

# La sentencia *Brüstle* sobre los embriones: muchos méritos y... otros tantos defectos\*

Antonino Spadaro

Catedrático de Derecho Constitucional  
Università “Mediterranea” di Reggio Calabria

Recibido: 02.05.12

Aceptado: 31.05.12

---

**Resumen:** En el presente trabajo se hace un análisis de la Sentencia *Brüstle*, señalando las principales conclusiones a las que llegó el Tribunal Europeo de Justicia y se hacen importantes consideraciones en torno a la utilización de determinados embriones criocongelados por la investigación científica y si la producción por su parte de simples células madre pluripotentes puede ser objeto de patentes con fines industriales y comerciales.

**Palabras clave:** bioética, embriones, patentabilidad, embriones humanos, Tribunal Europeo de Justicia, investigación científica.

**Abstract:** *In this paper there is an analysis of the judgment Brüstle, pointing out the main conclusions reached by the European Court of Justice and makes important considerations regarding the use of certain embryos for scientific research and if its production of simple part of pluripotent stem cells can be subject to patents for industrial and commercial.*

**Key words:** *bioethics, embryos, patenting human embryos, European Court of Justice, scientific research.*

---

Como se sabe, con la sentencia de 18 de octubre de 2011 –*Brüstle versus Greenpeace*– el Tribunal de Justicia europeo, en síntesis “excluye la patentabilidad de una invención si [...] exige la previa destrucción de embriones humanos o su utilización como material de partida” (n.º 3 disp.). En pocas palabras, se limita a decir que no se pueden hacer patentes con fines comerciales e industriales sobre las invenciones biotecnológicas que implican la destrucción de embriones humanos, pero –nótese bien– no que no se puedan *usar* (y por lo tanto, inevitablemente, destruir) embriones humanos existentes con fines científicos, terapéuticos y de diagnóstico. Limitándose a afectar solamente los perfiles industriales / comerciales, pero sin excluir el uso de células madre embrionarias para la investigación dirigido a tratar enfermedades graves, en abstracto parece una buena decisión. En realidad, presenta –como veremos– varios aspectos problemáticos. Más concretamente, el Tribunal de Justicia declara, con una fórmula extraordinariamente amplia, que “constituye

---

\* Traducción de Carlos Vidal Prado (UNED).

un” embrión humano “cualquier óvulo humano desde la fecundación, cualquier óvulo humano no fecundado en el cual haya sido implantado el núcleo de una célula humana madura y cualquier óvulo no fecundado, que a través de la partenogénesis haya sido inducido a dividirse y desarrollarse “(n. 1 disp.). Sin embargo, también admite la posibilidad:

- a) implícitamente, del uso de embriones a los fines de la simple investigación científica, excluyendo sólo la patente (n.º 2 disp.);
- b) explícitamente de una patente en materia de embriones humanos, siempre relativo a “invenciones con fines *terapéuticos* o de *diagnóstico* que se aplican y que son útiles para el embrión humano” en sí mismo (nn. 6 y 4 mot., pero ya en n. 42 del preámbulo Dir. 98/44/CE);
- c) que los tribunales nacionales (no el legislador) decidan “a la vista de la evolución de la ciencia, si una célula madre derivada de embriones humanos en el estado de blastocisto constituye un ‘embrión humano’”(n.º 1 disp.), es decir, si estas células son capaces de “iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano y por lo tanto responden a la noción de ‘embrión humano’”(n.º 37 mot.).

En este sentido, es posible plantear por lo menos tres objeciones:

- 1) la presente sentencia del Tribunal de Luxemburgo, trata de imponer una noción muy amplia de embrión humano, en claro contraste con una sentencia anterior del Tribunal de Estrasburgo (TEDH *Evans v. Reino Unido*, n. 6339/05, 7 de marzo de 2006), en la cual el TEDH –señalando la falta de consenso sobre la definición científica y legal del embrión humano– dice que este es un asunto sobre el cual hay que reconocer a los Estados márgenes de autonomía legislativa (el llamado margen de apreciación / discrecionalidad nacional);
- 2) es difícil entender el significado de la atribución a los tribunales nacionales de un margen de poder de interpretación, pudiendo establecer si “según el estado de los conocimientos científicos, la eliminación de una célula madre de un embrión humano en el estado de blastocisto comporta la destrucción del embrión “ (n.º 1 disp.), considerando que el Tribunal de Justicia ya ha declarado en la misma sentencia que “de las observaciones presentadas ante el Tribunal se deduce que la eliminación de una célula madre de un embrión humano en la fase de blastocisto implica la destrucción del embrión” (n. 48 disp.);
- 3) En realidad nunca ha sido cuestionada, ya que nunca se previó la posibilidad de concesión de patentes sobre los embriones humanos, e incluso –nótese bien– sobre las *células madre totipotentes*. De hecho, la patente solicitada por *Brüstle* (como todas las patentes concedidas en Gran Bretaña, Suecia y el resto del mundo) se refiere a las *células madre pluripotentes* y, por consenso casi unánime (incluso del mismo abogado general Y. Bot), se cree que estas células

carecen de la capacidad para activar el proceso de desarrollo de un ser humano. Por consiguiente, no son calificables como embriones<sup>1</sup>.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia, al igual que el abogado general Y. Bot, sostienen que “también” las invenciones sobre simples células madre pluripotentes deben ser excluidas de la patentabilidad. ¿Por qué? En resumen, porque es imposible obtener líneas de células madre embrionarias sin que, al comienzo del procedimiento, se lleve a cabo un uso destructivo de embriones. Sin embargo, partiendo de esta premisa –nobilísimo en abstracto, pero en concreto, por cómo está formulada, innecesariamente rígida– es difícil no caer en fuertes contradicciones y evitar por lo menos un par de preguntas:

- 1) en los casos a) y b) antes mencionados y admitidos por el Tribunal de Justicia –fines de investigación científica (sin patente) y fines terapéuticos/de diagnóstico a favor del embrión (con patente)– en el inicio es destruido o dañado un embrión humano. ¿Cómo es posible que en estos casos la cuestión sea admitida y en cambio, se excluya en los otros casos (uso de embriones para fines comerciales/industriales)? La ausencia de fines comerciales/industriales (patente) ¿es capaz, por sí misma, de eliminar el principio de la *dignidad humana* del embrión? La dignidad ¿es un principio “variable”, en forma de “acordeón”?
- 2) ¿Cómo distinguir una investigación con finalidad *científica* (para la que la patente está excluida) de una investigación para fines *terapéuticos* o de *diagnóstico* (para la que la patente se permite)? Por otra parte, ¿no es cierto que, si no todos, casi todas las investigaciones científicas no son válidas en sí mismas, sino que en este campo tienen precisamente una finalidad *terapéutica* y *diagnóstica*?

A estas preguntas, legítimas, y no eludibles, se añade el que, en mi opinión, es el verdadero problema, especialmente en Italia: la existencia de tantos embriones no adoptables y no utilizables (los llamados supernumerarios).

Suponiendo que seguramente se compartirá la idea de que no se crean nuevos embriones, parece –sobre todo cuando la *Corte Costituzionale* ha eliminado el límite máximo de 3 embriones a implantar en cada ciclo de fertilización (sentencia n. 151/2009.)– que los embriones crio-congelados disponibles se habrán multiplicado. Parece que en el momento, sólo en Italia hay cerca de 20.000 embriones crio-congelados, que no pueden ser utilizados para la investigación científica, a la vista de la prohibición impuesta por la ley número 40 de 2004 (al menos, hipócritamente, en el caso de embriones *italianos*). Desde mi punto de vista, es muy conveniente que se promueva la adopción, pero es un camino muy arduo y difícil. Los embriones, por lo tanto, están destinados o a ser dados en adopción para ser implantados en el útero

---

<sup>1</sup> Véase D. Neri, *Embrioni e brevetti: a proposito della sentenza della Corte europea di giustizia sul caso Brüstle*, in *Bioetica. Riv. interdisc.*, n. 4/2012.

(que es el caso extraordinario), o conservados hasta su muerte (que es la hipótesis habitual). Resulta lícito preguntarse: ¿por qué esta terrible pérdida de embriones llamados supernumerarios? No es razonable pensar que –sin crear otros nuevos– todos los embriones no adoptados, pero abandonados, simplemente crioconservados y destinados a ser “tirados a la basura”, puedan por el contrario ser utilizados para la investigación científica relacionada con los fines terapéuticos y de diagnóstico (piénsese, en el caso *Brüstle*, en las enfermedades neurológicas y la enfermedad de Parkinson), se entiende que sin patentes, pero siempre para fines buenos? El uso con fines hetero-céntricos –no de investigación abstracta, sino para ayudar a tratar enfermedades graves– de los embriones abandonados no puede constituir una forma de caridad, una especie de *derecho compasivo*? Aunque es una situación diferente, por qué podemos hacer trasplantes de órganos humanos entre personas vivas y usar partes del cuerpo de la gente acaba de morir (por ej. córneas) y no podemos admitir que embriones *destinados con seguridad a la muerte* puedan utilizarse con la finalidad de la investigación para curar enfermedades graves?

En conclusión, en mi opinión la cuestión principal no es, como por el contrario se considera superficialmente, la de admitir o no el uso, para cualquier propósito, de las células madre totipotentes –cosa excluida desde siempre y prácticamente por todos– sino aquella, bien diversa, de si se admite que los embriones criocongelados existentes, no adoptables o destinados en cualquier caso a no ser utilizados de ningún modo, puedan –antes que acabar “en la basura”– ser o no disfrutados por la investigación científica y si la producción por su parte de simples células madre pluripotentes (que no son y nunca puede convertirse en embriones) puede ser objeto de patentes con fines industriales y comerciales. En este sentido, parece que el Tribunal de Luxemburgo, en lugar de inspirarse en el “principio de precaución”, haya pecado de “exceso de precaución”. Así que –frente a algunos recientes excesos opuestos<sup>2</sup>–, también esta sentencia aparece como una reacción... *excesiva*.

Probablemente, el gran mensaje jurídico y político de la sentencia es –al menos en mi opinión– que es necesario superar el nivel “privado” de las patentes, es decir, el la finalidad meramente comercial / industrial de la investigación en el delicadísimo campo de la bioética. Campo en el cual, sin embargo, y paradójicamente, precisamente en *ausencia de patentes*, parece que por desgracia esa investigación estaría inexorablemente destinada a quedarse sin fondos. Es necesario, por tanto, imaginar una intervención y una financiación *pública* de la investigación –en Europa y en todo el mundo (OMS)– que favorezca un estricto control en este ámbito, evitando la creación de nuevos embriones y el uso indiscriminado de los mismos, pero evitando asimismo el derroche innecesario de embriones supernumerarios existentes y no adoptables.

---

<sup>2</sup> A. Giubilini e F.Minerva: si all’aborto post-natale, in *Journal of Medical Ethics* 2012; programma *Esnats*: no a cavie animali, si a cavie embrionali.