



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Soto Silva, Rodrigo

Informe sobre el tratamiento del embrión humano en la jurisprudencia constitucional española

Ius et Praxis, vol. 7, núm. 2, julio-agosto, 2001, pp. 285-316

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19770213>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

Informe sobre el Tratamiento del Embrión Humano en la Jurisprudencia Constitucional Española

Rodrigo Soto Silva (*)

(*) Profesor de Derecho Civil e Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

En la presente nota, se intenta, exponer, a grandes rasgos, la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional español, en relación con la protección jurídica del embrión humano. El propósito último del trabajo, es, nada más, y como quiere sugerirlo el título, informar -y no discutir de forma pormenorizada- los aspectos centrales de esa doctrina.

El trabajo se divide en tres partes: en la primera, se presentan, los principales textos jurídicos que contienen hoy la regulación de la vida por nacer en España. En la segunda, se exponen las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional español en sus sentencias (STC) 53/85, 212/96 y 116/99. Dado que la primera de esas tres decisiones es la más conocida y comentada en nuestro medio, me centraré especialmente en las dos últimas. Finalmente, en la tercera parte del trabajo, se ofrecen algunas reflexiones y conclusiones generales.

1

I) Normas constitucionales e instrumentos internacionales. El eje articulador de la protección de la vida humana en el ordenamiento jurídico español cabe situarlo en el artículo 15 de la Constitución de 1978, cuyo texto dispone que "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral". Cabe consignar, que el Proyecto de Constitución que originalmente se discutió en el Congreso de los Diputados, utilizaba una fórmula distinta: "Toda persona tiene derecho a la vida". Un número considerable de tratadistas españoles ha visto, en esa sustitución de la fórmula original por la vigente, un signo inequívoco de la voluntad final del constituyente de reconocer ese derecho, no sólo a la persona ya nacida, sino también, al nasciturus. Sin embargo, y como procuraré mostrar más adelante, la particular interpretación dada por el Tribunal Constitucional a la norma del artículo 15, hace que resulte tan erróneo negar la aplicación de dicho precepto al nasciturus, como afirmar con respecto a éste la titularidad del derecho constitucional a la vida. De esa interpretación, en principio paradójica, nos ocuparemos después.

Siempre en el ámbito de las normas constitucionales, habría que tener en consideración, algunas otras normas de la carta fundamental española, cuya invocación no ha sido infrecuente en relación con la vida humana incipiente. En especial, merece citarse aquí, el artículo 10, el cual reconoce a "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes" y "el libre desarrollo de la personalidad" como "fundamentos del orden político y de la paz social".

No sólo en España, sino en general, en el derecho comparado, la dignidad de la persona, desempeña, actualmente, un papel protagónico en el debate, sobre el tipo y grado de protección, que el Derecho debiera dispensar a la vida humana en gestación. Por una parte, la dignidad de la persona humana, constituye el principio o referente básico al que se apela en todos los textos bioéticos y biojurídicos contemporáneos. En la dignidad -escribe el profesor Francesco D'agostino- encontramos hoy "el único, posible, auténtico fundamento de una bioética europea"¹. Si bien, queda por decidir, cuánta de esa innegable popularidad que exhibe hoy día la noción de dignidad entre los textos bioéticos de alcance supranacional, obedece a que ella proporciona, como lo ha hecho en el ámbito general de los derechos humanos desde el término de la Segunda Guerra, un refugio retórico suficientemente vago y facilitador, por tanto, del consenso político.

Al lado de las normas de jerarquía constitucional, habría que tener en cuenta una serie de recomendaciones, resoluciones, directrices, y otros textos de alcance supraestatal, elaborados, ya sea en el seno del Consejo de Europa o bien de la Unión Europea², cuyo examen excede los propósitos de esta nota, y que tienen su expresión más reciente e importante en el "Convenio para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina", al que se alude comúnmente como "Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina", o simplemente, como "Convenio de Oviedo"³, dado que fue en esa ciudad española donde el texto fue abierto a la firma, tanto de los países miembros del Consejo de Europa, como de aquellos países no miembros⁴ que participaron en su elaboración, el día 4 de abril de 1997.

El Convenio contiene dos normas, en su artículo 18, que se refieren específicamente al embrión humano. De acuerdo con la primera de ellas, "cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada al embrión" (art.18.1). Con ello, la experimentación con embriones debe entenderse, en principio admitida, aunque sometida a la contundente restricción de que ésta no se traduzca en daños al embrión. La norma no especifica más. En su segunda parte, el artículo 18 viene a consolidar una orientación que venía gestándose a través de anteriores recomendaciones adoptadas por la Asamblea Parlamentaria: "Se prohíbe la creación de embriones humanos con fines científicos o experimentales" (art.18.2), lo que, también en principio, no parece oponerse a que embriones creados con fines inicialmente reproductivos, puedan ser, en definitiva, destinados a la experimentación o la investigación científica, particularmente, si la única alternativa a ello es su destrucción.

Cabría agregar a lo dicho, que, de conformidad con lo previsto por los artículos 31 y 32 del Convenio, se elaboró un Protocolo Adicional, relativo a la "prohibición de clonar seres humanos", de 6 de noviembre de 1997. Sin perjuicio de un pequeño cúmulo de normas de implementación, el mencionado Protocolo se reduce a una única y fundamental prohibición: "Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear

un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto" (artículo 1 inciso 1).

II) La legislación. Examinemos, ahora, siempre a rasgos muy generales, las normas legales que disciplinan, en el ordenamiento jurídico español, el tratamiento del embrión humano. En este caso, el eje articulador, lo encontramos en un polémico par de leyes que fueron promulgadas, ambas, el año 1988. Me refiero, por una parte, a la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y, por otra, a la Ley 42/88, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Ambas leyes, como veremos, fueron objeto, en su momento, de sendos recursos de inconstitucionalidad, los cuales han sido resueltos, con exagerada tardanza, por el Tribunal Constitucional, en sentencias de 1996 y 1999, respectivamente.

El legislador español adopta, del famoso informe Warnock del Reino Unido⁵, el criterio del día catorce posterior a la fecundación, para delimitar el ámbito de aplicación de una u otra ley. Es así que leemos, en la disposición final de la Ley 42/88, que, la donación y utilización de embriones (o preembriones, si se prefiere esa expresión técnicamente más exacta), hasta el día catorce que sigue al de su fecundación, se hará en los términos que establece la Ley 35/88 sobre Reproducción Asistida, mientras que lo referente a la utilización o donación de embriones (posteriores al día catorce) o fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, sólo podrá autorizarse en los términos establecidos por la Ley 42/88. De acuerdo con este último cuerpo legal, uno de los requisitos indispensables para que dicha donación o utilización resulte lícita es que los embriones (de más de catorce días de desarrollo) o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos (artículo 2 letra e).

Acierta, por tanto, el profesor Femenía López, cuando expresa que "la normativa española adquiere caracteres de extremada complejidad", si se atiende a los dos criterios diferenciadores que le sirven de base, a saber, "la distinción entre las tres fases del desarrollo embrionario, y la diferenciación en cada una de ellas entre los conceptos de viabilidad y no viabilidad"⁶. Es preciso observar, nada más, que, cuando el profesor Femenía alude a las tres fases del desarrollo "embrionario" emplea esta expresión en un sentido absolutamente lato, comprensivo, más bien, de las tres fases del desarrollo del nasciturus: preembrión, embrión y feto. Sobre la constitucionalidad de ambos criterios diferenciadores -el del tiempo de desarrollo y el de la viabilidad- ha debido pronunciarse el Tribunal Constitucional, según se expondrá en la segunda parte de este informe.

Como características más salientes de la Ley 35/88 pueden señalarse las siguientes:

i) Reconoce a las técnicas de reproducción asistida que viene a regular⁷, una finalidad fundamentalmente terapéutica (art. 1.2). Ello ha llevado a una parte de la doctrina española a reconocer que, al no poseer éstas, una finalidad exclusivamente terapéutica, es lícito el acceso a las mismas por motivos distintos a la infertilidad, sean estos expresamente admitidos por la ley (como es el caso de la prevención de enfermedades de origen hereditario) o no (como sería su utilización como una forma alternativa de reproducción).

- ii) La concordancia del anterior principio con la norma del artículo 6.1, según la cual, "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley", ha llevado a algunos, a defender el derecho legal de acceder a estas técnicas de que sería titular la llamada mujer sola. Obviamente, estas cuestiones también han sido objeto de las impugnaciones constitucionales, aunque más adelante las mantendremos en un segundo plano, a fin de ocuparnos especialmente de los aspectos que atingen directamente al embrión en sus condiciones actuales más que eventuales.
- iii) Cabe indicar, además, que el legislador español, acepta la fecundación post mortem (art. 9.1 y 9.2 de la ley), produciendo esta los efectos propios de la filiación, matrimonial o extramatrimonial, según el caso, si el marido o conviviente more coniugali, hubieren consentido, por medio de testamento o escritura pública, en que su material reproductor sea utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer.
- iv) La ley le confiere a la mujer receptora de estas técnicas la facultad irrenunciable de pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización (art. 2.4).
- v) El artículo 3 de la ley, sienta un importante principio, al prohibir la fecundación de óvulos humanos, "con cualquier fin distinto a la procreación humana".
- vi) En los procedimientos de fecundación in vitro se permite transferir al útero "solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo". Se apartó, así, la ley española, tanto de un modelo de discrecionalidad absoluta, como de un modelo de definición numérica estricta (al modo, en este último caso, de la ley alemana de protección de embriones de 1990).
- vii) El capítulo III de la ley consagra la donación de gametos y preembriones como un contrato gratuito, formal y secreto, celebrado entre el donante y el respectivo centro sanitario, aclarando, además, que ésta "nunca tendrá carácter lucrativo". Los individuos nacidos a través de estas técnicas, sólo podrán obtener información general de los donantes, que no incluya su identidad, y sólo excepcionalmente, en caso de grave peligro o cuando proceda con arreglo a las leyes penales, podrá revelarse dicha identidad. Sobra añadir, después de lo dicho, que la ley admite la inseminación o fecundación, tanto homóloga como heteróloga, esto es, tanto si los gametos o preembriones proceden de los propios miembros de la pareja (casada o conviviente), que se somete a estas técnicas, como si provienen de un tercero donante.
- viii) Se establece un plazo máximo de cinco años, para la crioconservación, tanto de gametos, específicamente semen⁸, como de preembriones. La ley nada dice sobre el destino de los preembriones congelados, una vez que el dicho plazo expira, lo cual, plantea graves problemas, en la actualidad⁹.
- ix) En cuanto a las posibilidades de investigación y experimentación¹⁰, debemos distinguir: a) tratándose de simples gametos, el legislador las admite sin reservas; b) tratándose de preembriones (es decir, embriones hasta el decimocuarto día de desarrollo), viables, la ley prohíbe a su respecto la experimentación y autoriza la investigación si ésta fuere de carácter diagnóstico o tuviere fines terapéuticos o preventivos, y siempre que no se modifique el patrimonio genético no patológico

(artículo 15.2); c) En el caso de preembriones, no viables, permite ampliamente la investigación, con el solo requisito de no ser ésta posible en el modelo animal.

En lo que respecta, por otra parte, a la Ley 42/1988, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, a tenor de su misma Exposición de Motivos, pueden destacarse, desde ya, dos de sus características más salientes:

- i) Debe reiterarse, en primer lugar, su carácter estrictamente complementario de la Ley 35/88 ya reseñada. Mientras esta última regula la disponibilidad de los gametos, así como del embrión humano, hasta su definitiva anidación o implantación en el útero materno, la Ley 42/88, regula, en cambio, la disponibilidad de que el embrión, y también el feto, pueden ser objeto, desde ese momento en adelante.
- ii) En segundo lugar, destaca la Exposición de Motivos de la Ley 42/88, que este cuerpo legal, vino a llenar un vacío existente en la legislación española sobre donaciones y trasplantes. Pues la ley general sobre la materia (Ley 30/1979) no contempló la posibilidad de "realizar la donación de células, tejidos u órganos de embriones o de fetos humanos".
- iii) En tercer lugar, cabe reiterar aquí, el principio fundamental, y a la vez altamente controvertido, sentado por la Ley 42/88 en su artículo 2 letra e), es decir, que la donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas, para las finalidades expresamente previstas por la ley, podrá realizarse sólo si se cumplen los requisitos que la propia ley establece, y señaladamente, que "los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos".
- iv) Cabe consignar, desde ya, que la determinación de los criterios de viabilidad del preembrión, embrión o feto, fueron entregados, tanto por la Ley 35/88 como por la Ley 42/88 que nos ocupa, a la norma administrativa, más concretamente, a un Real Decreto que el Gobierno, debería dictar, según dispusieron sendas disposiciones finales, "en el plazo de seis meses" contados a partir de la promulgación de las respectivas leyes. Lo cierto es que, una década más tarde, al dictar el Tribunal Constitucional sus sentencias, 212/96 y 116/1999, que seguidamente comentaremos, el dicho decreto todavía permanecía sin dictarse e ignoro si a esta fecha se habrá dictado finalmente.
- v) En lo que respecta a las posibilidades de investigación y experimentación¹¹, cabe señalar, en términos generales, las siguientes posibilidades: a) si el embrión o feto se encuentra en el seno materno, sólo se admiten actuaciones de carácter diagnóstico o terapéutico (art. 5.1); b) tratándose, en cambio, de embriones que se encuentren fuera del cuerpo de la madre, la ley prohíbe y sanciona expresamente (si bien, apenas, con una remisión a las normas de la Ley General de Sanidad) la experimentación con embriones o fetos vivos, salvo que se trate de "embriones o fetos no viables, fuera del útero, y exista un proyecto de experimentación aprobado" por la autoridad pública competente; c) Sobre embriones y fetos muertos, se autoriza abiertamente la investigación y experimentación.
- vi) Precisemos, en fin, que la Ley 42/88 califica de infracciones muy graves (a los leves efectos previstos por la Ley General de Sanidad), la realización de cualquier actuación dirigida a modificar el patrimonio genético humano "no patológico", como asimismo, la

creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él, con cualquier fin distinto a la procreación.

Concluyamos lo referente a estas dos leyes, que tanta polémica han levantado en el medio jurídico español, observando (más allá de los aspectos sustantivos), lo más obvio, aquello que nadie que tenga la desgracia de leerlas, dejará de advertir: su pésima redacción. Difícil que exista en el mundo, una ley tan breve (apenas nueve artículos) y en la que tantas veces se acuda a la fórmula "esto queda autorizado sólo en los términos de la presente ley" o "cumplidos que sean los requisitos establecidos en la presente ley" (siete veces, casi una por artículo), como en la Ley 42/88 sobre donación y utilización de embriones y fetos. Y algo muy parecido podría decirse de la Ley 35/88, era ésta todavía un proyecto legislativo, cuando el civilista español, Fernando Pantaleón Prieto, afirmó, en una expresión probablemente justificada, pero no por eso menos chulesca, que esta no valía "ni el papel en que está escrita"¹².

No quedará completo nuestro panorama general de las normas del ordenamiento español, relativas a la vida por nacer, si no aludimos a otros dos cuerpos legales. Me refiero, naturalmente, al viejo Código Civil español (de 1889) y al todavía reciente Código Penal que ese país se diera en 1995.

Comencemos por el Código Civil, para aludir, siquiera muy brevemente, a su artículo 29. Después de fijar el punto de inicio de la personalidad en sentido jurídico - civil, declarando que "el nacimiento determina la personalidad", dicho artículo 29, recoge la antigua fórmula romana *conceptus pro iam nato habetur*, para disponer que "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".

Hay quien ha sostenido, en el medio español, que se puede encontrar, en el artículo 29 del Código Civil, un fundamento para la protección extrapatrimonial del *nasciturus*. Es el caso, por ejemplo, del profesor Rodrigo Bercovitz¹³. Sin embargo, un conjunto de razones (cuyo examen no cabe desarrollar aquí) de índole histórica, sistemática, y aún puramente lógica, han desplazado la opinión mayoritaria de la doctrina en un sentido opuesto, afirmando, por tanto, que el artículo 29, no sirve como base dogmática para la protección "personal" o extrapatrimonial del embrión humano. La discusión se ha centrado, entonces, en decidir si la norma del artículo 29, interpretada bajo una perspectiva estrictamente patrimonial, es o no, aplicable al embrión *in vitro*. El punto es todavía controvertido, y no cabe entrar, ahora, en esa cuestión.

Situémonos, por último, en el ámbito del Derecho Penal, para identificar, en el Código actualmente vigente, un grupo de normas, que atingen, de forma más o menos directa, al embrión humano. Por una parte, habría que citar, las normas que tipifican los delitos de aborto (artículos 144 y siguientes, además del artículo 417 bis del anterior Código Penal que sigue vigente por virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria que el nuevo código contiene) y lesiones al feto (art. 157). Dichas normas, si bien no son aplicables a la vida humana en su fase preimplantatoria¹⁴, sí constituyen las bases de la protección del *nasciturus* en las siguientes etapas de su desarrollo y hasta el nacimiento. Junto a esos tipos básicos, el Código Penal de 1995 incorporó, también, entre otras menos pertinentes, las siguientes figuras contenidas en el título V del Libro II, bajo la rúbrica "Delitos relativos a la manipulación genética", y que me parecen de necesaria mención: a) Manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo y con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves (art. 159.1 y

159.2); b) Fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana (art. 161.1); c) Creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (art. 161.2)¹⁵.

Pasemos, pues, de acuerdo al plan indicado al comienzo, a examinar los aspectos capitales de la jurisprudencia constitucional¹⁶, que se ha desarrollado en España, con respecto a la vida humana en gestación.

2

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril¹⁷:

Esta sentencia, importante y polémica, del Tribunal Constitucional español, contiene las premisas básicas a las que debe sujetarse hoy cualquier intento por comprender la regulación constitucional de la vida humana incipiente en ese país¹⁸. En ella, el Tribunal Constitucional, debió pronunciarse, como se sabe, sobre la constitucionalidad del proyecto de reforma legal que introdujo el artículo 417 bis, en el texto del anterior Código Penal español, incorporando tres supuestos en los que, cumplidos los requisitos previstos por la propia ley penal, el aborto inducido no resulta punible. Tales supuestos son, como es bien conocido, los de aborto terapéutico, ético y eugenésico.

Recurrido dicho proyecto, de inconstitucionalidad, el máximo intérprete de la Constitución, debió encarar, entonces, la difícil tarea de definir los términos en que el ordenamiento constitucional español reconoce y protege el valor de la vida humana en sus primeras etapas de desarrollo. Cabe resumir aquí, la fundamental doctrina establecida por el Tribunal, en su sentencia. Para ello, expondremos, primero, los principales reproches que formularon los recurrentes al entonces proyecto de ley.

I. Principales motivos de inconstitucionalidad alegados por los recurrentes:

Sin perjuicio de otros motivos de menor entidad, los recurrentes centraron su impugnación del proyecto de ley recurrido en los tres siguientes motivos:

i) Entendieron, en primer lugar, los recurrentes, que el proyecto suponía la eliminación de normas penales indispensables para la protección de la vida humana que resulta constitucionalmente exigible, de parte del Estado, a tenor de lo dispuesto por el artículo 15 de la Constitución española, al declarar dicho artículo, que "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral". Esgrimiendo una interpretación histórica, lógica y sistemática, de la disposición constitucional, los recurrentes afirmaron que la expresión "todos" utilizada por el artículo 15, comprende inequívocamente a los concebidos y no nacidos.

ii) En ese mismo orden de ideas, el proyecto vulneraba, a juicio de los recurrentes, ciertas garantías, contempladas por la propia Constitución, como protectoras de los derechos fundamentales, y entre ellos, el derecho a la vida. Entre las garantías, supuestamente infringidas, invocaron los recurrentes, la garantía del contenido esencial del derecho (ex artículo 53 de la Constitución española). En el derecho a la vida -afirmaron- "no existe contenido accidental".

iii) En tercer lugar, los recurrentes impugnaron, uno a uno, los supuestos concretos cuya despenalización el proyecto contemplaba. Calificaron, así, de innecesaria, la previsión del "aborto terapéutico", por quedar ésta, a su juicio, perfectamente cubierta por el estado de necesidad u otras causales justificantes. Dicho supuesto despenalizador resultaba, asimismo, inconstitucional, por no establecer el requisito de un examen pericial judicializado. En el caso del denominado "supuesto ético" de aborto, sostuvieron su inconstitucionalidad por cuanto haría prevalecer el derecho al honor sobre el derecho a la vida. Por último, y en lo referente al "aborto eugenésico", los recurrentes sostuvieron que dicha hipótesis vulneraba, a más del artículo 15, el artículo 49 de la Constitución española, en cuanto ordena este último a los poderes públicos llevar a cabo una política de previsión y tratamiento de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

II. La doctrina elaborada por el Tribunal:

i) En primer lugar, y una vez centrados los términos de la cuestión debatida en la determinación del "alcance de la protección constitucional del nasciturus", el Tribunal expone su ya famosa concepción de la vida humana, según la cual, esta es "un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte". Añade, además, que la vida "es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital"¹⁹. Una declaración que sería tomada, después, literalmente, por el legislador español, en la Exposición de Motivos de la Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que más arriba reseñamos.

ii) En segundo término, el Tribunal declara que "la vida del nasciturus, en cuanto este encarna un valor fundamental la vida humana, garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional". Entiende, así, que la vida humana es un "valor superior del ordenamiento jurídico constitucional" del que el propio derecho constitucional a la vida es proyección.

iii) Desestimando los argumentos aducidos por los recurrentes, que se centraron, según acabamos de ver, principalmente, en la invocación del artículo 15 de la Constitución, el Tribunal afirma que, no obstante constituir la vida del nasciturus "un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental", no puede afirmarse que este sea titular del derecho constitucional a la vida²⁰.

iv) De modo que, a juicio del Tribunal Constitucional español, el nasciturus no es titular del derecho constitucional a la vida, sin perjuicio de lo cual, y dado que éste encarna un valor fundamental del ordenamiento constitucional, como es el valor de la vida humana, el nasciturus es acreedor de un determinado deber constitucional de protección. El reconocimiento por parte del Tribunal de dicho deber de protección, dejó planteado el problema, no menos difícil, de definir su contenido, esto es, establecer en qué se traduce, desde el punto de vista práctico, ese deber constitucional.

v) Sobre lo anterior, el Tribunal no da, en su sentencia, más que directrices genéricas: "esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el

proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales"²¹.

vi) Tratándose, en particular, del proyecto de ley impugnado, la sentencia 53/1985 decidió que dicho deber de protección no exige una penalización absoluta o general del aborto, y que resultaban, por tanto, admisibles, desde el punto de vista constitucional, los supuestos despenalizadores que el proyecto de ley contemplaba.

vii) Ello no le impidió, sin embargo, al Tribunal, entender que los procedimientos y requisitos previstos por el proyecto para que los distintos supuestos de aborto penalmente excusables se configuraran, no lograban satisfacer las exigencias derivadas del deber constitucional de proteger la vida humana incipiente y el valor que ella encarna. Por tanto, y al igual que lo hiciera su homólogo alemán²², el Tribunal Constitucional español exigió mayores garantías protectoras de la vida del nasciturus. Pero no objetó, cabe reiterarlo, la constitucionalidad de la despenalización que el proyecto contemplaba para los supuestos indicados.

Este último punto, resultó especialmente controvertido, entre los miembros del Tribunal. Así lo evidencian los seis votos particulares que acompañan el fallo. Conviene subrayar algunos de los más importantes fundamentos disidentes:

Para el Magistrado AROZAMENA SIERRA, el proyecto debió declararse completa -y no sólo parcialmente- constitucional. A su juicio, el Tribunal habría traspasado los estrictos límites de su competencia al decirle al legislador lo que debería hacer para adecuar los preceptos del texto impugnado a la Constitución. Subraya, además, que, a su entender, el Constituyente español de 1978, no tomó postura, en el artículo 15, sobre el problema penal del aborto, y, en consecuencia, su regulación "es un tema abierto a la disponibilidad del legislador democrático".

Por su parte, el Magistrado DÍEZ-PICAZO, quien coincide en la plena constitucionalidad del sistema de indicaciones seleccionado por el legislador, indica que "no es función del Tribunal colaborar en la función legislativa, orientarla o perfeccionarla", y critica, seguidamente, el voto de mayoría, por haber incurrido en lo que denomina "lavrados o manifiestos juicios de valor". Mantiene, en fin, su idea de que "no hay inconstitucionalidad por las omisiones en que pueda considerarse que el legislador ha incidido".

Por diversas razones, el voto particular del Magistrado TOMÁS Y VALIENTE, es digno de nota: "Nunca he sido un entusiasta de la filosofía de los valores -nos dice-. Tal vez por ello no comparto las abundantes consideraciones axiológicas" contenidas en diversos fundamentos del fallo. Y prosigue: "que el concepto de persona es el soporte y el prius lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución". Se refiere, con ello, a la consideración de la vida humana, entre otros, como valor fundamental de la Constitución. A juicio de este Magistrado, "el juicio de constitucionalidad no es un juicio de calidad o de perfectibilidad. El Tribunal Constitucional puede y debe decir en qué se opone a la Constitución un determinado texto normativo, y, en consecuencia, por qué es inconstitucional. Lo que no puede es formular juicios de calidad". Y, enfatizando el denominado carácter negativo de la jurisdicción constitucional, sostiene que el Tribunal puede formular exclusiones o vetos

sobre los textos a él sometidos, pero "no puede decirle al legislador lo que debe añadir a las Leyes para que sean constitucionales". Hagamos constar, con todo, que, al igual que los anteriores magistrados, el Magistrado TOMÁS Y VALIENTE, fue de opinión que "el Proyecto de Ley Orgánica impugnado es en todo conforme con la Constitución".

En una línea muy semejante, los magistrados LATORRE SEGURA y DÍEZ DE VELASCO, discrepan del voto de mayoría, no en cuanto se declara la constitucionalidad de las indicaciones impugnadas ni tampoco en cuanto se afirma que el nasciturus no es titular del derecho constitucional a la vida, sino, en cuanto consideran que, al exigirse a la ley mayores requisitos en relación con la verificación de los respectivos supuestos, el Tribunal "invade competencias del Poder Legislativo". La función del Tribunal Constitucional se habría aproximado, así, en opinión de estos magistrados, a la de una "tercera Cámara".

Por último, el Magistrado RUBIO LLORENTE, en un extenso voto particular, coincide nuevamente con la constitucionalidad del proyecto, y discrepa del voto de mayoría, afirmando que "El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos 'encarnan', para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto". Esto, nos dice, "no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente, suplantar al legislador o, quizás más aún, al propio constituyente"

En la parte tercera y final del presente informe, se intentan algunas reflexiones generales sobre la filosofía que todas estas opiniones trasuntan. Consignemos, nada más, de momento, que la totalidad de los miembros del Tribunal coincidieron, como ha podido verse, en la constitucionalidad de despenalizar el aborto en los supuestos previstos por el proyecto (terapéutico, ético y eugenésico) y discreparon, básicamente, en este solo punto: la procedencia de que el Tribunal Constitucional exija de la ley mayores requisitos protectores, llegando a ilustrar incluso, con ejemplos, el tipo de protección que la ley debería contemplar para que el Tribunal pudiera estimarla constitucional. El voto de mayoría entendió que ello no excede las competencias del Tribunal ni constituye, por tanto, una usurpación de las competencias del legislador. La totalidad de los votos particulares (seis en total), opinó, como hemos visto, lo contrario.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre23.

En esta segunda sentencia, el Tribunal Constitucional español, ha venido a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 42/1988, de 28 de Diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos24.

Como en el caso anterior, con diversas fórmulas, los Diputados recurrentes, hicieron de la vulneración del artículo 15 de la Constitución española el reproche central que dirigen a la Ley 42/1988. Dicho reproche queda estructurado en el escrito de los recurrentes, tanto a través de "argumentos sustantivos, en definitiva la transgresión del derecho fundamental (a la vida) como tal", como por medio de "argumentos conectados al sistema de fuentes, concretamente la vulneración de la reserva de ley orgánica". Conviene, en todo caso, exponer ordenadamente los principales motivos de inconstitucionalidad alegados por los recurrentes:

I. Principales motivos de inconstitucionalidad alegados por los recurrentes:

- i) A juicio de los recurrentes, la Ley 42/88 quebranta la protección constitucionalmente exigible de la vida humana, entre otras razones, porque no delimita con certeza los conceptos de embrión y feto. Tampoco delimita con claridad su ámbito de aplicación con respecto a la ley 35/88, pues, su disposición final, utiliza el criterio del día catorce posterior a la fecundación, mientras que, en su Exposición de Motivos, el criterio utilizado es el de la implantación del embrión en el útero. Dado que ambos criterios no coinciden necesariamente, sostienen los recurrentes, se crea un ámbito de indeterminación, en el que no es posible saber si un ser humano en desarrollo debe tenerse por preembrión o bien por embrión, con las importantes consecuencias que de ello se siguen, desde el punto de vista de su status y de la regulación jurídica que se le acuerda.
- ii) Resulta innegable, a decir de los recurrentes, que la ley impugnada está definiendo el status de la vida humana en sus primeras etapas de desarrollo y, con ello, regula o desarrolla el contenido del artículo 15 de la Constitución española. En esa forma, resultaría vulnerada, entre otras, la garantía de reserva de ley orgánica, contemplada por el artículo 81 de la Constitución, conforme al cual, "el desarrollo de los derechos fundamentales" es materia de ley orgánica, requisito que ciertamente no satisface la Ley 42/88.
- iii) Impugnan, en tercer lugar, los recurrentes, la Ley 42/88, por vulnerar la garantía del contenido esencial. Afirman, en ese sentido, que la ley impugnada hace a los embriones y fetos expresamente susceptibles del contrato de "donación" con lo que se incurría en una inadmisible "patrimonialización del embrión y del feto".
- iv) Se impugna, en particular, la posibilidad contemplada por la ley, de autorizar actuaciones, con fines no terapéuticos, sobre embriones o fetos, sujeto al criterio de su no viabilidad. Con ello, afirman los recurrentes, el legislador no respeta el tratamiento jurídico a que constitucionalmente es acreedora la vida humana, incurriendo en una "deshumanización por vía legislativa de los embriones y fetos humanos en los casos que la Ley prevé a fin de que puedan ser utilizados para fines ajenos a su propio desarrollo o a su propia terapéutica".
- v) Se reprocha, en fin, además de la ausencia de ley orgánica, el hecho de procederse, a juicio de los recurrentes, "a una clara deslegalización de los criterios" para determinar la viabilidad o no viabilidad de los nascituros, dada la remisión que se hace a tal efecto, a una norma puramente reglamentaria.

II. La doctrina elaborada por el Tribunal:

En su decisión, el Tribunal nuevamente desestimó, en todos los aspectos fundamentales, la petición de los recurrentes, estimándola únicamente en dos puntos, claramente secundarios, relacionados con la defectuosa técnica legislativa empleada en la redacción de los preceptos contenidos en los artículos 5.1 y 9.1 de la ley impugnada.

Es obvio que, entre los aspectos que conspiraron abiertamente contra la pretensión de los recurrentes, debe destacarse, el hecho de que éstos argumentaron la

inconstitucionalidad de la ley como una cuestión relacionada con la vulneración de derechos.

Sostuvieron, en efecto, los recurrentes, que la ley 42/88, debía declararse inconstitucional, por no respetar el contenido esencial del derecho a la vida, a que hace referencia el artículo 15 de la Constitución española. Todo ello, aderezado, según vimos, con impactantes cargos, más retóricos que sustantivos, relacionados con la supuesta "deshumanización por vía legislativa de los embriones y fetos humanos" que se daría al permitirse que éstos puedan ser utilizados para fines ajenos a su propio desarrollo (¿aún estando muertos o siendo inviables?) y con una supuesta "patrimonialización de la vida humana" al contemplarse la donación de un embrión o de un feto (¿por más que haya muerto o que sea inviable?).

El Tribunal no desaprovechó la circunstancia de que los recurrentes emplearan la retórica de los derechos, concretamente la del derecho a la vida, para hacer una total remisión a su anterior sentencia 53/1985 ya comentada. Una estrategia suficientemente obvia como para que los recurrentes la hubieran previsto, por más que su escrito de inconstitucionalidad fuera interpuesto el año 1989. Habían transcurrido, en cualquier caso, cuatro años, desde que el Tribunal, en la referida STC 53/85, expusiera su doctrina, por la que se le negaba al nasciturus, la titularidad del derecho constitucional a la vida. Es posible que los recurrentes abrigaran todavía la esperanza de que el Tribunal pudiera revertir su anterior doctrina (al no hallarse vinculado por su jurisprudencia anterior). Consideremos, en sus aspectos más esenciales, la decisión de 1996:

- i) En el tono de quien recuerda hechos indesmentibles, el Tribunal hace ver, que, desde la sentencia 53/1985, el nasciturus (preembrión, embrión o feto), no es titular de derechos fundamentales, por lo que no cabe invocar a su respecto el derecho a la vida. Y, a renglón seguido, podemos ver que el Tribunal utiliza esa misma premisa, para abordar, a partir suyo, no sólo el fondo del asunto sino también las cuestiones relacionadas con el sistema de fuentes.
- ii) El Tribunal invoca, una reiterada doctrina, de acuerdo con la cual, la exigencia de ley orgánica prevista por el artículo 81 de la Constitución, debe interpretarse de un modo estricto y excepcional. Ello, para sostener, seguidamente, que no toda regulación legal que afecte alguno de los diversos contenidos normativos del llamado "núcleo duro" de la Constitución (Sección 1 del Capítulo II del Título I) equivale a un "desarrollo" de los derechos fundamentales que en él se contienen. Y ese sería, según sostiene el Tribunal, el caso de leyes como la 42/1988 en cuestión: evidentemente dice relación con los contenidos normativos del núcleo duro, y más concretamente los del artículo 15, en la medida en que afecta al valor de la vida humana, el cual constituye un bien jurídico cuyo deber de protección encuentra su fundamento jurídico precisamente en la citada norma constitucional, pero eso no constituiría, a juicio del Tribunal, un verdadero "desarrollo del derecho", en el sentido del artículo 81.1 de la Constitución.
- iii) La razón por la que no se puede afirmar que leyes como la impugnada 42/88, desarrollen el derecho a la vida, es, nos dice el Tribunal Constitucional, que, tanto el embrión como el feto, carecen de la titularidad de dicho derecho constitucional, del que sólo son titulares los nacidos.

iv) Por esa misma razón, no se puede aplicar, a esa legislación, la exigencia de ley orgánica prevista por el artículo 81.1 de la Constitución, toda vez que la citada legislación no constituye "desarrollo" en los estrictos términos en que debe interpretarse esa norma.

v) Todavía más: siguiendo ese mismo razonamiento, el Tribunal precisa que, otras técnicas constitucionales de garantía de los derechos fundamentales, como es el caso de la técnica del contenido esencial, tampoco pueden invocarse, en la medida en que ellas también han sido previstas para la garantía del derecho subjetivo y no de algún otro tipo de contenido normativo.

vi) En cuanto a la pretendida "patrimonialización" de la vida humana, que surgiría del hecho de permitir la Ley impugnada la donación de embriones y fetos, el Tribunal despacha rápidamente este motivo, precisando que "la Ley no prevé la donación sino de embriones o fetos muertos o, en todo caso, no viables", por lo que esta singular donación "no implica en modo alguno la 'patrimonialización' que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 de la Constitución española), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, expresamente prohibida por el artículo 2 letra d)" de la ley impugnada.

vii) En cuanto a la deslegalización de los criterios para determinar la viabilidad o inviabilidad de los nasciturus, tanto en la sentencia 212/96 que estamos reseñando como en su reciente sentencia 116/1999 de la que enseguida nos ocuparemos, el Tribunal recurrió a la misma -y muy cuestionable- fórmula, consistente en declarar la desaparición sobrevenida del objeto de los respectivos recursos de inconstitucionalidad en lo que concierne a los específicos criterios de viabilidad, toda vez que la ley no los contiene y el gobierno tampoco los había dictado. Subrayó, en efecto, el Tribunal, en su sentencia 212/96, que la disposición adicional de la Ley 42/88 contenía un mandato consistente, no sólo en que los mencionados criterios de viabilidad fueran definidos por el gobierno, sino, además, en que lo fueran en el perentorio plazo legal de seis meses, plazo que, en expresión del Tribunal, "se dejó transcurrir en exceso".
A nadie se le escapa que el problema central que en este caso quedó planteado ante el Tribunal, era este: ¿cuál es el grado de protección constitucionalmente exigible con respecto a aquellos nascituri vivos pero inviables? ¿es posible equiparar su situación a la de un embrión o feto muertos o se le debería equiparar, en cambio, a la del embrión o feto vivos y además viables?

Como se comprende, este es un problema distinto al de la definición de los específicos criterios, con arreglo a los cuales, dicha viabilidad debería apreciarse. No se trata aquí meramente de establecer, cuáles son viables y cuáles no, sino de la cuestión, todavía más sustantiva, de si debería accordarse (y si acuerda de hecho el ordenamiento jurídico) un idéntico trato a unos y otros, en tanto que seres humanos actualmente vivos.

Es claro, asimismo, que la cuestión ya zanjada en 1985 por el Tribunal, en orden a que el nasciturus, viable o no, nunca es titular del derecho fundamental a la vida, tampoco nos sirve aquí para dirimir el punto, pues lo que se discute ahora, es si resulta constitucional, careciendo tanto el nasciturus viable como el inviable del derecho a vivir, diferenciar el trato y las actuaciones de que pueden ser objeto uno y otro. La ley 42/88 establece esa diferencia, y es la constitucionalidad de la misma lo que los

recurrentes sometieron al juicio del Tribunal. La respuesta del Tribunal queda resumida en el siguiente considerando:

viii) La Ley, afirma el Tribunal, parte de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos, no cabe reconocerles el carácter de nascitrus, toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión "no viables", que nunca van a nacer, en el sentido de llevar una propia vida independiente de la madre. "Puede decirse, así, -prosigue- que la ley se enfrenta con la realidad de la existencia de embriones y fetos humanos, ya sea muertos o no viables, susceptibles de utilización con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, pretendiendo abordar en todo caso esta realidad de modo acorde con la dignidad de la persona" 25.

La sentencia va acompañada de un solo voto particular, el cual consigna la opinión disidente del Magistrado GABALDÓN LÓPEZ. Sostiene dicho Magistrado que, mientras haya vida, "mientras no pueda decirse que falta y por consiguiente que están muertos, los embriones y fetos no viables tienen vida incluso aunque no tengan esperanza razonable de seguir viviendo" y, por tanto, tenemos para con ellos el mismo deber de protección que tenemos para con cualquier otro nascitrus, viable o no.

Sin embargo, al leer esta opinión del Magistrado Gabaldón, uno puede preguntarse si estaría realmente dispuesto a llevar, esa misma orientación, innegablemente bien intencionada, hasta sus últimas consecuencias. En efecto, parece más que difícil sostener que el Estado tiene el derecho, e incluso el deber, de obligar a una mujer a aceptar que se le implantara un embrión sobre el que existe la certeza científica de que no logrará desarrollarse y nacer. Sería demencial pretender que el Estado tiene tanto poder sobre la persona como para obligarla a someterse a un proceso tan inútil como penoso. El Estado no tiene esa potestad y desde luego no tiene ese deber.

En la misma línea de las opiniones del Magistrado Gabaldón López, el profesor González Morán se pregunta "si están vivos, es decir, si en el momento determinado en que son objeto de estudio o examen encarnan un valor fundamental la vida humana existente desde el momento de la gestación ¿qué autoriza a tratarlos como si ya estuvieran muertos?"²⁶.

Prosigue el profesor González Morán: "En las exigencias constitucionales contenidas en defensa de la vida en el artículo 15 de la Constitución española según la interpretación de la STC 53/1985 no existe argumento alguno que autorice a establecer niveles de protección en la vida del concebido no nacido"²⁷.

Ante lo cual sólo cabría responder que tampoco hay en esa sentencia ningún argumento que lo impida. Lo que sí hay cómo no verlo es una decisión del Tribunal Constitucional por la que se declara la perfecta constitucionalidad de una norma que exime del reproche penal a quien interrumpe la gestación de un feto que presente graves taras o malformaciones. Y no necesitamos precisar que un feto que padezca tales malformaciones puede ser perfectamente viable.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio²⁸:

En esta tercera sentencia, el Tribunal Constitucional, ha debido pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Una

década tardó el Tribunal en resolver este recurso que fue promovido por 63 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, en febrero de 1989. Sistematicemos el complejo contenido de la sentencia, enunciando los principales reproches formulados por los recurrentes a la Ley 35/1988, e indicando, en cada caso, la respuesta del Tribunal:

I. Primer motivo de inconstitucionalidad alegado por los recurrentes. Necesidad de ley orgánica.

Reprochan, en primer lugar, los recurrentes, a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, su carácter de ley ordinaria y no orgánica como resultaría preceptivo a su entender de cara a lo dispuesto por el artículo 81.1 de la Constitución española.

A diferencia del recurso promovido contra la Ley 42/88, en este caso, el mencionado reproche resulta vertebrado a través de tres argumentos diferentes que el Tribunal no demorará en rechazar:

i) A juicio de los recurrentes, la Ley 35/88 que nos ocupa, consagra la privación de ciertos derechos paterno-filiales, con merma de la garantía constitucional del instituto de la familia (artículo 39.1 de la Constitución española: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia").

ii) En segundo lugar, los recurrentes fundan la necesidad de ley orgánica argumentando que muchas de las materias tratadas por la Ley 35/88, deberían, a su juicio, estar protegidas penalmente y, en consecuencia, formalmente reservadas a la ley orgánica.

iii) Por último, y siempre dentro de este primer reproche referente a la necesidad de ley orgánica, los recurrentes reproducen el razonamiento desplegado en el recurso contra la Ley 42/88 para sostener, también aquí, que la ley 35/88 desarrolla los "derechos" reconocidos en los artículos 10 y 15 de la Constitución española.

II. Respuesta del Tribunal Constitucional al primer motivo de inconstitucionalidad alegado por los recurrentes:

El Tribunal reitera la doctrina, según la cual, el artículo 39.1 de la Constitución española no regula ningún derecho o libertad pública, añadiendo, de otra parte, el argumento decisivo consistente en que la exigencia de ley orgánica, prevista por el artículo 81.1, afecta única y exclusivamente a los derechos comprendidos en la Sección 1 del Capítulo II del Título I de la carta fundamental, y no a otros.

En lo que respecta a la necesidad de una regulación penal, para las materias tratadas por la ley de Reproducción Asistida, el Tribunal argumenta que, no forma parte del juicio de constitucionalidad, el suplantar al legislador decidiendo qué normas o prescripciones deberían ir respaldadas por una sanción penal y cuáles no.

Por último, y en lo que respecta a la necesidad de ley orgánica, fundada en que la ley 35/88 constituiría "desarrollo" en los términos del artículo 81 de la dignidad de la persona y del derecho constitucional a la vida, el Tribunal recuerda que la dignidad de la persona, tal como ésta se encuentra consagrada en el artículo 10 de la Constitución española, no puede ser considerada, en propiedad, como un derecho subjetivo, sino, más bien, como lo que indica expresamente el citado precepto, esto es, un "fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1. CE).

Seguidamente, el Tribunal Constitucional, reproduce la misma doctrina formulada en su sentencia 212/96, para recordar que, según se precisó en la sentencia 53/85, el nasciturus (incluido el preembrión) no es titular del derecho constitucional a la vida por lo que difícilmente podría sostenerse que una ley como la 35/88 desarrolle ese derecho. Otra cuestión, como hemos visto al examinar la sentencia 212/96, es la tesis que argumenta que la exigencia de ley orgánica del artículo 81.1 debería extenderse no sólo al desarrollo del derecho a la vida en sí sino a algo tan indisociablemente unido a él como es el valor mismo de la vida humana. Pero esa es una tesis que el Tribunal también ha rechazado en virtud de lo que denomina una interpretación estricta de la voz "desarrollo" en el artículo 81.1 de la Constitución. El bien jurídico "vida humana" puede resultar todo lo indiscernible que se quiera con respecto al "derecho a la vida", pero aún así, mientras no estemos en el ámbito mismo del derecho, que en otras palabras, es el de la titularidad del mismo por parte de unos determinados individuos, no cabe hablar entiende el Tribunal de normas que lo desarrollen en sentido estricto.

II. Segundo motivo de inconstitucionalidad alegado por los recurrentes. Preceptos de la ley 35/88, vulneradores del derecho constitucional a la vida en su contenido esencial.

Sostuvieron los recurrentes, que la Ley 35/88, contenía, a juicio suyo, toda una amplia variedad de preceptos vulneradores del contenido esencial del derecho a la vida (artículo 15 de la Constitución en concordancia con el artículo 53 de la misma Carta).

i) El primer grupo de preceptos punitivamente impugnados incluye una serie de disposiciones relativas a la investigación y experimentación con gametos y preembriones contenidas entre los artículos 14 y 17 de la ley (véase la sección 1 de este informe).

ii) Afirman los recurrentes, en segundo lugar, que la facultad que el artículo 2.4 de la Ley 35/88 le reconoce a la mujer receptora de estas técnicas, consistente en poder "pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización", violaría el artículo 15 de la Constitución española, y configuraría, de hecho, una nueva causal de aborto, en caso de haberse producido ya la transferencia del preembrión al cuerpo de la mujer.

iii) Alegaron, también, los recurrentes, la inconstitucionalidad de tres normas íntimamente vinculadas: en primer lugar, el artículo 4 de la Ley, en cuanto dispone que sólo se transferirán al útero materno el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo; en segundo lugar, el artículo 11 en sus apartados 3 y 4 que prevén la crioconservación de los preembriones sobrantes en los bancos autorizados por un plazo máximo de cinco años; y por último, el artículo 5.1 en la medida en que permite la donación de gametos y preembriones.

iv) Vieron, en fin, los recurrentes, una infracción del artículo 15 de la Constitución, en los artículos 12 y 13 de la Ley 35/88, en cuanto autorizan la práctica de determinadas intervenciones sobre el preembrión, sobre todo, en cuanto pueden enderezarse dichas intervenciones a detectar enfermedades hereditarias que lleven a "desaconsejar su transferencia (del preembrión) para procrear" (artículo 12.1).

Respuesta del Tribunal Constitucional al segundo motivo de inconstitucionalidad alegado por los recurrentes:

- i) En lo relativo a las posibilidades que la ley 35/88 abre para la investigación con gametos y preembriones, el Tribunal empieza por tomar en cuenta el principio rector contenido en el artículo 44.2 de la Constitución española, según el cual, "Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general".
- ii) El Tribunal precisa que, no es su misión, el limitar las decisiones o líneas de acción adoptadas por el legislador en aras del desarrollo científico y del interés general "siempre, claro es, que las determinaciones legales no entren en colisión con mandatos o valores constitucionales"²⁹.
- iii) En lo que respecta, puntualmente, al artículo 14 de la Ley 35/88, el Tribunal rechaza la pretensión de que los apartados que en él se impugnan (el 3 y el 4) vulneren el deber de protección constitucional que es debido al nasciturus. Ello, porque el apartado 3, por una parte, se limita a prohibir que los gametos que sean utilizados con fines de experimentación o investigación, sean destinados a originar preembriones para la procreación humana. El Tribunal hace ver que "sólo forzando el sentido propio de los términos puede alcanzarse la conclusión de que la investigación sobre o con los gametos pueda suponer atentado alguno al derecho a la vida".
- iv) Más problemático parece, por lo menos a primera vista, el apartado 4 del mismo artículo 14, el primero de cuyos párrafos autoriza el denominado "test del hámster", mientras que a tenor de su párrafo segundo, la autoridad pública correspondiente podrá autorizar otras fecundaciones entre gametos humanos y animales. El Tribunal responde, subrayando que, de la sola lectura del apartado 4 del artículo 14, brota, que la práctica del test del hámster se autoriza por el legislador de modo excepcional y con la única finalidad de "evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos" (que es, por lo demás, la finalidad propia de ese test). En el mismo párrafo, el legislador ordena la interrupción del test en el momento en que se produzca la primera división celular.
- v) Como indica el Tribunal, la consideración de esta autorización legal (lo mismo que de las excepcionales autorizaciones administrativas a que da pie el párrafo 2 del apartado 4) no puede hacerse al margen de otras dos previsiones de la ley: por una parte, la taxativa prohibición de fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, y, por otra, la norma contenida en el artículo 14.3, la cual prohíbe, que fecundaciones inicialmente practicadas con fines de investigación o experimentación originen preembriones con fines de procreación. A todo lo cual, debe sumarse el hecho de que el artículo 20.2.B de la ley, tipifica como infracción administrativa muy grave la fecundación de óvulos con cualquier fin distinto a la procreación humana (lo que incluye obviamente la producción de híbridos, letra q del mismo artículo).
- vi) En cuanto a los artículos 15 a 17, el Tribunal comienza admitiendo, de entrada, aquello que nadie que lea estas normas puede dejar de notar: la deficiente técnica legislativa que se aprecia en su redacción. Ello no le impide, sin embargo, al Tribunal, identificar las dos categorías fundamentales que es preciso distinguir para la correcta

intelección de los preceptos que nos ocupan: por una parte, la de los preembriones viables, respecto de los cuales, la ley autorizaría únicamente la investigación "de carácter diagnóstico, y con fines terapéuticos o preventivos" y toda vez que la dicha investigación no implique una modificación del patrimonio genético no patológico. Y, por otra parte, la categoría de los preembriones no viables, respecto de los que se autorizaría tanto la investigación como la experimentación.

vii) A criterio del Tribunal, la experimentación debe entenderse prohibida por la ley tratándose de preembriones viables, quedando restringida, de consiguiente, sólo a los preembriones muertos o no viables.

Discrepo del criterio seguido en esta parte por el Tribunal, entre otras razones, porque su lectura de la ley contradice frontalmente lo preceptuado por el artículo 16.2 de la ley impugnada, esto es, que "se prohíbe la experimentación en preembriones vivos, obtenidos in vitro, viables o no, en tanto no se pruebe científicamente que el modelo animal no es adecuado para los mismos fines".

De modo que, si uno se limita a leer el artículo 16.2, haciendo abstracción del resto del texto legal, el criterio final pareciera ser, no la viabilidad o no viabilidad del preembrión, sino la circunstancia, completamente externa y coyuntural, de ser o no el modelo animal adecuado para los mismos fines.

Dado que el artículo 15.3 limita la "investigación en preembriones con otros fines que no sean de comprobación de su viabilidad o diagnósticos", únicamente a los preembriones no viables, todo parece indicar que el Tribunal asimiló el concepto de "experimentación" del artículo 16.2 al referido concepto de "investigación" del 15.3. Y así lo corroboraría la conclusión del Tribunal en el sentido de que "La experimentación sobre preembriones viables está prohibida por el artículo 16.2 de la Ley impugnada, que limita el ámbito de aquella a los preembriones humanos no viables".

El problema es que el artículo 16.2 no dice lo que el Tribunal cree ver, sino otra cosa, a saber, que "Se prohíbe la experimentación en preembriones vivos, obtenidos in vitro, viables o no".

De modo tal que, en su muy defectuosa redacción, la ley 35/88, si bien se sirve de la misma distinción utilizada por la ley 42/88, entre viables y no viables, no parece condicionar estrictamente a ella -contra lo que cree el Tribunal- la posibilidad de experimentación.

viii) En lo referente a la facultad que el artículo 2.4 de la ley impugnada le reconoce a la mujer receptora de estas técnicas para solicitar la suspensión de las mismas, el Tribunal responde, acogiendo la tesis del Abogado del Estado, que, del propio artículo 2.4 se deduce patentemente que la suspensión de las técnicas de reproducción asistida se prevé únicamente para el caso en que aquéllas estén todavía realizándose, por lo que no cabría, bajo ningún respecto, ver en la facultad del artículo 2.4 un nuevo supuesto de aborto.

ix) En lo que respecta a las normas de la ley 35/88 relativas a la cantidad de cigotos a transferir (art. 4), al plazo máximo de crioconservación (art. 11) y a la posibilidad de donación (art. 5), el Tribunal Constitucional se limita a señalar que "de la Constitución

no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones necesario para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando"³⁰.

Me parece pertinente citar aquí la conclusión alcanzada por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida española, a propósito del número de preembriones a implantar: "No parece conveniente a estos efectos establecer pautas numéricas fijas" (algo que la legislación alemana, por ejemplo, sí hace, aunque de un modo excepcional), entre otras cosas porque, como explica la propia Comisión española de expertos "Esas pautas, con independencia de otras circunstancias, son variables en relación con la edad de la madre"³¹.

Por otra parte, es casi innecesario comentar, que, hoy en día, cuando la fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE), se ha transformado en una técnica absolutamente extendida, la crioconservación y la donación, son los mecanismos técnicos más indicados para distribuir adecuadamente los embriones existentes, correlacionando los valores de la autonomía individual y la vida humana. En ese sentido, concuerdo plenamente con el Informe emitido por la Comisión Nacional española, en cuanto subrayaba, la necesidad de perfeccionar un "árbol de decisiones sucesivas que recoja el acuerdo inicial de los padres" (decisiones que deben adoptarse de común acuerdo y que puedan revocarse, mientras ello sea oportuno, unilateralmente por cada una de las partes).

x) Para desechar el reproche de constitucionalidad formulado por los recurrentes contra las normas que prevén la donación de preembriones, el Tribunal se limita a repetir la declaración hecha en su sentencia 212/1996, esto es, que la donación de preembriones "no implica en modo alguno la patrimonialización que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (artículo 10.1), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora, expresamente prohibida" (artículo 5.3 de la Ley 35/1988).

xi) Es importante destacar, como lo hace el Tribunal, que, a diferencia del apartado 1 del artículo 12 que se refiere exclusivamente a intervenciones sobre el preembrión, el apartado 2 se refiere al embrión y al feto. En este último caso, esto es, tratándose de embriones o fetos (en el útero o fuera de él, como dice la ley), la intervención es legítima, si y sólo si, "tiene por objeto el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo". En el fundamento jurídico 12 de su sentencia, el Tribunal formula expresamente, y a modo de corolario de la doctrina que viene desarrollando, la siguiente afirmación: "los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno".

III. Tercero y cuarto motivos de inconstitucionalidad alegados por los recurrentes. Infracción del deber constitucional de protección de la familia y el anonimato del donante.

Reservamos para el final, estos dos motivos, por no incidir tan directamente en el problema de la protección del embrión humano, sobre todo, como hemos dicho, si se lo considera en sus condiciones actuales y no ya eventuales. Con todo, y aunque sólo sea para procurarnos una visión completa de los problemas abordados en esta tercera

sentencia, indiquemos, resumidamente, las alegaciones que, a este respecto, presentaron los recurrentes:

- i) En términos generales, que se desglosan después en razonamientos más particulares que no merece la pena reproducir, aducían los recurrentes la existencia, en la Constitución española, de lo que denominaron "la garantía constitucional del instituto de la familia". Dicha garantía debe inferirse, en el inverosímil parecer de los recurrentes, de toda una vasta gama de preceptos del texto constitucional, los cuales van desde el artículo 1.1 (cláusula del Estado Social) al artículo 39 (único precepto -acota el Tribunal- expresamente referido a la institución familiar), pasando por toda clase de normas, como las contenidas en los artículos 9.2, 9.3, 10.1, 15, 18, 27, 32, 33.1 y 35.1.
- ii) De toda esa amplia y heterogénea variedad de preceptos, los recurrentes deducen una serie de rasgos definitorios de lo que ellos consideran el modelo constitucional de familia, entre los que, explícitamente, se citan el matrimonio heterosexual y la posibilidad de que de él se "desprendan relaciones paterno filiales, determinadas legalmente con arreglo al principio de seguridad jurídica" (como si alguien pudiera entender lo que eso significa).
- iii) Argumentan, los recurrentes, que, cualquier normativa legal que se oponga a ese modelo de familia constitucionalmente garantizado, debe ser declarada inconstitucional, y que ese sería, precisamente, el caso de la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida que nos ocupa.
- iv) Por otra parte, y poniendo sobre el tapete uno de los problemas más candentes planteados por la reproducción asistida. Los recurrentes alegan la incompatibilidad del artículo 5.5 de la Ley ("La donación será anónima") con lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución, esto es, que "La ley posibilitará la investigación de la paternidad". La tesis de los recurrentes es, pues, sencilla y razonable: ocultar la paternidad del progenitor infringe el mandato contenido en el citado artículo 39.2 CE.

Respuesta del Tribunal a los motivos tercero y cuarto de inconstitucionalidad:

- i) Remitiéndose a una serie de sentencias anteriores y admitiendo que, de acuerdo con esa misma jurisprudencia, efectivamente la Constitución protege la institución familiar, el Tribunal afirma, con rotundidad, que "no es menos cierto que el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los Diputados recurrentes"³².
- ii) Concretamente y refiriéndose al más pertinente de los preceptos invocados por los recurrentes el contenido en el artículo 39.1 el Tribunal precisa que, por más que dicho precepto evidentemente incluye a la familia matrimonial, "nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio" (repite textualmente los términos de la STC 45/1989, fundamento jurídico 4). De suerte tal que "no puede establecerse un obligado paralelismo entre los perfiles constitucionales de la familia y el concepto de ésta, mucho más restringido, del que parten los recurrentes".
- iii) El Tribunal aprecia, en el núcleo de la argumentación actora, la pretensión de que una disociación entre la paternidad biológica y la jurídica, como la que franquean procedimientos como la donación de gametos (y no como única solución a una situación

preexistente, como ocurriría en los casos de adopción), es constitucionalmente inaceptable. Pero el Tribunal entiende que, en sí mismas, las nuevas técnicas reproductivas "no implican un menoscabo de la protección constitucional de la familia" y por tanto del principio establecido en el artículo 39.1 de la Constitución española. Hay que precisar, que, en ninguna parte de la sentencia 116/99 se aborda el problema de la llamada "mujer sola" como usuaria de la reproducción asistida.

iv) En lo que respecta, finalmente, al enfrentamiento que los recurrentes advierten entre la investigación de la paternidad y el anonimato del donante que la ley consagra, el Tribunal Constitucional, desarrolla una interpretación que podríamos llamar "restrictiva" del mandato constitucional. En su concepto, el mandato constitucional en orden a posibilitar la investigación de la paternidad recibe concreción sobre todo en las acciones de investigación y reclamación de la paternidad, si bien -prosigue el Tribunal- este último tipo de acción se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno - filial", un tipo de relación que no tiene lugar en la ordenación de relaciones prevista por la ley impugnada.

v) Por otra parte, el Tribunal subraya el hecho de que la Ley, no impone un anonimato absoluto, esto es, que de sus normas no se sigue una imposibilidad absoluta de determinar la identidad del donante, puesto que, en primer lugar, la propia ley reconoce a los individuos concebidos por medio de estas técnicas el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, al mismo tiempo que permite que, de manera excepcional "en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto". Todo lo cual, a juicio del Tribunal Constitucional, constituye una concreción suficiente del mandato contenido en el artículo 39.2 de la carta fundamental en el sentido de que la ley posibilitará la investigación de la paternidad.

La sentencia 116/1999 está acompañada de un voto particular discrepante del Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, al que presta su adhesión, el Magistrado GARRIDO FALLA. A juicio de los Magistrados disidentes, la Ley 35/88 impugnada, debió declararse inconstitucional, pues, las materias en ella reguladas, debieron ser objeto de ley orgánica. Argumentan, los Magistrados, que dicha necesidad surge del hecho de afectar íntimamente la ley impugnada a la dignidad de la persona, la cual, en expresiones anteriores del mismo tribunal (vertidas, por lo demás, en la propia sentencia 53/85 que examinamos al comienzo) no sólo resulta inherente a los derechos inviolables de la persona sino que, además, constituye el "prius lógico" de tales derechos. Expresa, medularmente, el voto de minoría, que "no resulta aceptable (...) que la Ley Orgánica sea necesaria para desarrollar los derechos fundamentales y no para desarrollar lo que, materialmente, es el tronco del gran árbol. Dar un tratamiento constitucional distinto al tronco y a las ramas no es propio de la visión no exclusivamente forma de la reserva que este Tribunal ha consagrado".

De las tres sentencias examinadas, esta última, es, a mi juicio, la menos lograda de las tres. Demasiados eran los desafíos, demasiadas las preguntas abiertas, y me parece que el Tribunal, por más que se tomó una década para resolver este recurso, no consiguió estar a la altura de las circunstancias.

Concluyo este informe, formulando algunas observaciones y reflexiones de carácter general. El objeto de las mismas es doble: sistematizar, por una parte, las extensas consideraciones que hasta aquí hemos hecho, siguiendo la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional español, con respecto a la vida por nacer; destacar, por otra parte, algunos de los grandes temas, que a juicio de quien esto escribe, la referida jurisprudencia deja planteados.

I. De acuerdo con la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de la Constitución española, el estatuto jurídico de la vida humana en gestación, queda estructurado, en ese país, al menos, en tres distintos niveles de protección, los cuales emergen de otras tantas diferenciaciones:

- i) Una primera distinción, en el status o nivel de protección, surge, necesariamente, de la diferenciación que se establece, entre los nacidos, titulares del derecho constitucional a la vida (ex artículo 15 de la Constitución), y los nasciturus, destinatarios éstos, de un deber constitucional de protección (también ex artículo 15), fundado, no ya en la titularidad del derecho constitucional a la vida, sino en la consideración de bien jurídico protegido, que a dicho estadio vital, se ha reconocido (sentencia 53/1985).
- ii) Una segunda distinción, en los niveles de protección, es la que brota, de la diferenciación basada en la viabilidad del ser en gestación. Queda así establecida, a tenor de lo dispuesto por las leyes 35/88 y 42/88, y de la interpretación de las mismas que el Tribunal ha declarado constitucional, una distinción entre nasciturus propiamente dichos, con vocación de personalidad, y nasciturus en sentido impropio (sentencia 212/1996).
- iii) Por último, cabe afirmar también, siguiendo en este caso la última de las sentencias reseñadas, un distinto status o nivel de protección, dependiendo de si se trata de preembriones ya implantados, o bien, de preembriones todavía por implantar (sentencia 116/1999).
- iv) A esos tres criterios de diferenciación se solapa o superpone, todavía, un cuarto, el cual puede colegirse, volviendo otra vez a la sentencia 53/85, de los plazos establecidos por el legislador penal, para que resulte legítima la invocación de las indicaciones (terapéutica, ética o eugenésica) en las que el aborto consentido no resultará punible.

Ahora bien, ¿puede afirmarse, sin más, que el Tribunal, en sus dos últimas sentencias (212/96 y 116/99) no ha hecho otra cosa que aplicar la doctrina general elaborada en su sentencia de 1985? A mi juicio, dicha afirmación sólo sería parcialmente correcta. En efecto, me parece suficientemente claro, que, en ambos casos, el Tribunal se apoya, y notablemente, en su anterior doctrina. Sin embargo, el Tribunal ha debido abordar, también, algunos problemas nuevos, para los que la doctrina de 1985 no era suficiente. El caso más claro, lo encontramos, en mi opinión, en la sentencia 212/96, pues, en ella, el Tribunal debió pronunciarse sobre la constitucionalidad de acordar un distinto trato a nasciturus viables y no viables. Al no tratarse en ninguno de los dos casos de seres dotados del derecho constitucional a la vida, el Tribunal ha debido reflexionar sobre la posibilidad de discriminar, nuevamente, al interior de aquel genérico y vago deber de

protección que, de acuerdo con la sentencia de 1985, se derivaba para el Estado, de la calidad de bien jurídico, que la vida del nasciturus ostenta.

II. Imposible profundizar aquí en la enorme y compleja variedad de problemas, de fondo, que la jurisprudencia que acabamos de revisar deja sugeridos. Indiquemos, para terminar, y aunque sólo sea a modo de ejemplo, uno o dos de esos problemas:

El problema fundamental es el de definir un estatuto protector de la vida humana incipiente, estatuto que deberá estructurarse sobre la base, no ya de derechos constitucionales (algo que en España resulta imposible desde la sentencia 53/1985), sino de valores socialmente compartidos y que se hallarían incorporados en el texto constitucional. El Tribunal necesita extraer, a partir de los valores que dice colegir del ordenamiento constitucional, consecuencias prácticas, necesita también jerarquizar esos valores, y ponderar, llegado el caso, el peso relativo que quepa reconocerles enfrente de los derechos que la Constitución reconoce y garantiza a las personas.

La tarea, como hemos visto, no es nada sencilla, pues el problema de la interpretación de los valores constitucionales (como la vida humana, por ejemplo) resulta indisociable de aquel otro referente a los límites a los que debe sujetarse el juez constitucional, al pronunciar el juicio de constitucionalidad.

Siempre me ha llamado la atención el tono de escándalo que asume la doctrina española al referirse a los supuestos "excesos" del Tribunal Constitucional. Pongamos, por ejemplo, el caso, mil veces criticado, de la sentencia 53/85. En uno de sus fundamentos, se afirmaba que, corresponde al Tribunal "indicar las modificaciones que a su juicio y sin excluir otras posibles" permitirían tener por constitucional al proyecto de ley impugnado. ¿Usurpa con ello el Tribunal las potestades del legislador? ¿Invade sus competencias? Contra todo lo que he tenido ocasión de escuchar y leer en los últimos años, sigo opinando que no. Nada tengo que objetar, en efecto, a lo que, a falta de una expresión mejor, podríamos denominar "razonamiento hipotético", como forma de discurso a la que perfectamente puede acudir el Tribunal Constitucional, al explicar, por qué y en qué sentido, una ley debe considerarse inconstitucional.

Tal vez haríamos mejor en preguntarnos por la legitimidad de la existencia misma de ese tipo de tribunales, antes que expiar nuestra mala conciencia, con retorcidas observaciones sobre el lenguaje que éste debería emplear en sus sentencias.

1 D'agostino, Francesco, "La dignità, principio bioetico", contenido en Bioética, Giappichelli Editore Torino, 1998, p. 71.

2 Entre otros, pueden citarse los siguientes: Recomendación 1046 (de 1986) sobre la utilización de embriones y fetos humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales; posteriormente, la Recomendación 1100 (de 1989) sobre investigación científica relativa a embriones y fetos humanos. Recomendación 1240 (de 1994), relativa a la protección y patentabilidad de los productos de origen humano, texto aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el día 14 de abril de 1994. Con anterioridad a ellas, cabría citar la

Recomendación 934 (de 1982) relativa a las aplicaciones de la ingeniería genética en la que ya se reconoció el derecho a un patrimonio genético que no sea manipulado artificialmente "salvo con fines terapéuticos", y, por otra parte, la Recomendación 13 (de 1990) sobre cribado genético prenatal, diagnóstico y consejo genético. Cabría citar además, en el ámbito de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo del 16 de marzo de 1989, sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro*, y también, Resolución del Parlamento Europeo, de misma fecha, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética.

3 Para una concisa y útil nota acerca de su génesis, como asimismo para el texto del Convenio, véase: Eizaguirre Massé, María José, "Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina", Cuadernos de Derecho Público, número 1, mayo-agosto, 1997, pp. 197 y ss. De gran utilidad, también: Michaud, Jean. Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine. En: <http://www.coe.fr/oviedo/rapport.htm>

4 Entre los que habría que mencionar a: Canadá, Japón, Estados Unidos y Santa Sede.

5 Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology (Chairman, Dame Mary Warnock), Report, H.M. Stationery Office, 1984. En el caso español, este criterio se recogió, primeramente, en el Informe elaborado por la "Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial humanas" presidida por el doctor Marcelo Palacios. Dicho Informe fue aprobado por el Pleno del Congreso el 10 de abril de 1986.

6 Femenía López, Pedro, Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido *in vitro*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 257.

7 Y que son las que el legislador expresamente enumera en el artículo 1.1 de la ley, es decir: la Inseminación artificial (IA), la Fecundación *in vitro* (FIV), con transferencia de embriones (TE) y la Transferencia intratubárica de gametos (TIG).

8 Es completamente explicable esta particularización de la norma únicamente a los gametos masculinos si se toma en cuenta que a la época de elaboración de esta ley todavía no se habían dado avances suficientes en las técnicas de crioconservación de óvulos. Sólo en años posteriores se han hecho avances notables en esa materia, y la inquietud de reformar esta norma, entre otras cosas, en lo referente a la crioconservación de óvulos, ya se ha manifestado. Así lo mostró, por ejemplo, el Primer Informe Anual, elaborado por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida de España, de 1998.

9 De acuerdo con el Primer Informe Anual elaborado por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, existían, ya en 1998, aproximadamente 26.000 embriones congelados en España. Según datos más recientes, expuestos por la profesora española, María Casado, en el Tercer Encuentro Latinoamericano de Derecho, Bioética y Genoma Humano, que tuvo lugar entre los días 27 y 29 de agosto en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, hoy esa cifra se ha elevado, aproximadamente, a 30.000.

10 Sigo aquí el esquema que propone el profesor Luis González Morán en su trabajo: "Aspectos jurídicos de la procreación asistida" contenido en AAVV., Procreación Humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales (Javier Gafo, editor). Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, pp. 111 - 185.

11 González Morán, Luis, Op. cit., p. 176.

12 La cita es esta: "dicha Proposición de Ley es, en sus directrices básicas, absolutamente criticable, por cuanto desatiende de manera lamentable los derechos fundamentales de los futuros seres fruto de las técnicas de reproducción asistida. Dado que además es un verdadero desastre toda ella desde el punto de vista de la técnica jurídica y legislativa, creo que lo mejor que puede hacerse es tirarla sin más a la basura, porque no vale ni el papel en que está escrita". Pantaleón Prieto, Fernando, "Procreación artificial y responsabilidad civil" en La Filiación a finales del siglo XX, II Congreso Mundial Vasco, Ponencias y Comunicaciones. Madrid, 1988, pp. 245 - 317.

13 Bercovitz, Rodrigo, Derecho de la Persona, Madrid, 1976, p. 167.

14 Esa es, según informa el profesor Romeo Casabona, la doctrina mayoritariamente seguida por la doctrina penal española, Romeo Casabona, Carlos María, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 288.

15 Véase, por ejemplo, De la Cuesta Arzamendi, José Luis, "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal de 1995", Revista de Derecho y Genoma Humano 5/1996, pp. 49-75. También: Benítez Ortúzar, Ignacio, "Delitos relativos a la reproducción asistida" en AAVV., Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Comares, Granada, 1998, pp. 153-236.

16 Sobra recalcar, aquí, que este informe está destinado, exclusivamente, al examen de la jurisprudencia constitucional. Una visión exhaustiva de la actual regulación jurídica del embrión en España, debería incluir, además, los desarrollos hechos en estas materias, por la jurisprudencia ordinaria, los cuales incluyen, hoy, una buena variedad de decisiones adoptadas por los Tribunales superiores (dos de ellas por el Tribunal Supremo) en materia de daños al nasciturus y otros problemas asociados (de aquellas que el derecho anglosajón denomina *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful pregnancy*), además del primer caso relativo a selección de sexo con fines no terapéuticos, fallado por la Audiencia provincial de Barcelona, entre otros.

17 STC 53/1985, de 11 de abril (Pleno), recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983, promovido con fecha 2 de diciembre de 1983, por 54 Diputados contra el "Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal". Ponentes: doña Gloria Begué Cantón y don Rafael Gómez-Ferrer Morant, con el voto particular de los Magistrados Jerónimo Arozamena Sierra, Luis Díez Picazo, Francisco Tomás y Valiente, Angel Latorre Segura, Manuel Díez de Velasco y Francisco Rubio Llorente. BOE de 18 de mayo de 1985.

18 Si bien hay que precisar, que, en su STC 75/1984 de 27 de junio, el Tribunal ya había anticipado, sin desarrollarla, la doctrina que sentaría después en la STC 53/1985, que ahora comentamos.

19 STC 53/85. Fundamento jurídico 5°.

20 STC 53/85. Fundamento jurídico 7°.

21 STC 53/85. Fundamento jurídico 7°, en concordancia con los fundamentos 4 y 12.

22 Aunque sin llegar a los excesos del Tribunal alemán el cual no quedó satisfecho hasta obtener del legislador la "épica" redacción dada finalmente al párrafo 219 del Código Penal: "La asesoría sirve a la protección de la vida por nacer. Tiene que inspirarse en el esfuerzo por motivar a la mujer a continuar el embarazo y por abrirle perspectivas para una vida con el niño; le debe ayudar a encontrar una decisión responsable y consciente. Al respecto, la mujer debe estar consciente de que el no nato en cada estadio del embarazo también frente a ella tiene su propio derecho a la vida y que por lo mismo, según el orden jurídico, solamente se puede considerar un aborto en situaciones excepcionales, cuando resulta para la mujer una carga a través de la gestación la cual es tan grave y excepcional que sobrepasa los límites de sacrificio que se puede exigir". Inaudito para un Código Penal. Más aún, y según informan Wolfgang Graf Vitzthum y Jörn Axel Kämerer, ni siquiera con la promulgación de este prolífico texto acabó la discusión constitucional del aborto en Alemania. Véase, de los autores mencionados, "Derecho y Medicina en Alemania, algunos problemas contemporáneos", Revista Diálogo Científico, Vol. 7 N° 2, 1998, pp. 9-27.

23 STC 212/1996, de 19 de diciembre (Pleno), recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 596/1989, promovido con fecha 31 de marzo de 1989, por 78 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Ponente: don Pedro Cruz Villalón, con el voto particular del Magistrado don José Gabaldón López. BOE 22 de enero de 1997; con corrección de errores publicada en el BOE número 49 de 26 de febrero de 1997, suplemento.

24 Pueden recomendarse, en relación con esta sentencia, los dos siguientes trabajos: por una parte, Pardo Falcón, Javier, "A vueltas con el artículo 15 CE y otras cuestiones más o menos recurrentes de nuestro Derecho Constitucional" en Revista Española de Derecho Constitucional. Año 17, Núm. 51, septiembre - diciembre, 1997, pp. 249 - 271. Más recientemente, González Morán, Luis, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de Diciembre de 1996" en Revista de Derecho y Genoma Humano, 10/1999, pp. 157 - 192.

25 STC 212/1996. Fundamento jurídico 5°.

26 González Morán, Luis, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de Diciembre de 1996 (Parte II)" en Revista de Derecho y Genoma Humano 10/1999, p. 177.

27 En contra: Encarna Roca i Trias, "Derechos de Reproducción y Eugenesia" en AA.VV., Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado, Bilbao - Granada, 1998.

28 STC 116/1999, de 17 de junio, recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 376/1989 promovido con fecha 27 de febrero de 1989, por 63 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Ponente: Magistrado don Pablo García Manzano, con el voto particular del Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera al que adhirió el Magistrado don Fernando Garrido Falla. BOE de 8 de julio de 1999.

29 STC 116/1999. Fundamento jurídico 6°.

30 STC 116/1999. Fundamento jurídico 11°.

31 Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Primer Informe Anual, 1998.

32 STC 116/1999. Fundamento jurídico 13°.