



# DERECHO A LA VIDA Y VIDA “PREEMBRIÓNARIA”

---

*José Luis Requero*

**Resumen:** El debate jurídico-constitucional sobre la vida del *nasciturus* quedó encarrilado desde tempranas horas por el Tribunal Constitucional. Primero a propósito de la despenalización parcial del delito de aborto y luego con motivo de las leyes sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos, por un lado, y técnicas de reproducción asistida, por otro, asumió tópicos científico-comerciales al uso como neutralizar la vida humana embrionaria mediante la figura del “preembrión”. Reducida la vida humana en el primer estadio de su vida a mero conglomerado de células, la posterior reforma de la Ley 35/88, ha tenido la base constitucional para introducir la selección genética y servirá para introducir técnicas de clonación humana.

## I. EL ARTE DE GOBERNAR PARA TODOS

En sociedades complejas, plurales y con intereses contrapuestos el ejercicio de la tarea de gobernar es ardua. A esa dificultad contribuye el inevitable desgaste que conlleva la lucha política, el acoso de la oposición y se acentúa cuando llega el momento de adoptar decisiones que, por su dimensión moral, pueden afectar a la conciencia de quien decide.

Hacia esta consideración<sup>1</sup>, al conocerse la iniciativa del entonces gobierno del Partido Popular de modificar la Ley 35/88, de

1. En un artículo publicado en el diario *El Mundo* en agosto de 2003.

22 de noviembre, de reproducción humana asistida, con la finalidad de dar salida a los miles de embriones congelados, que, fruto de dichas técnicas, “reposaban” rodeados de cierto olvido en las clínicas dedicadas a ese tipo de prácticas. La razón era y es –seguramente se habrá acentuado– que desde que en 1984 España se inició esa andadura, se han ido almacenando miles de ellos, pues para lograr un embarazo es preciso fecundar más de un óvulo. A ese gobierno, que llevaba tiempo madurando una decisión, le agradecí que fuese sensible al problema y que con mayor o menor fortuna, quisiera enmendar la legislación que propició el problema. Sin embargo éste no se resolvió, no tanto por razón del cambio que la ley propiciaba sino por su posterior desarrollo reglamentario (RD 176/2004, de 30 de enero y RD 2132/2004, de 29 de octubre). A esto debe añadirse el proyecto de ley de Investigación Biomédica, ahora en trámite en el Congreso de los Diputados, y la reciente Ley 14/2006, de 26 de mayo que implica una nueva reforma general de esa norma de 1988, ahondando precisamente en todo aquello que más dudas éticas había suscitado.

Como digo, estamos ante una de esas materias que evidencian lo difícil que resulta gobernar para todos. Por lo pronto, hay que recordar que el debate sobre la vida humana embrionaria es complejo y está sujeto a diversos condicionantes. Por un lado el propio debate científico, que aconseja ir con pies de plomo antes de establecer conclusiones morales; especialmente a los que no somos biólogos ni médicos. De ahí que sea fundamental que las afirmaciones de índole moral y las de tipo jurídico tengan un firme asentamiento científico. Además es un terreno en el que el uso del lenguaje sirve como instrumento de acción. Así el Informe Warnock (1984) añadió al de embrión un término novedoso: el de “preembrión”, más ideológico y utilitarista que científico. Dicho término ha servido para indicar que, en los catorce días siguientes a la fecundación, a esa nueva realidad se le puede negar su condición de ser humano dentro de ese primer estadio de su proceso vital. Queda identificado, en definitiva, como un conglome-

rado de células, una "cosa", que pese a todas las limitaciones y prevenciones que la ley prevé— será susceptible de utilizarse como material de experimentación, lo que cuenta en España con el aval del Tribunal Constitucional.

Añádase la mentalidad reinante que, comprensiblemente, rechaza la infertilidad y ha creado un presunto "derecho a la descendencia" por encima de las trabas físicas. Ante la posibilidad científica de satisfacerlo, admite y justifica un proceso —la fecundación asistida— que provoca una serie de objeciones morales que exigen finura para captarlas y fortaleza para asumirlas. Esto quizás sea lo que explique que personas contrarias al aborto no planteen objeciones a la fecundación asistida, o asuman que queden descendientes suyos, embriones congelados sobrantes de esas técnicas a las que se sometieron, abandonados en una "tierra de nadie" incompatible con el respeto a la dignidad humana.

Hay otro condicionante no menos poderoso. Según el utilitarismo científico, si esos embriones no sirven para la reproducción, declarémoslos no viables e investiguemos con sus células madre que encierran posibilidades nunca vistas en la lucha contra el Alzheimer, la diabetes, Parkinson, etc. La materia prima parece abundante al tiempo que prometedor el mercado de patentes que se avista. Se explica así que haya laboratorios que sostengan las campañas de algunos "popes" de la reproducción asistida, se ilusione a colectivos de enfermos, se soslaye que esas maravillas científicas no dejan de ser hoy meros deseos o que la investigación con células madres adultas encierra iguales o mayores posibilidades. Y todo esto adobado con ciertas dosis de la soberbia científica propia de quienes, con miopía, sólo ven la vida a través de su microscopio.

Con estas premisas, la fecundación artificial o asistida ya ha sobrepasado su objetivo inicial —procurar descendencia a parejas estériles— para dirigirse a otros objetivos como la selección embrionaria o, una vez quitada la máscara, la generación de materia prima destinada a la experimentación. En todo caso parece un camino sin retorno al que la sociedad no quiere renunciar. Por esa



razón era elogiabile –moviéndonos siempre en un terreno de mínimos– que dentro de ese ambiente la Ley 45/2003 quisiese poner cierto orden, dignificar el estatus de los futuros embriones y buscar salida a los ya congelados, si bien los problemas de base quedaban en muy buena medida intactos.

## II. LA VIDA HUMANA Y SU PARCELACIÓN JURÍDICA

Pero en España el debate jurídico-constitucional sobre la vida del *nasciturus* venía de atrás. Quedó, en parte, encarrilado con la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85, dictada a propósito de la introducción en el Código Penal de 1973 del artículo 417 bis; precepto aun en vigor<sup>2</sup>. Lo que ha hecho después el Tribunal Constitucional no ha sido sino llevar a sus lógicas consecuencias la doctrina asentada en esa primera Sentencia. Me estoy refiriendo a las Sentencias 212/96 y a la 116/99, dictadas a propósito de las Leyes 42 y 35 /88, respectivamente, referida la primera a la donación y utilización de embriones y fetos humanos y la segunda a las técnicas de reproducción asistida<sup>3</sup>.

Entiendo que la calidad de la tarea del jurista, del intérprete del Derecho, se mide no sólo por el contenido de las construcciones y razonamientos que haga desde la dogmática y la lógica jurídicas, sino también por su capacidad para calibrar el alcance de sus decisiones y de la doctrina en que las fundamenta. Es imprescindible que un juez cuente con esa cualidad, pues si la función de la jurisprudencia, dicho en términos generales y no procesales, es servir de complemento indispensable a la labor del legislador,

2. Cfr. la Disposición Derogatoria Única 1a) del Código penal aprobado por la LO 10/95

3. Una esclarecedora comparación entre las tres sentencias en A. OLLERO, “Bienes jurídicos o derechos: Ilustración *in vitro*”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, I (2000), pp. 259-285.

al concretar *ad casum* las previsiones generales y abstractas de la ley actualizándola en cada supuesto, debe ser consciente de que está también construyendo y ordenando la convivencia. Es ésta una cualidad que no siempre ha adornado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No voy a poner ejemplos –los hay y graves– de sentencias que parecen mero fruto de trabajos de laboratorio; me centraré en el objeto de este breve trabajo.

La realidad es dura y se plasma en una afirmación que ya adelante: bien puede decirse que el valor jurídico de la vida del *nasciturus* está entre nosotros bajo mínimos. Desde que hace veinte años se despenalizó en tres supuestos el delito de aborto mediante el sistema de indicaciones (terapéutica, eugenésica y ética) y el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de esa norma, la realidad es que para el año 2006, al cabo de veinte años, con toda seguridad se llegará al millón de abortos provocados, la inmensa mayoría al amparo de la indicación terapéutica; la última estadística oficial no admite dudas: frente a los 17.000 abortos de 1987, en 2004 se superaron los 84.000. Salvo que haya un ejército de mujeres víctimas de graves patologías psíquicas, bien puede decirse que la vida del *nasciturus* se ha trivializado. Hoy y ahora tenemos aborto libre; no gratuito, porque para eso es un negocio. España se ha convertido en centro de atracción para aquellas extranjeras que pretenden zafarse de los límites impuestos por su legislación nacional a la hora de abortar. La realidad es también que por medio de la píldora “del día después”<sup>4</sup>, la legalidad de esas interrupciones queda a efectos penales sin control. Las técnicas de reproducción asistida han dado lugar a su vez a una suerte de aborto “light”, o bien a prácticas incompatibles con la dignidad de la vida como la crioconservación y destrucción de los sobrantes, una vez descongelados, por ser considerados *ex lege* como inviables.

4. Sobre ello J. LÓPEZ GUZMAN y A. APARISI MIRALLES, *La píldora del día siguiente. Aspectos farmacológicos, éticos y jurídicos* Madrid, La Caja, 2002.

El origen de todo lo expuesto es la Sentencia 53/85; resolución fruto de aparente comedimiento y ponderación. Dice que la vida humana, al ser un devenir que comienza con la gestación y finaliza con la muerte, no constituye una realidad única a efectos de protección jurídica. El artículo 15 de la Constitución –derecho de “todos” a la vida– se predica del nacido. El aún no nacido o *nasciturus* es ciertamente “alguien”, un *tertium* respecto de la madre, pero no un titular de ese derecho fundamental aunque su vida es un bien jurídico amparado por la Constitución. De este precepto se deriva el deber del Estado de proteger la vida del *nasciturus*, bien absteniéndose de interrumpir u obstaculizar el proceso de gestación, bien mediante un sistema legal idóneo que puede llevar incluso a la protección penal. Sólo cuando hay conflicto o choque de intereses puede el Estado limitar esa protección. Para ello antes se acudía a la técnica penal de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, atenuándose la responsabilidad, pero esto no impide que se emplee otra técnica: la exclusión de la punibilidad en ciertos casos, es decir, el sistema de indicaciones. Esto es lo que acabó haciendo, al segundo intento, la Ley de 1985, tras asumir lo exigido como constitucional por la referida sentencia, al estimar el entonces existente “recurso previo” de constitucionalidad planteado contra su antecesora.

Con este punto de arranque, la tutela de ese bien jurídico protegido –la vida del *nasciturus* o “producto de la concepción”– experimentó una relevante modulación. El siguiente paso fue la aparición en escena del distingo entre embrión y “preembrión”. Viene dado por la Ley 35/88 y en la Ley 14/2006, que identifica al preembrión con el “grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde”<sup>5</sup>, mientras entiende por embrión “tradicionalmente



a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos y cuya duración es de dos meses y medio más". Finalmente, entiende por feto la "fase más avanzada del desarrollo embriológico": "el embrión con apariencia humana y sus órganos formados". Todo lo cual permite al legislador dar paso a una clasificación y graduación a efectos éticos y de protección jurídica. El por qué de esa parcelación, y en especial de la frontera de los catorce días, es algo que por inexplicado se antoja arbitrario. Suscita la impresión de que estos límites, más que científicos, son ideológicos o, al menos, responden a un interés lucrativo; máxime si se tienen presentes todas las consecuencias a que conducen esas fronteras.

Si el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, sino que la vida que se concreta en su estadio de evolución le sitúa en un escalón inferior —es un "bien jurídico" constitucionalmente protegido— respecto del feto, la suerte del embrión es más problemática. El nivel de protección desciende aun más al introducirse en escena al "preembrión"; entiende el Constitucional que del preembrión y su suerte no pueden deducirse actos contrarios a la dignidad de la persona humana. Que deban implantarse varios preembriones, que algunos se pierdan, que los sobrantes sean crioconservados (congelados) o que después del plazo de congelación sean cedidos para la investigación, y por tanto para su destrucción, son consecuencias de los principios de "manipulación" o "intervención mínima". Algo que se estima necesario con "arreglo a los conocimientos biomédicos actuales", una "inevitable consecuencia" de la técnica empleada, o un "hecho científicamente inevitable", por emplear expresiones del propio Tribunal. En definitiva, esa realidad, tenida por científicamente insoslayable, sería el tributo que hay que pagar para satisfacer una alta demanda social, concretada bien en la necesidad de obtener descendencia, bien en la promesa de inminentes avances contra enfermedades actualmente incurables. Aparentemente se trataría de un implacable juicio de ponde-

ración coste/beneficio, pero con un serio matiz: se da por sentado el beneficio sin que se reconozca que haya coste alguno.

Como decía antes, desde la lógica del razonamiento jurídico quizás tal doctrina jurisprudencial no sea objetable. Al fin y al cabo aplica otra doctrina anterior, llegando a sus consecuencias lógicas. Parte de la interpretación de los preceptos impugnados y respeta la opción política que hay tras la ley, opción que en este caso parte o se basa de otra previa: una opción científica. Este extremo se convierte en uno de los puntos cruciales del juicio de constitucionalidad. La Ley, cuya constitucionalidad está juzgando el Tribunal, toma partido por unas concepciones científicas que son dejadas al margen de tal juicio de constitucionalidad: como digo, la opción política se presenta aquí como opción científica; en cuanto tal sería injuridificable y por ende inconstitucionalizable e incontrolable. Se produce una juridificación en cuanto que se parte de la premisa de que la vida del *nasciturus* —como preembrión, embrión o feto— es un bien jurídico constitucionalmente protegido, pues la vida *ex* artículo 15 lo es. Aunque no estamos ante algo subjetivo, ante la vida de “alguien” o de “todos”, pero sí ante algo objetivo: una vida en gestación, la vida como devenir —según la expresión de la STC 53/85— que merece ser protegida, pero siempre en función del contenido biológico que se da a cada una de las fases en que se compartimenta, lo que se corresponde con unas previsiones concretas de protección.

Llegados a este punto, habría que plantearse: si el Tribunal Constitucional hubiere rechazado la opinión científica en que se asienta la ley, ¿habría realizado un juicio de oportunidad?, ¿habría sustituido la voluntad del legislador?, ¿debería haber recabado pareceres de expertos? Ciertamente el procedimiento concibe el juicio de constitucionalidad como un recurso objetivo y formal contra la ley; no se trata de un juicio sobre hechos ni de un juicio en que deban valorarse otros extremos que la propia norma juzgada y su contraste con la doctrina, preexistente o que pueda deducirse de la interpretación del texto constitucional. Tales deba-



tes tuvieron lugar en sede parlamentaria; a efectos jurídicos, en un lugar en principio idóneo. Pero no me refiero al debate parlamentario propiamente dicho celebrado en el proceso de aprobación de la norma, sino a la Comisión que en su día se constituyó para debatir tales extremos<sup>6</sup>. Cosa distinta es el mayor o menor acierto de los intervinientes o el sentir de la mayoría parlamentaria.

¿Lo dicho significa que no es posible un cambio de doctrina constitucional? Toda doctrina jurisprudencial es susceptible de cambio, también la constitucional; la cuestión ahora son las bases del cambio. Sobre lo relativo a las técnicas de reproducción asistida entiendo que, por ahora, poco cambio se atisba. Antes decía que la mentalidad reinante no parece dispuesta a rechazarlas. Puede decirse que hay ya una suerte de referéndum implícito, en cuanto a su aceptación, y de silencio pactado en cuanto a las consecuencias que implica. El cambio, más que del Tribunal Constitucional, habría que esperarlo del legislador. En 2003 intentó racionalizar lo que ya había degenerado en un problema sin salida legal —qué hacer con los miles de embriones humanos congelados existentes y cómo evitar su proliferación futura—, mientras que los textos ahora en ciernes parecen ahondar las consecuencias de aquella opción político-científica en que se había basado la Ley 35/88.

Era así positivo que la reforma de 2003 limitase el número de embriones implantados para evitar la actual masa de "sobrantes"; que responsabilizase a los progenitores de la realidad de la vida humana que habían generado y sobre la que debían decidir. Otro tanto cabe decir con que la única salida que se diese a esos "sobrantes" fuese la donación para su gestación; es decir, la "adop-

6. Al respecto *Informe Comisión Especial de Estudio de la fecundación "in vitro" y la inseminación artificial humanas*, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 10 de abril de 1986 y publicado por su Secretaría General.

ción de embriones”, solución acorde con su vocación para la vida. Aún así la norma mantiene serias sombras, como el problema de derecho transitorio: qué hacer con los miles de embriones hoy día congelados. Permanece y volverá a acentuarse tras el “frenazo”, marcha atrás y acelerón brusco que, en dirección contraria, implicará la nueva ley. Ciertamente, nos movemos bajo mínimos morales, en el territorio del “mal menor”, pero aun así cabría avanzar un poco más. Es el caso, por ejemplo, de los embriones no donados, o cómo se van a “descongelar” y destinar a la investigación. Dado que esto implica su muerte, no es lo mismo obtener esas células de embriones que han muerto naturalmente que destruirlos para tal fin. Es la diferencia entre matar y dejar que la naturaleza siga su curso, tal y como ocurre con los enfermos terminales. En todo caso, y con carácter previo, debería ser también la donación –por los progenitores o por el Centro– la única alternativa para los hoy congelados y dejar para la investigación a los que de forma natural no sobrevivan.

Sin embargo, tanto la Ley 16/2006 como la futura Ley de biomedicina llevan las concepciones sobre la vida embrionaria a su lógico devenir. Abierto el portillo en la Sentencia 53/85, desarrollado en las 212/96 y 116/99 a propósito ésta de la Ley 35/88, todo lo demás viene por añadidura. El preembrión es algo del que no se predicen consecuencias directas del artículo 15 de la Constitución; la protección hasta ahora prestada se limitaba a algunas limitaciones en cuanto a los fines de las intervenciones sobre embriones. ¿Qué impide pues acudir a las técnicas de reproducción asistida, no con fines de procreación, sino para la selección embrionaria que permita gestar “bebés medicamento”?; ¿por qué limitar la donación para la investigación a los actualmente sobrantes crioconservados y no abrirla de forma generalizada para ese fin desde el primer momento?; ¿por qué no extender esa selección genética a otros fines, como el simple y mero capricho de la elección de sexo?<sup>7</sup>.

### III. CONCLUSIÓN

Suele decirse que la ley marcha detrás de la realidad; cierto, pero en parte. A ello hay que añadir que lo propio de la jurisprudencia –máxime la constitucional– no es oponerse a la voluntad del legislador ni a sus opciones. El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, por encima de la cual no hay ya límite; el alcance de ese máximo límite normativo es fijado por él, luego tiene que asumir necesariamente una labor de autocontención. La experiencia demuestra que, cuando quiere, la hace y, cuando no, se excede. He hablado de opciones de política legislativa basadas en opciones científicas, pero cabe dar un paso más: se trata de opciones científicas amparadas por la mentalidad reinante. Mientras que las concepciones sobre la vida embrionaria estén presididas por el utilitarismo, ya sea basado en datos científicos o en dictados sentimentales, poco cambio legal cabe esperar y, por tanto, no cabrá esperar tampoco cambio alguno en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Nuestro ordenamiento jurídico –del mismo modo que el de otros países– presenta una carencia gravísima: tras haberla ideologizado y hasta mercantilizado, ha olvidado las bases y el alcance de la noción integral, sustancial, de persona. Los accidentes –tamaño, apariencia– se han antepuesto a la sustancia. Todo ello llama a un esfuerzo multidisciplinar para restaurar esa noción: sólo así cabría contar con una legislación basada en la dignidad de la persona.

7. Sobre los problemas jurídicos que conlleva, J. M. SILVA SÁNCHEZ, "Sobre el llamado 'diagnóstico de preimplantación'. Una aproximación a la valoración jurídica de la generación de embriones *in vitro* con la decisión 'condicionada' de no implantarlos en el útero", en *Genética y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, VI (2004), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 135-166.



SENTENCIA 116/1999, DE 17 DE JUNIO

Pleno: Cruz Villalón, Viver Pi-Sunyer, Mendizábal Allende, González Campos, Jiménez de Parga y Cabrera, Vives Antón, *García Manzano* (ponente), Cachón Villar, Garrido Falla, Conde Martín de Hijas, Jiménez Sánchez y Casas Baamonde.

*Fundamentos jurídicos:*

4.

(...) si "el art. 15 CE, en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los *nascituri* (STC 212/1996, fundamento jurídico 3), es claro que la Ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano (vid. en este sentido la disposición final primera de la Ley 42/1988), no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el art. 15 CE Por consiguiente, la Ley 35/1988 no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida en el art. 81.1 CE.

6.

Conviene tener en cuenta en el examen de los preceptos antes indicados que, mediante la regulación en ellos contenida, el legislador atiende al principio rector del art. 44.2 de la Constitución, según el cual "Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general", principio que a tenor del art. 53.3 CE ha de informar la legislación positiva. Desde esta perspectiva constitucional no es función de este Tribunal establecer criterios o límites en punto a las determinaciones que, con apoyo en dicha directriz, pueda establecer el legislador, máxime en una materia sometida a continua evolución y perfeccionamiento técnico, siempre, claro es, que las determinaciones legales no entren en colisión con mandatos o valores constitucionales.

9.

(...) las hipótesis a que se refiere la Ley sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir en los términos precisados por la STC 212/1996, es decir, aplicado "a un embrión humano, su caracterización como 'no viable' hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una 'persona' en el fundamental sentido del art. 10.1 CE. Son así, por defini-

ción, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos un 'bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto constitucional (art. 15 CE) fundamento constitucional' (STC 53/1985, fundamento jurídico 5), por más que la dignidad de la persona pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos..." (STC 212/1996, fundamento jurídico 5).

(...) No siendo los preembriones no viables ("abortados en el sentido más profundo de la expresión") susceptibles de ser considerados, siquiera, *nascituri*, ni las reglas que examinamos ni las ulteriores del art. 17 (relativo a los preembriones ya abortados, a los muertos y a la utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente autorizados de preembriones no viables) pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana.

11. (...) se dispone que sólo se transferirán al útero materno el número de preembriones científicamente considerado como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo. Se trata de una regla que responde, sin duda, a un principio de manipulación e intervención mínima en el proceso de reproducción (que, a falta de otras técnicas que garanticen su éxito, descansa en un cálculo científico de la probabilidad), cuya lógica comprensión no puede desvincularse de la prohibición de la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, prevista en el art. 3 de la propia Ley.

Inevitable consecuencia de estas técnicas, como venimos exponiendo, es la eventualidad de que en su concreta aplicación resulten preembriones sobrantes en cuanto no transferidos al útero femenino, (...). Consideran los Diputados recurrentes que las referidas disposiciones son incompatibles con la dignidad humana (art. 10.1 CE), por cuanto "impide el derecho al desarrollo y cosifica el fruto de la concepción"; (...).

(...) 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, lo que, desde otra perspectiva, supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes. Así entendida, la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias.

(...) ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, "persona humana", por lo que del hecho de que-

dar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE) o a la dignidad humana (art. 10.1 CE) (...).

13.

(...) deducen los demandantes una serie de rasgos identificativos de la definición constitucional de familia, entre los que explícitamente se citan el matrimonio heterosexual y la posibilidad de que en él "se desprendan relaciones paterno-filiales, determinadas legalmente con arreglo al principio de seguridad jurídica". A estos rasgos configuradores de la imagen de la familia en la Constitución, les resultaría aplicable la doctrina de la garantía de instituto por lo que, en definitiva, aquellas normas legales que desnaturalicen los perfiles sustantivos del instituto familiar han de considerarse contrarias a la Constitución.

(...) nuestra Constitución "no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio", ni existe ninguna "constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural

(...) el argumento de los recurrentes (...) supone desconocer la finalidad primera y justificativa de la propia Ley que es, precisamente, la de posibilitar la fecundación y, por ende, la creación o el crecimiento de la familia como unidad básica y esencial de convivencia.

15.

(...) la Constitución ordena al legislador que "posibilite" la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor.

### *Fallo:*

1. Apreciar la desaparición sobrevenida del objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, en el particular que se refiere a las letras a) y e) de la disposición adicional primera de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, reguladora de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

2. Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido contra dicha Ley y, en consecuencia:



a) Declarar que el inciso final de su art. 12.2 "o si está amparada legalmente", sólo es constitucional interpretado en el sentido de que las intervenciones amparadas legalmente son las comprendidas en el art. 417 bis del Código Penal, texto refundido, aprobado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.

b) Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso inicial de su art. 20.1 "con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley".

3. Desestimar el recurso en todo lo demás.

Voto particular discrepante que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 376/89, al que presta su adhesión el Magistrado don Fernando Garrido Falla

Mi discrepancia se centra en la clase o tipo de ley que ha de regular, con estricto criterio constitucional, aquello que directa y esencialmente afecte a la dignidad de la persona, valor jurídico fundamental, con los derechos inviolables inherentes a ella. Este voto se dirige hacia ese objetivo. La Ley recurrida es, a mi entender, inconstitucional.

(...) cuando la dignidad de la persona se configura, por expresa declaración constitucional, con derechos inviolables inherentes a ella, no resulta aceptable, en mi opinión, 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 formal de la reserva que este Tribunal ha consagrado.

Nótese que me refiero a las leyes que desarrollen derechos fundamentales que afecten directa y esencialmente a la dignidad de la persona. Salgo así al paso de una posible objeción: todos los derechos podría afirmarse en mi contra— tienen su germen en la dignidad de la persona. Ello es cierto. Sin embargo, hay derechos que de un modo directo y esencial emanan de la dignidad de la persona, que es lo que ocurre con los derechos fundamentales implicados en esta Ley 35/1988.

(...) No cabe invocar aquí que la Ley Orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico "una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previniendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas" (STC 5/1981, fundamento jurídico 21).

Uno de esos casos excepcionales es, a mi entender, lo relativo a la reproducción humana asistida, en torno a la cual se generan divisiones profundas, no políticas, sino morales y culturales: inseminación artificial, fecundación in vitro, con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos. La democracia de consenso, a que alude esa misma STC 5/1981, era la oportuna y convenientemente reclamada.