Globethics Repository



El nasciturus como sujeto del derecho [The unborn child as a subject of law]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Calvo Meijide, Alberto
Publisher	Asociación Española de Bioética y Ética Médica
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-06 11:16:15
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/203884

EL NASCITURUS COMO SUJETO DEL DERECHO. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE PERSONA FRENTE AL CONCEPTO PANDECTISTA-CIVILISTA

Alberto Calvo Meijide
Departamento de Empresa
Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales
Universidad San Pablo CEU (Madrid)
calmej@ceu.es

Resumen

El artículo consta de dos partes diferenciadas. En la primera se examinan las implicaciones ontológicas, éticas y jurídicas del concepto de persona partiendo de la Filosofía griega, el Derecho civil romano y el Cristianismo. En la segunda parte se advierte cómo el actual avance de la Genética permite extender al nasciturus el status de la persona basándose en la identidad del programa vital. Sin embargo, los códigos jurídicos, con excepción de la legislación de Costa Rica, están lejos de ofrecer una versión inequívoca del embrión como persona.

Palabras clave: persona, derecho, embrión.

Abstract

The article consists of two parts. First, the ontological, ethical and juridical implications of the concept of person since the Greek Philosophy, the Roman Civil Right and the Christianity are examined. Later, the actual advance of the Genetic allows to extend to the nasciturus the status of person by reason of the same genetic programme. However the juridical codes are today far from presenting a unequivocal lecture of the embryo as person, apart from the legislation of Costa Rica.

Key words: person, law, embryo.

1. Exordio

El desarrollo tecnológico, biológico, médico y científico ha abierto al hombre nuevas posibilidades de luchar contra enfermedades que, hasta hoy, sólo tenían tratamientos paliativos o sintomáticos, pero no curativos. Me refiero concretamente a la utilización de células madre o células multipotentes o pluripotentes, capaces de transformarse en células especializadas o en tejidos, cuya utilización en medicina puede llegar incluso a la curación de ciertas enfermedades degenerativas. Tales posibilidades son francamente positivas y dignas de encomio, pero el problema se plantea con las fuentes de las que se han extraer las necesarias células madre, pues se puede atentar gravemente contra la dignidad del hombre y sus derechos humanos más esenciales, traspasando los límites morales que toda investigación científica debe guardar.

De entre esas fuentes de células madre está el embrión humano, que puede ser utilizado e incluso creado (clonación) con tales fines. La clonación, como bien se conoce, es la creación de un ser humano mediante la introducción del núcleo de una célula de una persona adulta en un óvulo enucleado, dando lugar a un embrión humano que sólo tiene el código genético del adulto que aporta la célula de la que se extrae el núcleo, del que resulta ser idéntico. En la clonación terapéutica el fin es destruir el embrión creado para la obtención de células madre y su utilización para la pretendida curación de enfermedades genéticas y degenerativas.

Cabe preguntarse si es lícita la creación de un ser humano y su utilización con la única finalidad de salvar a otro. Si aceptamos los datos que nos proporcionan la biología y la medicina, y contemplamos al ser humano desde una perspectiva ontológica y antropológica, se puede afirmar que la utilización de embriones humanos para usos meramente científicos e incluso para la curación de otros seres humanos atenta gravemente contra la dignidad del hombre y su derecho a la vida; aún es mayor el atentado contra dicha dignidad cuando se trata de la clonación, aunque se la disfrace bajo el aparentemente humanista calificativo de «terapéutica». No es humanista todo aquello que atenta contra la dignidad del hombre y la investigación con embriones humanos y su utilización como «medicina» para curar a otros es una instrumentalización del hombre que repugna a su dignidad. Eso no es humanismo, más bien, en expresión acuñada por Tomás Melendo, es «tecnolatría», culto y adoración a la ciencia, a la que se somete incluso la dignidad y la vida del hombre.

2. El concepto de persona

2.1. Breve aproximación a la idea ontológica de persona

Persona es todo individuo de la especie humana, esto es, el ser humano, el hombre; no hay diferencia alguna entre hombre, ser humano y persona[1]. Es el

1 A este respecto afirma Urbano Ferrer: «... la ausencia de saltos cualitativos en el proceso de

sujeto concreto de orden espiritual, con su propia individualidad (que se manifiesta mediante el nombre) y su peculiaridad, la cual es incomunicable, dotado de un alma racional, merced a la cual goza de una inteligencia y razón y de una voluntad libre, que le permite elegir y decidir acerca de sí mismo. Esta voluntad libre no es ajena ni está disociada de la razón, sinó que voluntad y razón se encuentran en el hombre vinculadas y unidas entre sí; el hombre es una unidad, no la superposición de un conjunto de potencias, sinó que estas se dan en el hombre formando una unidad armónica[2]. Por ello se puede predicar del ser humano su unidad y su singularidad, es decir, cada hombre es único en su especie y diferenciado de todo otro ser humano, y, por ello, es irrepetible[3].

Es por ello poseedor de cualidades y propiedades específicas y, consiguientemente, es sujeto y titular de unos derechos inalienables, que le pertenecen por el mero hecho de ser hombre. Esta especial cualidad de ser persona comprende la capacidad para la autoconciencia intelectual y la capacidad para disponer de sí mismo, si bien estas capacidades pueden no tenerse como ejercicio efectivo actual. Por tanto, la persona goza de una dignidad que le hace estar por encima de otros seres, animales o plantas, e incluso por encima del entramado social, pues dicha dignidad le hace un ser con un valor único y exclusivo y un fin en sí mismo, al margen de su situación o posición social o su papel dentro de la sociedad[4].

2.2. La idea pandectista de persona

1º.- El concepto de persona en el Código civil.- Como ya es conocido, la palabra persona tiene su origen etimológico en la palabra griega «προσωπον» y del latín «persona»; en ambos casos, significaba máscara de actor y, por extensión, personaje teatral. De ahí deriva el significado jurídico de la palabra persona, que se ha venido a sobreponer a su sentido ontológico y antropológico, en cuanto ha venido a significar solo al hombre como miembro de una determinada sociedad, políticamente organizada, en el cual representa un papel y en la que se le reconoce como sujeto de derechos y de relaciones y negocios jurídicos. Jurídicamente persona es sólo el hombre en cuanto sujeto del Derecho y sujeto de derechos.

desarrollo que va del óvulo fecundado a la muerte cerebral irreversible impide cualquier separación temporal entre el ser perteneciente a la naturaleza humana y su singularidad personal» (Ferrer, U. «Bases ético-antropológicas de la legislación alemana sobre el embrión», *La Humanidad in Vitro*, 101.

2 Ramón Lucas Lucas dice: «Cuando vemos el cuerpo de un hombre, no vemos un cuerpo sinó un hombre, porque el hombre no es sólo un cuerpo, sinó más allá del cuerpo, un alma, psique, espíritu, persona... El hombre es por esencia intimidad; a diferencia de todas las realidades del universo, es lo humano un arcano secreto que se desvela por medio de la corporeidad». Más adelante añade: «La corporeidad nos presenta de un solo golpe el cuerpo y el alma, en una indisoluble unidad» (Lucas Lucas, R. *Antropología y Problemas Bioéticos*, BAC, Madrid, 2001, 16-17.

3 Blázquez, N. «La Ley Natural», *Comentarios a la Veritatis Splendor*, Madrid, B.A.C., 1994, 613-614.

4 Brugger, W. *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Herder, 1978, 400.

De entre los civilistas caben destacarse las siguientes definiciones: Puig Brutau[5] considera que «entre los civilistas se podría establecer un cierto consenso a la hora de definir a la persona como el individuo o ser humano capaz de derechos y obligaciones; o, si se quiere, como sujeto activo o pasivo de una relación jurídica». M. Martín Granizo[6] considera que la persona es el ser humano, es una realidad física individual existente, con vida propia de naturaleza racional que, como miembro de una sociedad, es sujeto de derechos y obligaciones. Para Castán[7], en sentido jurídico, persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, es decir, es el sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas. También cabe traer a colación la idea que de la persona tiene Xavier O'Callaghan: La persona es el ser humano –individualmente considerado como persona física o socialmente unido como persona jurídica– el Derecho lo considera como sujeto de derecho: sujeto de una relación jurídica y sujeto del derecho subjetivo y del deber jurídico»[8].

La idea puramente jurídica de persona ha llevado a un empobrecimiento de su concepto ontológico y antropológico. En efecto, se desdibuja la idea de persona como ser dotado de inteligencia, razón y libre voluntad, sujeto autónomo de decisión moral, que es quien verdaderamente edifica el orden social, y con ello se desprecia al ser humano como titular de unos derechos y de unos deberes intrínsecos e inalienables, anteriores a la existencia de la sociedad: los derechos humanos, que nacen de la propia naturaleza del hombre, ante los cuales el Estado y la sociedad quedan subordinados y obligados a su respeto, custodia y tutela.

Como la persona solo merece ser reconocida en tanto en cuanto elemento de la sociedad políticamente organizada, su dignidad, su libertad y sus derechos fundamentales quedan sometidos al poder del Estado y del Derecho Positivo y este, en cuanto obra del poder constituido, único que tiene la facultad de legislar, es decir, de crear el Derecho, es el que determina cuál es la dignidad y libertad de la persona, cuáles sus derechos fundamentales y cuál la tutela jurídica de que estos sean merecedores. Así, el hombre queda absolutamente sometido al poder político.

En contra de tal concepción, cabe afirmar lo contrario: la persona es una realidad anterior y preexistente a toda organización social y política y es, por tanto, anterior y preexistente al Derecho positivo. Ciertamente, el Derecho es necesario, dado que el hombre es un ser racional, social y libre, pero ello no significa que la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales sean concesión del Derecho Positivo, sino que, muy por el contrario, nacen de la propia naturaleza humana, en la que se enraíza el Derecho Natural, cuyo núcleo

5 Brutau, P. *Fundamentos de Derecho Civil* I vol. 1, 1ª parte.

6 Martín Granizo, M. *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia* I, Albácar López, J.L. Trivium, 1992, 329.

7 Castán Tobeñas, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral* I, vol. 2, Madrid, Reus, 1971, 95.

8 O'Callaghan, X. *Compendio de Derecho Civil* I, Edersa, 1992, 239.

normativo no es otro que la Justicia y los derechos del hombre; de ahí que la misión que el Derecho Positivo ha de cumplir no es otra que la de la tutela y protección de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales. El hombre es en sí mismo un valor único y es un fin en sí mismo, tiene una dignidad esencial incomparable, y por ello es anterior y trascendente a la sociedad y al Derecho Positivo[9].

2º.- La personalidad jurídica.- a) Concepto.- La personalidad jurídica es cualidad esencial de la persona y se puede definir como la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de derechos, deberes y obligaciones y, por ello, de todo tipo de actos y relaciones jurídicas. Esa aptitud es predicable de toda persona, es decir, de todo ser humano, pero no toda persona tiene capacidad para ejercer por sí misma esos derechos y cumplir esas obligaciones, es decir, puede carecer de la capacidad de obrar. La personalidad jurídica la tiene toda persona, mas la capacidad de obrar no la tienen todas las personas, sinó aquellas que tienen la capacidad natural para actuar por sí mismos y el Derecho les reconoce tal aptitud, es decir los mayores de edad y, de forma limitada algunos menores o incluso algunos mayores que estén parcialmente incapacitados.

b) Comienzo de la personalidad jurídica.- Según el Código Civil, el nacimiento determina la personalidad, si bien sólo se reputará nacido al feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (arts. 29, inc. 1º y 30). Así pues, la adquisición de la personalidad jurídica queda sometida a una doble condición: a) La figura humana del neonato, lo que, como dijo De Castro[10], debe entenderse en el sentido de «excluir de la condición de nacidos a seres que, aunque nazcan vivos, el sentir popular no permite que se les considere como personas»; y b) su sobrevivencia de veinticuatro horas al parto. Cumplida esa doble «conditio iuris», se entiende producido el nacimiento y, por tanto, adquirida la personalidad jurídica, desde el momento mismo del parto, por virtud de la retroacción de la condición.

2.3. El concepto constitucional de persona

1º.- Una idea sobre la dignidad del hombre.- Se ha de entender por dignidad del ser humano el honor y la excelencia y preeminencia del hombre, que le hace ser un fin en sí mismo, con independencia de cualesquiera que sean su desarrollo y sus circunstancias, personales o sociales, y tener clara conciencia de su cualidad moral como conjunto de facultades del espíritu, que le empuja al cumplimiento

9 Carlos Lasarte hace afirmaciones como las siguientes: «La existencia de la persona, en cuanto ser individual, constituye un dato previo a la propia consideración de la sociedad; la cual, a su vez, es un presupuesto del Derecho, considerado en su conjunto» Un poco más adelante, tras afirmar que «actualmente, la coincidencia entre la persona y los seres humanos es indiscutible», añade: «las personas físicas o seres humanos constituyen un dato anterior, preexistente y trascendente al Derecho» (Lasarte Álvarez, C. *Principios de Derecho Civil* I, Trivium, Madrid, 1996, 195-196).

10 *Derecho Civil de España II*, vol. 1, 105.

de sus deberes para consigo mismo y para con los demás. La dignidad del hombre supone en él una superioridad moral que le hace merecedor de una especial estima y aprecio y le hace sobresalir en bondad y mérito sobre cualesquiera otros seres existentes. La conciencia de la propia dignidad lleva al hombre a usar y gozar de su propio criterio y de su libertad, guiada por la capacidad de discernir, especialmente en lo que atañe a las convicciones más profundas y a distinguir entre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo[11]. La dignidad del hombre «lo ha situado como punto de referencia, de orientación y de concreción de todo el dinamismo ético y moral»[12].

Ruiz-Giménez Cortés considera que hay cuatro niveles en la dignidad del hombre: un nivel religioso, «para quienes creemos en la relación del ser humano con Dios... que entraña un vínculo de filiación y apertura a Él, como hechos a su imagen y semejanza»; una dimensión ontológica, en cuanto ser dotado de inteligencia y voluntad y, en su consecuencia, de libertad; un nivel ético, como ser que goza de autonomía moral, consecuencia de su conciencia valorativa frente a la norma y a las conductas, de donde deriva la afirmación de que todo hombre es persona; y por último una dimensión jurídico-positiva, que se pone de manifiesto en la vida de relación, en la sociedad[13].

2º.- La persona en la Constitución.- La Constitución Española reserva a la persona todo el Título I, destinado a regular sus derechos y libertades públicas, así como sus deberes fundamentales y a la protección de su libertad y de la igualdad entre todos. El legislador constituyente quiso dar a este Título I una especial relevancia, como lo acredita el contenido del art. 53, según el cual, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo de dicho Título vincula a todos los poderes públicos; establece una especial tutela para los derechos reconocidos en el art. 14 y Sección primera del mencionado Capítulo, que se materializa bien en un procedimiento especial que se sustancia ante los Tribunales Ordinarios, o bien mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; además otorga carácter informador de la legislación positiva, de la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos a los principios establecidos en el Capítulo tercero. De igual modo pone de manifiesto la voluntad del constituyente de dar especial relevancia a este Título I el hecho de que para la reforma de su Capítulo segundo, Sección primera se exija el procedimiento especial de reforma constitucional establecido en el art. 168 C.E. Por tanto, en la mente del legislador constituyente el

11 Melendo, T. Dignidad humana y Bioética, Pamplona, EUNSA, 1999, 24.

12 González Dorado, A. «Evangelización y Moral», *Comentarios a la Veritatis Splendor*, G. del Pozo. Madrid, BAC, 503.

13 Cf. Ruiz-Giménez Cortés, J. «Artículo 10.- Derechos Fundamentales de la Persona», *Comentario a la Constitución Española de 1978*, Alzaga Villamil, O. (ed.), Las Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, 66-73.

reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales constituye el núcleo básico de fin del Estado.

Este Titulo I comienza con el art. 10 en el que se establece que «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 el fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1). Hace, pues, de la dignidad de la persona el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social, pero obsérvese que utiliza la expresión persona, con lo que, si se interpreta esa expresión desde la perspectiva de los artículos 29 y 30 C.c., puede concluirse con que se está dando acogida al concepto puramente jurídico-civil, reconociendo con ello dignidad sólo al ser humano que viva veinticuatro horas totalmente desprendido del seno materno, facilitando así una interpretación restrictiva del reconocimiento pleno de la dignidad del ser humano[14]. Sin embargo, no ha de ser así, pues en el párrafo segundo del art. 10 C.E. se dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España. Se hace necesario, pues, acudir a dichos textos internacionales para analizar el sentido de la dignidad de la persona en el art. 10 de la C.E.

El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U. (de 10 de diciembre de 1948), afirma que la «libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana» y en su art. 1º proclama un principio semejante al decir que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...». Es de destacar que esta Declaración no utiliza la palabra «persona», sinó las expresiones «miembros de la familia humana» y «seres humanos», con lo que hace un reconocimiento amplio de la dignidad del ser humano. El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, comienza afirmando: «Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables», para añadir luego que «estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana».

Por tanto se están utilizando las expresiones «miembro de la familia humana», «seres humanos» y «persona» en un sentido idéntico, pues son expresiones que designan a una misma y única realidad: el hombre. Ello nos permite afirmar que el concepto de persona que esas declaraciones de derechos contienen es el mismo que el de ser humano, sin que haya entre ambas expresiones diferenciación alguna.

14 Cf. Ollero Tassara, A. *Derecho a la Vida y Derecho a la Muerte*, Madrid, Rialp, 1994, 53 ss.

No cabe, pues el sentido restrictivo del Código Civil, sinó un sentido amplio para el reconocimiento y tutela de la dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales y, por tanto, cabe la posibilidad de extender el reconocimiento de la dignidad a todo ser humano, en cualquiera de los distintos momento de su total e íntegra vida. Interpretado, pues, el art. 10 C.E. a la luz de ese concepto de persona, como todo ser humano, cabe concluir diciendo que nuestra Constitución se aparta del concepto jurídico-civil de persona, para acoger el concepto amplio, como todo ser humano.

En este sentido se pronuncia, entre otros, Martínez Pujalte, A.L. quien afirma que los derechos humanos son universales y, por ello, predicables de todo ser humano por el mero hecho de serlo, con independencia de que se los reconozca o no el Derecho Positivo. Por ello, la personalidad jurídica no es una creación de la norma jurídico-positiva, sinó que es una cualidad inherente al ser humano, que le hace titular de aquellos derechos, por lo que la cualidad jurídica de persona debe ser reconocida a todo miembro de la especie biológica «homo sapiens». Continúa diciendo que desde esta perspectiva es preciso perfilar el concepto de persona que subyace en el Ordenamiento jurídico-constitucional, pues de él depende la extensión de la tutela de los derechos fundamentales, la cual, desde el punto de vista jurídico-positivo, se extiende a las personas en tanto en cuanto sujetos de Derecho.

Para perfilar ese concepto, el autor que viene siendo citado acude al análisis del texto de otros preceptos constitucionales, en que se recogen algunos de los derechos fundamentales, y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y tratados internacionales, así como al Título I de la Constitución que pone de manifiesto la voluntad constitucional de extender a todos los seres humanos la titularidad de los derechos. Concluye afirmando que para la Constitución todos los seres humanos son personas, con lo que se ha de abandonar la idea jurídico-civil de persona y, en todo caso, dejarla reservada para el ámbito patrimonial[15].

Sin embargo, como luego se dirá, la interpretación del legislador ordinario y del Tribunal Constitucional de alguno de los derechos fundamentales del hombre, concretamente, del derecho a al vida, ha sido restrictiva, negándolos para ciertos momentos de la vida del hombre y, así, dando entrada al aborto, a la producción incontrolada de embriones in vitro y su crioconservaciòn (embriones supernumerarios), sin establecer una norma clara que los proteja y dé una solución a su situación de congelación indefinida o destrucción (o empleo como material genético), todo lo cual supone una disfunción del concepto de persona que se deriva del art. 10 de la Constitución y de los Textos Internacionales citados.

Para J. Ruiz-Giménez, la expresión «dignidad de la persona» del art. 10 C.E. ha de ser interpretada en sus sentidos

15 Martínez Pujalte, A.L. «La Universalidad de los Derechos Humanos», *Justicia, Solidaridad; Paz. Libro Homenaje a José María Rojo I*, Quiles, Valencia, 1995, 277 ss.

ontológico y ético y social; la Constitución reconoce la dignidad de la persona como ser dotado de inteligencia y libre voluntad, lo que le otorga una autonomía moral, consecuencia de su capacidad valorativa frente a toda norma y a toda conducta, que le hacen ser un fin en sí mismo, no un instrumento de manos de nadie[16]. Para el autor citado, de ese concepto de dignidad se derivan unas consecuencias, como son: 1º.- la dignidad radical de la persona no admite discriminación alguna, es decir, nos encontramos con el principio de igualdad, que impide toda discriminación por cualquier razón, incluida la edad o la salud, física o mental, o el posible grado de deterioro moral de la persona; 2º.- esa dignidad básica es universalmente predicable de todo ser humano.

En conclusión para la Constitución, según se deriva del art. 10, la dignidad de la persona y sus derechos son inviolables y le son inherentes, es decir, le pertenecen por ser persona, no porque el Ordenamiento Jurídico se lo otorgue, y, por ello, son el fundamento del orden político y de la paz social. Interpretando tal precepto de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales, se puede afirmar que el concepto constitucional de persona es equivalente a ser humano, de modo que todo ser humano es persona y, por ello, titular de derechos, y concretamente de los derechos humanos, en cualquiera de los distintos momento de su total e íntegra vida.

16 Ruiz-Giménez Cortés, J. «Artículo 10», *Comentario a la Constitución Española de 1978*, 66-73.

3. El nasciturus, su dignidad y sus derechos

3.1. El concepto de «nasciturus»

El «nasciturus» es el concebido aún no nacido («nondum natus»), es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto. Por embrión debe entenderse el ser humano desde la fecundación hasta el tercer mes del embarazo; por feto se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el momento del parto. Dentro del periodo embrionario se habla de distintas fases, en cualquiera de las cuales nos encontramos en presencia de un ser humano en las primeras fases de su existir, en el cual no hay saltos cualitativos, pues es siempre el mismo cuerpo biológico, aunque su morfología no coincida todavía con la del hombre adulto.

La embrióloga Mc. Laren, miembro del Comité Warnock, que dio origen al conocido informe redactado bajo la dirección de Mary Warnock (la cual dio nombre al informe), introdujo el término preembrión para referirse al periodo que va desde la fecundación hasta el día catorce del embarazo, en el que se produce la anidación. La introducción de tal término no es sinó una manipulación del lenguaje para justificar la utilización científica del embrión humano como material genético, salvando la gravedad ética y moral de la creación y utilización de mismo con fines científicos de investigación. Sin

embargo, debe considerarse que desde el momento en que se fusionan el óvulo y el espermatozoide queda formado el cigoto, que «tiene una nueva y exclusiva estructura informativa», que comienza a «actuar como una unidad individual», desarrollándose mediante la división celular, dando paso a las fases de mórula y blástula, en la cual se produce la anidación del embrión; a partir de la anidación empieza ya la fase de organogénesis e histogénesis (formación de los tejidos y los órganos)[17].

Por su parte, Natalia López Moratalla afirma: «El proceso que constituye un nuevo ser humano es la fecundación. Con él se prepara la materia recibida de los progenitores para dar una unidad celular con las características propias de inicio o arranque de un programa de vida individual; esto es, con capacidad de comenzar a emitir o expresar el lenguaje genético del nuevo individuo. El engendrar de los padres, la fecundación natural, acaba en la formación de una célula con un fenotipo característico, el cigoto, que inicia su ciclo vital»[18].

En ese proceso del embrión se ponen de manifiesto tres características: 1ª.- La coordinación, pues en él se dan un conjunto de actividades celulares perfectamente coordinadas bajo el control del nuevo genoma, a través de un conjunto de señales que se transmiten de célula a célula, lo que infiere la unidad del embrión, que no es un mero conglomerado de células. 2ª.- La continuidad, pues con la fusión de los dos gametos comienza el ciclo vital de un nuevo y único ser humano, que es siempre el mismo ser que se está formando según un plan definido. 3ª.- La gradualidad, por virtud de la cual la forma definitiva se alcanza gradualmente y que implica una regulación intrínseca de cada embrión[19]. Se puede, pues, afirmar que el embrión es un nuevo ser humano con sus propias y peculiares características, que le hacen único y diferenciado de cualquier otro; cada embrión mantiene constantemente su propia identidad, su individualidad y su unicidad. Si es un nuevo ser humano, es una persona en acto, no en potencia, conforme afirman algunos[20]. El «nasciturus» es, pues un nuevo ser humano distinto de sus padres, con su propio código genético y su propio sistema inmunológico (identidad del embrión), si bien precisa de un entorno necesario para su vida y desarrollo, lo que no le niega su individualidad y su condición de ser humano. El desarrollo del cigoto,

17 Serra, A. «El Estado Biológico del embrión Humano. ¿Cuándo comienza el ser humano?», *Comentario Interdisciplinar a la «Evangelium Vitae*, BAC, Madrid, 1996, 573 ss.

18 López Moratalla, N. «FIV y Deficiencias en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo». *La Humanidad In Vitro,* Comares, Granada, 2002, 129 ss.

19 Serra, A. *Comentario Interdisciplinar a la «Evangelium Vitae*, 589 ss.

20 Lucas Lucas, R. *Antropología y problemas bioéticos*, 76: «Según el análisis de la relación entre potencia activa y acto, el embrión humano está destinado, desde la concepción, a madurar lo que ya es: individuo de la especie humana. En esta maduración el biólogo descubre que no hay saltos cualitativos ni cambios sustanciales, sinó una continuidad, por la que el embrión humano se desarrolla en hombre adulto y no en otra especie».

del embrión y del feto se produce por la capacidad intrínseca del propio nuevo ser, unida a la relación necesaria con el medio en que, en cada momento de su vida, se desenvuelve; es, por tanto, un nuevo ser humano[21], revestido de toda su dignidad y de todos los derechos que al hombre le corresponden como tal.

El nasciturus es, pues, persona desde las fases embrionaria y fetal, realidad que debería ser reconocida por el Derecho Positivo, superando la concepción decimonónica de la persona y acogiendo con mayor amplitud el concepto jurídico-constitucional derivado del art. 10 C.E., y, en su consecuencia, reconociéndole como sujeto titular de los derechos que son inherentes a todo ser humano. Es una incongruencia de nuestro Ordenamiento Jurídico que, por un lado el concepto constitucional de persona tenga una amplitud plena, mientras que el Código Civil mantenga un concepto decimonónico; de otro lado es otra incongruencia que al nasciturus, desde la perspectiva del Derecho Civil, se le protejan todos los efectos que le sean favorables (art. 29 C.c.) y se le reconozcan ciertos derechos civiles (recibir donaciones y derecho a la herencia), y se le niegue su dignidad y sus derechos fundamentales[22]. Si ello es así no se puede negar la naturaleza indiscutiblemente humana del nasciturus, pues, como queda dicho, en el desarrollo del ser humano no hay saltos cualitativos, siendo siempre el mismo cuerpo biológico, hasta la muerte en la ancianidad más longeva.

3.2. Los derechos del nasciturus

1º.- Naturaleza jurídica de los «efectos favorables» para el nasciturus.- La Doctrina científica está dividida en cuanto a la naturaleza de esos «efectos favorables» del «nasciturus», cuya protección genérica, como ya se ha dicho, esta recogida en el art. 29 C.c., el cual somete la protección de los derechos del nasciturus a una doble «conditio iuris»: que nazca con figura humana y viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Un sector doctrinal sostiene la teoría de la ficción, según la cual la personalidad comienza con el nacimiento, pero se reconoce al concebido una ficción de derechos, atribuyéndole una especial consideración de persona jurídica[23]. Para otros estos «efectos favorables» son expectativas de derecho o derechos sin sujeto definitivo; o bien son derechos en formación, como los consideraba Ferrara, quien habla de un estado evolutivo del derecho, en el que entre la existencia del mismo y su falta absoluta hay un estado de formación, que genera una expectativa sobre la futura existencia del mismo; por ello hay tres grados en la formación del derecho: las esperanzas genéricas de adquisición, sin trascendencia jurídica; las expectativas de derecho, que son un derecho realizado en parte, pero con una incertidumbre acerca de su existencia

21 Serra, A. *Comentario Interdisciplinar a la «Evangelium Vitae*, 576 ss.

22 Cf. Lucas Lucas, R. *Antropologia y problemas bioéticos*, 83-86.

23 En tal sentido se pronuncia Puig Brutau. *Fundamentos de Derecho Civil* I, 39.

misma o de su pertenencia, situación de pendencia de la que deriva un efecto jurídico: la protección de esa expectativa; la última de esas fases sería el estado inmediato anterior al derecho perfecto, que es el derecho a término, el cual ya es cierto, pero aún no es exigible[24].

De Castro habla de situaciones jurídicas interinas, que son aquellas que nacen bajo el signo de la limitación con una finalidad transitoria de mantener cierto «status» hasta que se produzca la situación jurídica definitiva. Dentro de ellas distingue tres modalidades: titularidades temporales limitadas (derechos sucesivos aplazados); situaciones jurídicas de pendencia, que lleva consigo una protección jurídica interina en favor del sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo; y las situaciones débiles, situaciones jurídicas viciadas, por carecer de algún requisito legal, y las situaciones jurídicas en litigio[25].

En mi opinión, la calificación jurídica de los derechos del «nasciturus» exige una huida de la regulación jurídico-civil, para intentar penetrar en la naturaleza de esos derechos y en la trascendencia personal y social de los mismos, partiendo siempre de la consideración de persona del «nasciturus». Así hay que distinguir entre unos u otros derechos. Considero que los derechos humanos son predicables de los «nascituri» como sujeto titular actual de los mismos con plenitud de efectos desde el momento de la concepción, sin condición de tipo alguno, pues son derechos que surgen de la propia naturaleza humana (de ahí su denominación «derechos humanos», universalmente reconocida). Si se reconoce que los «nascituri» son seres humanos y por tanto personas se le han de reconocer y tutelar los derechos que al ser humano intrínsecamente le corresponden.

Más complejo es el reconocimiento de los derechos subjetivo-positivos de carácter político o civil; hay derechos que no son predicables del «nasciturus» (piénsese en el derecho al voto), como no son predicables de otras personas, por no reunir los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para su titularidad o para su ejercicio. Otros derechos de índole civil sí son predicables del «nasciturus» como titular de los mismos, como lo pueden ser la donación o la herencia, aunque su ejercicio deba ser efectuado por otras personas, sus representantes legales. Estos derechos pertenecen al «nasciturus» como sujeto actual, pero sometidos a la doble condición suspensiva de los artículos 29 y 30 C.c., la cual supone que el derecho existe en acto desde que jurídicamente surge, pero su eficacia queda en suspenso hasta que la condición se cumpla, cumplida la cual aquél produce todos sus efectos con la retroacción de los mismos al momento de nacimiento del derecho. La justificación, en estos casos, de la exigencia del cumplimiento de la doble «conditio iuris» sería la protección del tráfico jurídico.

2º.- El «nasciturus como sujeto titular actual de los derechos humanos.- Des-

24 Ferrara. *Trattato di Diritto Civile I*, 433 - 434.

25 F. De Castro y Bravo. *Derecho Civil de España*. 2ª ed., 606 ss.

pués de todo lo manifestado hasta aquí en este trabajo, se debe afirmar que el «nasciturus», en cuanto persona, es sujeto de los derechos subjetivos derivados del Derecho Natural: los derechos humanos. Éstos se pueden definir como las prerrogativas naturales del hombre, entendidas como facultad de hacer legítimamente lo que conduce a la realización de los fines de su vida y de hacer y exigir todo lo que el Derecho Natural establece en su favor, lo que hace surgir unas relaciones interpersonales y le permite imponer a los demás, un comportamiento concreto para su respeto, protección y tutela. Estos derechos humanos, enraizados en el Derecho Natural (del que constituyen su núcleo), tienen su origen en la propia naturaleza del hombre, en cuanto que su dignidad los impone, y le pertenecen ontológica e intrínsicamente por el mero hecho de serlo, sin distinción de las etapas o fases de su desarrollo.

Son características de estos derechos humanos las siguientes: 1º.- Son innatos y connaturales al hombre, pues tienen su origen y causa en su propia naturaleza. 2º.- Son inviolables, por lo que no pueden ser quebrantados ni infringidos por ninguna persona; todos, incluido el Estado, tienen el deber jurídico y moral de respetar estos derechos y hacerlos respetar. 3º.- Son irrenunciables, por cuanto son connaturales al hombre. 4º.- Son inalienables, es decir, están fuera del tráfico jurídico, pues su enajenación sería la negación de la propia naturaleza humana. 5º.- Son imprescriptibles, esto es, no se extinguen por el mero hecho de que su titular no haga actos concretos de ejercicio de los mismos durante un periodo de tiempo; al ser innatos nacen con el hombre y se extinguen con él, no tienen otra causa de extinción. 6º.- Son derechos absolutos que se imponen «erga omnes», a todos imponen el deber de su respeto.

Los derechos humanos han tenido su acogida en nuestra Constitución, que los incorpora al Ordenamiento Jurídico como derechos directamente exigibles (cf. arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 CE). Por disposición del legislador constituyente quedan instituidos como principios básicos del conjunto del orden jurídico objetivo; han de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son el «fundamento del orden jurídico y de la paz social» (art. 10 C.E.). La positivación (acogida por el Derecho Positivo) de los derechos humanos fundamentales abre para todos, sin que haya norma alguna que excluya al nasciturus, el reconocimiento y tutela de los mismos, tutela que ha de ser asumida por el Estado, pues son una realidad anterior al Derecho Positivo. Por tanto, los derechos humanos tienen al hombre como sujeto activo y a los restantes hombres, a la sociedad y al Estado como sujetos pasivos, en cuanto deben respetarlos y procurar y facilitar su ejercicio y tutela[26].

La dignidad del hombre y sus derechos humanos son la base no sólo de nuestro Ordenamiento Jurídico, sinó que también han sido acogidos por normas internacionales (Declaraciones de Dere-

26 Sts. T.C. 11 de abril de 1985 nº. 1985/53; 11 de abril de 1986. St. T.S. de 12 y 30 de abril de 1988.

chos humanos) y por los Ordenamientos Jurídicos de muchos países, especialmente del área occidental[27]. Sin embargo, en muchos de esos ordenamientos, incluido el español, se incurre en una contradicción. La admisión legal del aborto, la posibilidad real de investigación con embriones y su consideración de material genético, son realidades que niegan la dignidad del ser humano y el derecho a la vida, la igualdad del nasciturus con otros seres humanos, su derecho a la integridad física y a la salud. Así, mientras se califica a los derechos fundamentales como principios generales con una eficacia jurídica directa y exigible, se le niegan al ser humano en los primeros momentos de su vida. Tal incongruencia parte de la negación al «nasciturus» de la condición de persona.

Desde esta perspectiva del respeto al ser humano desde el momento de la concepción, la clonación se presenta como la negación última y definitiva de la dignidad del hombre y de sus derechos más elementales, pues supone la creación de seres humanos destinados «a priori» a su manipulación y muerte por el científico que los ha creado, para ser utilizados como instrumentos médicos para el tratamiento y curación de ciertas enfermedades. Se antepone así la investigación científica a todo criterio ético objetivo. Se justifica la creación artificial de hombres porque el sentir social entiende que es positiva la curación de enfermedades degenerativas, aunque ello sea a costa de la anulación de la dignidad de otro ser humano y su destrucción. Desde de la justificación sociológica y democrática de la ética y de la norma, la tutela de los derechos humanos y sus garantías positivas sólo valen para el ser humano adulto, pues a él el sentir social mayoritario le reconoce como sujeto de derechos, pero no para los «nascituri», imperceptibles para los sentidos (especialmente en la fase embrionaria), respecto de los cuales aún no han podido surgir sentimientos de afecto, luego el sentir social mayoritario no les reconoce como sujetos de derechos; paradójicamente los «nascituri» son los seres humanos más débiles, que precisan de una mayor protección y tutela jurídicas y de todo tipo[28].

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, en su artículo primero alude a la igualdad en su sentido positivo, afirmando que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». El reconocimiento y tutela de los derechos humanos no se puede supeditar al momento en que el hombre se encuentre de su desarrollo, pues ese momento, desde el punto de vista antropológico y ontológico, es accidental (cf. art. 14 Convenio de

27 Cf. López Guerra, J., García Morillo, P., Pérez Tremps, P. *El régimen Constitucional Español* I, Labor, Barcelona, 126.

28 Cf. Aparisi Miralles, A. «El Permisivismo ante la FIV: a) La Visión Angloamericana», *La Humanidad in Vitro*, 39 ss.

Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

3º.- El «nasciturus» como titular del derecho a la vida.- El derecho a la vida es el primero y más fundamental de los derechos humanos y, por ello, es el supuesto ontológico sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia posible, lo que exige su respeto desde el inicio de la vida hasta su natural extinción. Paradójicamente, este derecho fontal es, de entre los derechos humanos, el que viene siendo objeto de una interpretación más restrictiva, cediendo frente a otros derechos de menor rango e incluso frente a ciertos legítimos deseos que no merecen el calificativo de derechos, como pueden ser los de la mujer a su propio cuerpo (que se antepone al derecho a la vida del hijo y así se justifica el aborto); o el «derecho al hijo», pretendido derecho que no es más que un mero deseo no merecedor del calificativo de «derecho» (y así el hijo se transforma en objeto del derecho de propiedad de los padres y, por ello, objeto de negocio jurídico); o los de ciertos científicos a investigar; o incluso al derecho a la salud de los restantes seres humanos[29]. Se produce de este modo una inversión de valores, en la que derechos secundarios se anteponen al principal y fontal derecho a la vida. Nuevamente nos encontramos ante una perversión del Derecho, pues la persona ya no es sujeto del Derecho, ya no es un fin en sí misma como ser trascendente, sinó objeto de los derechos de otros y del negocio jurídico.

El Tribunal Constitucional, ha venido haciendo una interpretación restrictiva del derecho a la vida. El deambular hacia la restricción del derecho a la vida se ha puesto de manifiesto en una sucesión de sentencias de dicho Tribunal. En la sentencia de 11 de abril de 1985 afirma que la vida humana es un devenir, que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpóreamente configuración humana, que termina en la muerte; es, dice, un continuo sometido a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el «status» jurídico público y privado del sujeto vital, de modo que la gestación genera un «tertium» existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta». El Tribunal concluye afirmando que la vida del «nasciturus» no es un derecho fundamental, sinó un ¡bien jurídico!, y si es un bien jurídico es susceptible de apropiación y de tráfico jurídico[30].

Dicho Tribunal Constitucional dictó sentencia en fecha 19 de diciembre de 1.996, en la que abiertamente niega este derecho a los «nascituri», insistiendo en la idea de que es tan sólo un «bien jurídico». Parte, como no podía ser menos, de la afirmación de que el art. 15 C.E. reconoce el derecho fundamental de todos a la vida, entendiéndose por «todos» sólo a los nacidos. Tal afirmación contrasta con las discusiones producidas en las

29 Ollero Tassara, A. Derecho a la vida y derecho a la muerte, 39 ss.

30 Ollero Tassara, A. Derecho a la vida y derecho a la muerte.

Cortes Constituyentes acerca del actual art. 15 de la Constitución[31], gracias a las cuales se cambió la redacción de dicho precepto, que inicialmente era «toda persona tiene derecho a la vida», por «todos tienen derecho a la vida», con finalidad de incluir al nasciturus como titular de este derecho[32].

Para apoyar su tesis, el Tribunal insiste en que la vida del «nasciturus» no es el derecho fundamental mismo, sino un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 C.E., por lo que no cabe invocar la garantía que la Constitución reserva a los derechos y libertades. Ahora bien, como la vida del «nasciturus» es un bien jurídicamente protegido por el art. 15 CE., el Estado tiene el deber de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y debe establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma. Pero al considerar la vida del nasciturus como un bien jurídico, la somete a la voluntad de los legítimos titulares de ese bien jurídico (los padres), quienes puede disponer de él (de la vida del «nasciturus»), según su libre voluntad, así se queda abierta la posibilidad del aborto, como derecho de los padres a no tener un hijo no deseado, y de la investigación y tráfico de embriones, para satisfacer el deseo de los padres a tener un hijo o tenerlo de determinadas características (eugenesia), o para la curación de terceras personas: al fin y al cabo es un bien y todo bien está en el tráfico y es susceptible de negocio jurídico. Finalmente el Tribunal Constitucional en la sentencia de 17 de junio de 1999, ya sin ambages, afirma que del derecho de todos a la vida son sólo titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri. Se cierra así definitivamente el debate sobre el derecho a la vida.

En sentido contrario a nuestro Tribunal Constitucional, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica[33] mantiene la postura de afirmar que la vida y la dignidad del ser humano son valores primordiales de la sociedad, cuyo respeto y protección da sentido a todos los demás derechos y libertades fundamentales en el Estado Democrático de Derecho; pues el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho. que debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto. El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, y como todo derecho es exigible frente terceros.

31 Ollero Tassara, A. *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, 26 ss

32 Calvo Meijide, A. «El Nasciturus y su protección jurídica», *Actualidad Civil*, 17-18 (1992).

33 St. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de 15 de marzo de 2000.