reconoce “en todo caso” desde la anidación la proyección de (al menos) las dimensiones objetivas de la dignidad humana (art. 1.1 GG) y del derecho a la vida (art. 2.2). De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el *nasciturus* sería titular de derechos fundamentales, y dentro de esa corriente, tradicionalmente se considera que esa subjetividad se retrotrae al momento de la fecundación, defendiendo una amplia parte de la literatura el momento de la anidación como punto de inflexión.

1. SOBRE EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DEL ABORTO

En España, a la regulación legal del aborto subyace la premisa de que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido constitucionalmente por el art. 15 CE en tensión con la libertad, integridad física y moral y vida de la madre. No plantea problema el encaje constitucional del aborto en este contexto, ni siquiera su cariz de “libre” durante las primeras semanas. La razón de ello se halla en la discrecionalidad que se permite en este marco y en la “interpretación evolutiva” en la que se amparó el Tribunal Constitucional en la STC 44/2023 para superar la prohibición de prevalencia absoluta de los derechos de la mujer frente a la vida del *nasciturus* contenida en la STC 53/1985 y reconocer un derecho al aborto durante las 14 primeras semanas de embarazo.

¹³⁶ Aunque este extremo es, como ya se ha ilustrado, controvertido (véase el apartado 1.2.3 del Capítulo I).

El único límite a las restricciones de la vida del *nasciturus* como bien constitucionalmente protegido en su ponderación con otros bienes o derechos es que éstas han de “ser necesarias para conseguir el fin perseguido”, ser proporcionales, y “respetar su contenido esencial” (STC 44/2023), lo que en la práctica no supone impedimento firme alguno a la regulación del aborto tal y como está planteada.

Por otro lado, en el paradigma mayoritariamente defendido por la doctrina alemana de que el *nasciturus* es titular de derechos fundamentales desde la fecundación, no encajan ni los métodos que impiden la implantación del embrión en el útero, ni el permitir el aborto sin necesidad de mediar indicación alguna durante las primeras 12 semanas de embarazo. Respecto a lo segundo, que el consejo médico preceptivo junto con un periodo de reflexión se consideren herramientas suficientes de cara a la exigencia de protección estatal del derecho a la vida no es convincente, en la medida que, según esta visión, estamos ante la privación de la vida a un ser humano. Si no se puede hacer distinción entre la vida nacida y no nacida, ante la ausencia de la concurrencia de una “indicación”, no se puede considerar constitucional el aborto sin incurrir en incoherencias insoslayables, independientemente de las cabriolas argumentativas que traten justificar lo contrario. Probablemente se encuentre aquí la razón de que el Tribunal Federal renunciara expresamente en 1975 a resolver la cuestión de la subjetividad del *nasciturus*: la declaración de la constitucionalidad de la despenalización del aborto sin mediar indicación durante las 12 primeras semanas hubiera sido absolutamente incoherente.

Posiciones como las de DI FABIO (de considerar la anidación como punto determinante para la consideración de subjetividad del embrión) permiten acoger con coherencia fenómenos como la píldora del día después, pero al seguir reconociendo la subjetividad del *nasciturus*, aunque supeditada a la anidación, no resuelven satisfactoriamente el encaje constitucional del aborto sometido al plazo de las 12 semanas.

Siguiendo a IPSEN¹³⁷, y considerando lo que significa ser titular de dignidad y derecho a la vida (incompatible con una protección “gradual” de cualquiera de esos dos derechos fundamentales, más aún considerando la concepción doctrinal tradicional de la dignidad como intangible), no se podría permitir en este contexto una despenalización del

¹³⁷ Ipsen, J., *op. cit.*, p. 996

aborto fuera de otro supuesto que la vida o la salud de la madre se hallaran en verdadero peligro¹³⁸.

2. SOBRE EL DGP Y LA INDICACIÓN EUGENÉSICA.

En España, el Tribunal Constitucional declaró que el DGP con fines terapéuticos no es incompatible con la consideración del *nasciturus* como bien constitucionalmente protegido (FJ 12º de la STC 116/1999). Tampoco se realizaron objeciones a la indicación embriopática como tal en la STC 53/1985, arguyéndose la inexigibilidad de la conducta de continuar el embarazo ante esta situación excepcional.

En el paradigma alemán, en la tesitura de que el *nasciturus* es titular de derechos fundamentales desde la fecundación, la constitucionalidad de la selección de embriones mediando un DGP es muy cuestionable considerando la dignidad humana y a la vida del embrión, como defiende BÖCKENFORDE¹³⁹. Más aún teniendo en cuenta el derecho a no ser discriminado injustificadamente por razón de una discapacidad reconocido en el art. 3.3 GG¹⁴⁰.

Si se defiende, como DREIER¹⁴¹ que antes de la anidación el embrión no es individuo (independientemente de su consideración como “vida humana”), el fenómeno del DGP y la consecuente selección es compatible con una desprotección subjetiva del preembrión.

Por otro lado, la posibilidad de abortar con base en los resultados de un diagnóstico prenatal no plantearía problemas de constitucionalidad en la medida en que se ha de encuadrar siempre en la “indicación médica” (art. 218 a párr. 2 del Código Penal)¹⁴². El diagnóstico genético prenatal no basta para justificar una interrupción voluntaria del embarazo: debe probarse un grave riesgo para la salud psíquica o física de la madre por llevar el embarazo a término. Sería la mala praxis médica la que ha llevado,

¹³⁸ Heun, W., “Embryonenforschung und Verfassung—Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos”, *Juristenzeitung*, 57. Jahrg., n. 11, 2002, p. 518.

¹³⁹ Böckenforde, E., “Einspruch im Namen der Menschenwürde” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15 de marzo de 2011 (disponible en: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/praeimplantationsdiagnostik-einspruch-im-namen-der-menschenwuerde-16020.html>)

¹⁴⁰ Dolderer, A. B. *op. cit.*, p. 123

¹⁴¹ Dreier, H. “Diesseits der Grenze zum Menschen” *Süddeutsche Zeitung*, 13 de abril de 2011, (disponible en: https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Beitraege_132_SZ_2011_Diesseits_der_Grenze_zum_Menschen_ZTG.pdf)

¹⁴² Di Fabio, U., Art. 2 II: Maunz/Dürig Grundgesetz, 2004, p. 36

según BÖCKENFORDE, a que en la práctica baste un resultado negativo de un diagnóstico prenatal para activar la indicación médica.

En ambas regulaciones, resulta curioso como la selección de sexo del embrión *in vitro* mediando un DGP se considera proscrita por ser discriminatoria (a no ser que se haga con el fin de evitar una enfermedad hereditaria), pero la selección con base en la no implantación de los preembriones que de llegar a término resultarían en personas con discapacidad no se considera discriminatorio. Se estaría reconociendo la operatividad del principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE y art. 3.3 GG), pero no por razón de discapacidad.

3. SOBRE EL DESTINO DE LOS EMBRIONES “SOBRANTES”.

El hecho de que en Alemania se permita, en los términos esbozados en el capítulo anterior, la investigación con embriones importados, plantea de forma evidente serias dudas de constitucionalidad si se reconoce una subjetividad del embrión desde la fecundación (no si se hace desde la anidación). Que el embrión no sea alemán no justifica su ausencia de subjetividad.

Todo ello sin perjuicio de que la propia noción de embrión “sobrante” en este paradigma doctrinal plantee dudas sobre la constitucionalidad de las técnicas de reproducción asistida con base en la fecundación *in vitro*, considerando la destrucción de los embriones sobrantes.

En el ámbito español, la posibilidad de investigación con preembriones viables lleva a la posible apreciación de visos de inconstitucionalidad. Ello se debe a que en su STC 116/1999, el Tribunal Constitucional consideró la consideración de la no viabilidad de los preembriones destinados a la investigación como requisito determinante para la apreciación de la constitucionalidad de dicho fenómeno. En este sentido, la respuesta que se ha dado desde la Comisión Nacional de Reproducción Asistida y Observatorio de Bioética y Derecho¹⁴³ ha sido la de redefinir el concepto de viabilidad para incluir no sólo a los preembriones que por razones espontáneas e inherentes no puedan ser implantados (en un sentido de frustración biológica), sino también a los que no vayan a serlo (por razones debidas, por ejemplo, al transcurso del plazo máximo de crioconservación o la desaparición del proyecto reproductivo inicial). Estaríamos ante una noción de viabilidad “controlable”, en conexión con la noción de “viabilidad dependiente”, asociada a todo

¹⁴³ Martín Ayala, M. *op. cit.*, p. 717

embrión *in vitro*, que advirtió OLLERO¹⁴⁴, y que se basa en el hecho de que, si no media acción humana y se transfiere el embrión al útero materno, su desarrollo es imposible.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

1. SOBRE EL PORQUÉ ÚLTIMO DE LAS DIFERENCIAS

La comparación acometida en este trabajo lleva a la reflexión sobre los mismos cimientos sobre los que se erigen las configuraciones alemana y española del repertorio de derechos fundamentales. Éstas son a primera vista muy similares: la Constitución Española de 1978 bebe copiosamente de la Ley Fundamental alemana de 1949¹⁴⁵. PÉREZ-ROYO habla incluso de una intensa “germanización” de la Constitución Española en este punto¹⁴⁶. Es originalmente alemán el reconocimiento de la doble dimensión de los derechos fundamentales: natural, por tratarse de derechos que expresan la naturaleza humana, y artificial, porque son positivizados (constitucionalizados mediante un proceso democrático).

Sin embargo, en Alemania se le ha reconocido un efecto más intenso de esa dimensión “natural” de los derechos fundamentales que en España. En Alemania, el Derecho se ha visto como un instrumento de sanción de la ley moral. Así lo expresa el Tribunal Federal en su sentencia de 1975 sobre el aborto¹⁴⁷. Por ende, en sus juicios de constitucionalidad, el Tribunal puede –y debe– rebasar lo estrictamente jurídico si es necesario. Por el contrario, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 1985, se refiere al aborto como un “caso límite en el ámbito del Derecho”, afirmando que el juicio de constitucionalidad ha de ser estrictamente jurídico, haciendo abstracción de creencias, convicciones morales, sociales y culturales.

Esta concepción del Derecho alemana radicalmente iusnaturalista, que subyace a los pronunciamientos del Tribunal Federal sobre el aborto, encuentra su origen en el trauma del nazismo. De ahí su tratamiento jurídico de la dignidad humana (art. 1.1 GG), tradicionalmente vista como ancla meta-jurídica del sistema constitucional.

¹⁴⁴ Ollero A., “El estatuto jurídico del embrión humano” en Ballesteros Llompart, J. (coord.), *Biología y Posthumanismo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2007, p. 333.

¹⁴⁵ Dice el reputado jurista alemán Klaus Stern “como alemán me siento feliz por poder registrar muchos puntos en común entre la Constitución española y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (...)”. Extraído de “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, no 1, p. 261 (disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35268rcec01259.pdf>)

¹⁴⁶ Pérez Royo, J. *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 2010, p. 266.

¹⁴⁷ Vives Antón, T., *op. cit.*, p. 130.

2. SOBRE EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA NECESARIA CONCRECIÓN DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE *NASCITURUS*.

A falta de mención expresa del *nasciturus* en ambas Constituciones, ha sido la jurisprudencia de los respectivos intérpretes constitucionales la que ha sentado absolutamente todas las bases de la configuración del estatuto jurídico-constitucional del concebido no nacido.

El problema es que estos pronunciamientos, como se ha ilustrado a lo largo de este trabajo, adolecen de la concreción necesaria para sentar las bases firmes de dicho estatuto. Es cierto que en el caso español, la patología es menos grave que en Alemania, donde la indeterminación es de magnitud colosal. Pero en todo caso, se le puede reprochar a ambos modelos su falta de delimitación del momento inicial a partir del cual se ha de considerar que se está ante un *nasciturus* protegido constitucionalmente. Ello no sólo tiene repercusiones para con el análisis de los fenómenos explorados en el Capítulo II, sino que también provoca inseguridad jurídica en otros ámbitos, como puede ser el de la eventual consideración de los preembriones congelados como *nasciturus* de cara al Derecho sucesorio.

Entrando a analizar la procedencia de la elección de uno u otro momento en el ámbito español (a falta de jurisprudencia constitucional clara sobre el tema), el situar inicio de la protección constitucional de la vida humana en la anidación del útero materno supondría la desprotección constitucional del embrión preimplantacional, cuando es precisamente en esa fase del desarrollo embrionario donde se enmarcan los principales conflictos con los avances biomédicos y biotecnológicos.

Pero por otra parte, el situar el inicio de la vida humana en la fecundación (entendida esta como la fusión del óvulo con el espermatozoide) también es problemático. Cada vez queda más cerca la posibilidad de conseguir un desarrollo embrionario sin que haya sucedido una fecundación en puridad. Por ejemplo, mediante la reprogramación de células madre¹⁴⁸. El hecho de que en España (o Alemania) no puedan llevarse a cabo los experimentos necesarios para llegar a convertir fenómenos como éste en realidad no significa que en otros países no se pueda o se vaya a hacer¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Gallagher, J., “El modelo de embrión que los científicos lograron crear sin óvulos, espermatozoide o útero”. *BBC News Mundo*. 6 de septiembre de 2023 (disponible en <https://www.bbc.com/mundo/articulos/cp6195yg9p5o> ; última consulta 3/03/2024).

¹⁴⁹ Ansedo, M., “Científicos españoles crean en China 132 embriones con mezcla de mono y humano”. *El País*, 16 de abril de 2021 (disponible en: <https://elpais.com/ciencia/2021-04-15/cientificos-espanoles-crean-en-china-132-embriones-con-mezcla-de-mono-y-humano.html> ; última consulta 3/03/2024).

En el marco jurídico español, un embrión generado sin haber habido fecundación y desarrollado en un útero artificial, no sería un embrión de acuerdo con la definición recogida en la ley¹⁵⁰, y por ende, quedaría desamparados. Además, de culminarse su desarrollo y producirse su nacimiento, nos toparíamos con humanos que, legalmente, nunca fueron embriones.

Lo ideal, más allá de una reforma legal, sería que el Tribunal Constitucional elaborara en alguna de sus sentencias una conceptualización constitucional de embrión. Aprovechable en este sentido podría considerarse la formulación que en la ley de células troncales alemana (*Stammzellgesetz*) se hace de lo que es un embrión¹⁵¹: “un embrión es toda célula totipotente humana que tenga la capacidad de dividirse y de dar lugar a un individuo humano siempre que se den las condiciones necesarias requeridas para ello”¹⁵². El supeditar la cualidad de embrión a la potencialidad de ser un “individuo humano” permitiría la inclusión de aquellos embriones no surgidos propiamente de una fecundación o que no se vayan a encontrar en el “útero de una mujer” en el ámbito de protección constitucional del art. 15. Ello independientemente de si se interpreta “individuo humano” en el sentido que hace buena parte de la doctrina constitucional alemana (como embrión a partir de la anidación) o como persona (en el sentido de “nacido”). El hecho de que esta definición abarcara también al ovocito producto de la clonación terapéutica o a la célula somática reprogramada no plantearía en nuestro marco constitucional gran problema de encaje de estas técnicas de cara a la obtención de tejidos, teniendo en cuenta que se permite ya la investigación con embriones viables.

3. SOBRE LA NECESARIA INCORPORACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE UNA MENCIÓN AL *NASCITURUS* COMO BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO.

La evolución en España ha sido la de una progresiva disminución de la protección del *nasciturus*. Prueba de ello es el derecho al aborto durante las 14 primeras semanas que se deduce de la STC 44/2023 (quedando superada la prohibición sentada por la STC

¹⁵⁰ La Ley 14/2007, de Investigación biomédica, define al embrión como “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**”.

¹⁵¹ Aunque ha de apuntarse que solo a los efectos de la importación de embriones, que es lo que se regula en dicha ley.

¹⁵² Traducción extraída de: Beriain, Iñigo De Miguel. “El concepto de embrión en la ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica” en Adroher Biosca, S. (ed.) *Los avances del Derecho ante los avances de la medicina*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008, p. 1004.

53/1985 de una primacía absoluta de los derechos de la mujer sobre la protección del *nasciturus*), o el hecho de que ahora se permita la investigación con preembriones viables (lo cual plantea dudas de constitucionalidad teniendo en cuenta lo ya dicho sobre el contenido de la STC 116/1999). Aunque dicha evolución sea coherente con el elemento de configuración legal que acompaña a la consideración del *nasciturus* como bien constitucionalmente protegido, es indudable que el concebido no nacido es una realidad valiosa y cuya vulnerabilidad debe ser protegida. No solo desde el punto de vista del consenso social, sino también por el hecho de que el desarrollo embriológico es una condición *sine qua non* para la existencia de un ser humano.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos al *nasciturus* no parecen ser garantía necesaria ante la posibilidad, puesta en práctica por la STC 44/2023, de una “interpretación evolutiva”. Es por ello que, idóneamente, se habría de reformar la Constitución a fin de hacer referencia expresa a la condición del *nasciturus* de bien constitucionalmente protegido (y de paso definir lo qué es un *nasciturus*). Se blindaría así su protección siquiera de forma mínima.

Esta propuesta tiene como inspiración, aparte de la observación de una progresiva relajación de la protección del embrión en España, la reciente consagración en la Constitución Francesa del derecho al aborto¹⁵³.

4. SOBRE LA EVENTUAL PROYECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL *NASCITURUS* EN ESPAÑA.

Si algo resulta especialmente aprovechable del modelo alemán, es el reconocimiento de una proyección de la dignidad humana sobre el estatuto jurídico-constitucional del no nacido. Aunque el concepto de dignidad humana adolece de una falta de concreción tal de la misma que dificulta que se pueda emplear en la defensa de una postura, se puede argüir en la defensa de la opinión opuesta, el reconocimiento de su despliegue sobre el embrión humano puede ser determinante de cara a la protección del *nasciturus*. Piénsese, por ejemplo, en perspectivas como la de una eventual relajación de los criterios para proceder a la selección de embriones. Sería preciso que el Tribunal

¹⁵³ Bassets, M., “Francia se pone al frente de la defensa mundial de la libertad de abortar al consagrarla en su Constitución”. *El País*, 4 de marzo de 2024 (disponible en <https://elpais.com/sociedad/2024-03-04/francia-se-pone-al-frente-de-la-defensa-mundial-de-la-libertad-de-abortar-al-consagrarla-en-su-constitucion.html> ; última consulta 18/03/2024)

Constitucional reconociera esta proyección de la dignidad humana más allá de en la justificación de la prohibición de la patrimonialización del embrión.

5. VALORACIÓN FINAL. SOBRE LA CONSIDERACIÓN DEL *NASCITURUS* COMO SUJETO DE DERECHO O COMO BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO.

La conclusión final de este trabajo, es que es incompatible reconocer que el embrión es titular de derechos fundamentales desde la fecundación y a la vez declarar constitucional el DGP, la investigación con embriones (el hecho de que estos hayan sido importados o no es indiferente) y el aborto libre durante las 12 primeras semanas de embarazo.

Las acrobacias argumentativas que el encaje constitucional de dichos fenómenos implica (y ha implicado en el mundo jurídico alemán) terminan, a mi parecer, desnaturalizando la vertiente subjetiva de dos derechos fundamentales como son la “dignidad humana” y “vida humana”. Se desvirtúa la premisa básica de igualdad radical entre todo humano al establecerse diferencias de valor entre el humano nacido y el no nacido.

El establecer la frontera de la adquisición de la condición de titular de derechos en la anidación permite encajar los fenómenos que afectan al embrión *in vitro*, pero sigue sin resultar del todo coherente con un aborto no sometido a indicación alguna durante las 12 primeras semanas de embarazo, y con una eventual regulación del aborto fuera del Código Penal¹⁵⁴.

Se ha de concluir que la configuración del *nasciturus* como bien constitucionalmente protegido resulta más apropiada que la de dotarlo de subjetividad (ya sea desde la fecundación, ya sea desde la anidación) considerando la voluntad social, manifestada en la acción del legislador (tanto español como alemán¹⁵⁵), de integrar tanto el fenómeno del aborto como los avances de la Ciencia.

¹⁵⁴ No resultaría descabellado que en Alemania se transicionara del sistema de despenalización al sistema de legalización, teniendo en cuenta que hay un grupo de trabajo del *Bundestag* en marcha cuya meta es analizar precisamente esa posibilidad. Véase: Bundesministerium für Gesundheit, “Kommission prüft Fragen zu Schwangerschaftsabbrüchen und Eizellspenden”, 31 de marzo de 2023 (disponible en <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/konstituierung-kommission-reproduktive-selbstbestimmung> ; última consulta 20/03/2024).

¹⁵⁵ En el seno de la misma comisión en la que opera el grupo de trabajo mencionado en la nota a pie anterior, existe un segundo grupo de trabajo que está estudiando la legalización de la donación de óvulos y la posibilidad de la maternidad subrogada (por motivos altruistas). Está previsto que a finales de marzo de 2024 ambos grupos expongan sus conclusiones.

En el estatuto jurídico-constitucional del *nasciturus* en España, como bien constitucionalmente protegido, se aprecia una coherencia interna inmensamente mayor que en el estatuto jurídico-constitucional del *nasciturus* en Alemania como sujeto de derecho, que puede encontrar su razón última en un tabú social originado por el terror del régimen nazi y las vejaciones del ser humano que durante ese tiempo se produjeron.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

- Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Bürgerliches Gesetzbuch, traducción de Lamarca Marqués, A., Marcial Pons, 2013.
- Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Bürgerliches Gesetzbuch, traducción de Lamarca Marqués, A., Marcial Pons, 2013.
- Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).
- Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG), de 13 de diciembre de 1990.
- Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen, de 28 de junio de 2002.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (BOE 27 de mayo de 2006)
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE 4 de julio de 2007).
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, por la que se regula las técnicas de reproducción asistida humana (BOE 24 de noviembre de 1988) .
- Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. (BOE 31 de diciembre de 1988).
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 4 de marzo de 2010).
- Präimplantationsdiagnostikgesetz – PräimpG, de 21 de noviembre de 2011.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889).
- Strafgesetzbuch (StGB), de 15 de mayo de 1871.

2. JURISPRUDENCIA

- BVerfGE 39, 1 [Schwangerschaftsabbruch I], de 25 de febrero de 1975.
- BVerfGE 88, 203 [Schwangerschaftsabbruch II], de 28 de mayo de 1993.
- BVerfGE 9, 89, [Gehör bei Haftbefehl], de 8 de enero de 1959.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 212/1996, de 19 de diciembre de 1996. (BOE 22 de enero de 1997).
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 5/1981, de 13 de febrero. (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 57/1994, de 28 de febrero (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994).

Sentencia del Tribunal Constitucional num.116/1999, de 17 de junio de 1999. (BOE 8 de julio de 1999).

Sentencia del Tribunal Constitucional num.116/1999, de 17 de junio de 1999. (BOE 8 de julio de 1999).

Sentencia del Tribunal Constitucional num.44/2023, de 9 de mayo de 2023. (BOE 12 de junio de 2023).

Sentencia del Tribunal Constitucional num.53/1985, de 11 de abril de 1985. (BOE 18 de mayo de 1985).

Sentencia nº 19-1932 del Tribunal Supremo de Estados Unidos.

Sentencia nº 6339/05 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2007.

3. OBRAS DOCTRINALES

Alegre Martínez, M.Á., “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”. *Revista de derecho político*, (53), 2002.

Alexy, R., Teoría de los Derechos Fundamentales, trad. Garzón Valdés, E., *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 1992

Arruego, G., Los confines del derecho fundamental a la vida. *Revista española de derecho constitucional*, n. 115, 2019.

Bauermeister, T., Grobe, T., “Personen im Recht–über Rechtssubjekte und ihre Rechtsfähigkeit”, *Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht*, 51(6), 2022

Belew K. “Stem cell division: abortion law and its influence on the adoption of radically different embryonic stem cell legislation in the United States, the United Kingdom, and Germany”. *Tex Int Law J*, 2004,

Beriain, Iñigo De Miguel. “El concepto de embrión en la ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica” en Adroher Biosca, S. (ed.) *Los avances del Derecho ante los avances de la medicina*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008.

Brewe, B., *Embryonenschutz und Stammzellgesetz. Rechtliche Aspekte der Forschung mit embryonalen Stammzellen*, Springer, 2006.

Denninger, E. “Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt”. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 86(2), 2003

- Di Fabio, U., *Art. 2 II: Maunz/Dürig Grundgesetz*, 2004,
- Dolderer, A. B. *Menschenwürde und Spätabbruch* (Vol. 38). Springer-Verlag, 2012
- Domingo, R. “ Aborto y el Tribunal Constitucional Aleman-Observaciones sobre la Sentencia de 28 de Mayo de 1993” *Revista Chilena de Derecho*, 21, 273, 1994
- Femenía López, P. J. *Status" jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido" in vitro*. [Tesis doctoral/ Universidad de Alicante]
- Frister, H., & Lehmann, M. C., “Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik”. *JuristenZeitung*, 67(13), 2012, 659–667.
- Haßmann, H., *Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung* (Vol. 13). Springer-Verlag, 2013
- Herdegen, M. “ Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses”. *JuristenZeitung*, 56(15/16), 2001
- Herdegen, M., *Art. 1 I: Maunz/Dürig Grundgesetz*, 2009
- Heun, W., “Embryonenforschung und Verfassung—Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos”, *Juristenzeitung*, 57. Jahrg., n. 11, 2002
- Ipsen, J., “Der „verfassungsrechtliche Status “des Embryos in vitro: Anmerkungen zu einer aktuellen Debatte”. *Juristenzeitung*, 56. Jahrg. n. 20, 2001
- Lübbe, A., “Embryonenschutz als Verfassungsfrage”, *Zeitschrift Für Politik*, 36(2),
- M. Carlson, B., *Embriología humana y biología del desarrollo*, Elsevier, 2019.
- Macías Jara, M., Montalvo Jääskeläinen, F., “Teoría general de los derechos y libertades” en Álvarez Vélez, M.I. (coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, Tirant Lo Blanch, 2020.
- Martín Ayala, M. “El estatuto jurídico del embrión. El diagnóstico genético preimplantatorio” en Larios Risco D., (coord.) *et al.*, *Tratado de derecho sanitario, Volumen II*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013
- Mateos, Ó. I., “Los límites del derecho a la vida: el problema del tipo de fuente normativa de su regulación”. *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (4), 2000.
- Montalvo Jääskeläinen, F., “Los derechos y las libertades individuales (I)” en Álvarez Vélez, M.I. (coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, Tirant Lo Blanch, 2020.
- Moreno Botella, G., "Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida." *Anuario de Derecho eclesiástico*, 1991.

- Ollero Tassara, A., “El estatuto jurídico del embrión humano” en Ballesteros Llompart, J. (coord.), *Biotecnología y Posthumanismo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2007
- Ollero Tassara, A., “Todos tienen derecho a la vida ¿Hacia un concepto constitucional de persona?” en Ballesteros Llompart, J. (coord.), *Justicia, solidaridad, paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Universidad de Valencia, 1995.
- Pérez Royo, J. *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 2010
- Pérez Royo, J. *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 2010
- Pieroth, B. *et al.*, *Grundrechte. Staatsrecht II*. CF Müller GmbH, 2012, p. 87.
- Roller, M. *Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus*, Duncker und Humboldt, 2013.
- Romeo Casabona, C.M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- Sayago Armas, D., *Dignidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, 2021
- Schade, P., *Grundgesetz mit Kommentierung*. Walhalla Fachverlag, 2012.
- Stern, K. “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, no 1, p. 261 (disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35268rcec01259.pdf>)
- Suanzes-Carpegna, J. V., “La Constitución de 1978 en la historia constitucional española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (69), 2003, p. 46.
- Vedera Server, R., *Lecciones de Derecho civil. Derecho civil I*. Tirant Lo Blanch, 2012
- Vives Antón, T., “Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15, 1985.
- Willam, M. *Mensch von Anfang an?: eine historische Studie zum Lebensbeginn im Judentum, Christentum und Islam* (Vol. 117). Saint-Paul, 2007.
- Zoder, I., “Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 49(1), 1996

4. RECURSOS DE INTERNET

- Ansele, M., “Científicos españoles crean en China 132 embriones con mezcla de mono y humano”. *El País*, 16 de abril de 2021 (disponible en: <https://elpais.com/ciencia/2021-04-15/cientificos-espanoles-crean-en-china-132-embriones-con-mezcla-de-mono-y-humano.html> ; última consulta 3/03/2024).

- Bassets, M., “Francia se pone al frente de la defensa mundial de la libertad de abortar al consagrarla en su Constitución”. *El País*, 4 de marzo de 2024 (disponible en <https://elpais.com/sociedad/2024-03-04/francia-se-pone-al-frente-de-la-defensa-mundial-de-la-libertad-de-abortar-al-consagrarla-en-su-constitucion.html> ; última consulta 18/03/2024)
- Böckenforde, E., “Einspruch im Namen der Menschenwürde” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15 de marzo de 2011 (disponible en: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/praeimplantationsdiagnostik-einspruch-im-namen-der-menschenwuerde-16020.html>)
- Böckenforde, E., “Die Würde des Menschen war unantastbar” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de septiembre de 2003 (disponible en
- Bundesministerium für Gesundheit, “Kommission prüft Fragen zu Schwangerschaftsabbrüchen und Eizellspenden”, 31 de marzo de 2023 (disponible en <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/konstituierung-kommission-reproduktive-selbstbestimmung> ; última consulta 20/03/2024).
- Dreier, H. “Diesseits der Grenze zum Menschen” *Süddeutsche Zeitung*, 13 de abril de 2011, p. 12 (disponible en: https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Beitraege_132_SZ_2011_Diesseits_der_Grenze_zum_Menschen_ZTG.pdf)
- Enders, C. “Die Menschenwürde als normatives Prinzip – und ihre Bedeutung für den Embryonenschutz”. *Verfassungsblog*, 7 de mayo de 2019 (disponible en <https://verfassungsblog.de/die-menschenwuerde-als-normatives-prinzip-und-ihre-bedeutung-fur-den-embryonenschutz/> ; última consulta 10/03/2024).
- Gallagher, J., “El modelo de embrión que los científicos lograron crear sin óvulos, espermatozoides o útero”. *BBC News Mundo*. 6 de septiembre de 2023 (disponible en <https://www.bbc.com/mundo/articles/cp6195yg9p5o> ; última consulta 3/03/2024).
- <https://empfehlenswertes.files.wordpress.com/2013/05/bc3b6ckenfc3b6rde-faz-2003.pdf>)
- Parra, S., “Por primera vez, crean modelos de embriones humanos sintéticos en el laboratorio”, *National Geographic*, 26 de junio de 2023 (disponible en <https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/por-primera-vez-se-han-creado->

[modelos-embriones-humanos-sinteticos-laboratorio_20160](#) ; última consulta 19/03/2024).

Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, “Der Schutz des ungeborenen Lebens in Deutschland” Sachstand, 11 de diciembre de 2018 (disponible en: <https://www.bundestag.de/resource/blob/592130/21e336d47580c1faa15dbe23d999b62c/WD-7-256-18-pdf-data.pdf>)

Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, “Stammzellforschung zwischen Grundrechtsgewährleistung und objektivem Schutzauftrag Wissenschaftliche Dienste” Ausarbeitung, 18 de junio de 2007, p. 11 (disponible en: https://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0427/dokumente/analysen/2007/Stammzellforschung_zwischen_Grundrechtsgewaehrleistung.pdf)

Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. “Spätabtreibungen und Strafrecht”, 15 de diciembre de 2008 (disponible en: <https://www.bundestag.de/resource/blob/503722/b20bfc9157f0bbfe8158fe1fdd4d3769/Spaetabtreibungen-und-Strafrecht-data.pdf>).

Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. “Zur assistierten Reproduktion in Deutschland”, Sachstand, 24 de octubre de 2023, p.7 (disponible en: <https://www.bundestag.de/resource/blob/979816/42546c756d07168f40baf095524236ee/WD-9-072-23-pdf.pdf>)