

## **Los límites del derecho a la vida: el problema del tipo de fuente normativa de su regulación**

Sumario: I.- EL COMIENZO DEL DERECHO A LA VIDA. II.- LAS CUESTIONES DE BIOÉTICA A DEBATE. III.- LA STC 116/1999, DE 17 DE JUNIO. 1. Antecedentes. 2. Fundamentos jurídicos. 3. Comentario de la sentencia. IV.- EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL TIPO DE FUENTE NORMATIVA QUE HA DE REGULAR LAS LEYES 35/1988 Y 42/1988. 1. El problema en torno a la delimitación de la ley orgánica. 2. La solución adoptada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias STC 212/1996 y STC 116/1999. 3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la delimitación de la reserva de ley orgánica.

### **I. EL COMIENZO DEL DERECHO A LA VIDA**

A lo largo de la historia ha sido fluctuante la valoración que se ha hecho sobre la extensión, significado y protección de los sujetos que están por nacer, y por ende, la propia consideración de los límites de la vida respecto del comienzo del derecho a la vida, materia que va a ser objeto del presente estudio<sup>1</sup>. No obstante, no ha sido hasta hace bien poco tiempo que se ha producido un debate, sobre todo técnico, con el fin de tratar de ordenar las diversas interpretaciones que el tema objeto de estudio propicia.

En efecto, las Constituciones históricas no solían referirse expresamente al derecho a la vida. Se consideraba que este reconocimiento se daba por sobreentendido, al tratarse de un derecho básico y primario, sin el cual no resulta imaginable ningún otro derecho. Como muy bien nos recuerda Rodríguez Mourullo, ha sido la experiencia histórica la que mostrando la flagrante violación de este derecho, ha propiciado su protección contra prácticas aberran-

---

\* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

<sup>1</sup> A lo largo de la historia, la vida ha sido definida y comprendida de muy diferentes maneras, así por citar algunos ejemplos en distintos pensadores, Aristóteles, la definía como nutrición, crecimiento y deterioro, que reconoce por causa un principio que tiene su fin en sí, la entelequia. Para Kant, la vida es un principio interior en acción. Para Beclard, la vida es la organización en acción. Y para Vesküll es la conformidad al plan de la naturaleza.

tes como la tendencia de ciertos regímenes a la supresión sistemática de vidas carentes de valor vital, la exterminación de determinados grupos étnicos o religiosos en aras de una supuesta «limpieza» religiosa o étnica, o simplemente la eliminación de los adversarios políticos. Por eso, resulta fácil comprender que ante tales excesos, se procediese como reacción a dichas prácticas a su expresa consagración, tanto en las Declaraciones y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos como en las modernas Constituciones<sup>2</sup>.

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y otros textos internacionales relevantes<sup>3</sup>, han influido decisivamente para la consagración y protección constitucional de un orden, que en muchos países cada vez se encuentra más basado en la dignidad misma del hombre<sup>4</sup>.

No obstante, no nos vamos a ocupar aquí de la temática naturalística en torno al concepto de vida<sup>5</sup>, sino que como ya hemos expuesto, vamos a abordar ahora su consagración constitucional, teniendo en cuenta que ésta comporta una naturaleza compleja que comprende el derecho a la propia existencia físico-biológica, pero que además integra bastantes más elementos que aquellos que puedan ir unidos a la mera subsistencia o al simple hecho de vivir<sup>6</sup>.

A este respecto, resultan muy ilustrativos los trabajos parlamentarios sobre esta materia durante el proceso constituyente, reflejo de la dialéctica ideológica de los grupos parlamentarios intervinientes, pero también del frágil equilibrio de nuestra transición política. En su trayectoria en el Congreso de los Diputados, se discutía la redacción del precepto, que en origen proclamaba: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física». Frente a esta redacción, el Grupo Mixto presentó una enmienda, proponiendo la sustitución de

---

<sup>2</sup> Rodríguez Mourullo, G. «Comentario al artículo 15 de la Constitución. Derecho a la vida», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por el Prof. Alzaga Villaamil. Vol I. Madrid, 1996. pág. 299.

<sup>3</sup> De la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, realizamos una selección de los siguientes artículos en extracto: artículo 3: «Todo individuo tiene derecho a la vida». artículo 6: «Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica». Art 7: «Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley». Otros textos internacionales relevantes en este caso son: *Convenio Europeo para garantizar los Derechos Humanos*, de 4 de noviembre de 1950. Art 2.1: «El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley». *Declaración de los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1959, en su resolución 1.386 (XIV): «Considerando (3º) que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento». *Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos*, de 16 de diciembre de 1966. Del cual extractamos el artículo 6.1: «El derecho a la vida es inherente a toda persona humana». Art 5: «No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos (...) ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez». Art 16: «Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de la personalidad jurídica».

<sup>4</sup> Vid Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 1993. p 27.

<sup>5</sup> El concepto naturalístico de vida vendría dado por la contraposición de lo que «no es todavía vida», lo que «ya es muerte».

<sup>6</sup> Martínez Marín. «El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en el Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2 (monográfico). Madrid, 1979. pág. 147.

la redacción de este artículo del anteproyecto, por el siguiente nuevo texto: «El derecho de la persona a la vida y a la integridad física y moral son inviolables»<sup>7</sup>.

El precepto había ganado en rotundidad, si bien la colisión con el artículo 30 del Código Civil, restringía mucho el arco subjetivo de los posibles tutelados, por eso, en opinión de Marín Gámez, con esta concepción del derecho a la vida quedaban «lógicamente excluidos tanto el nasciturus como el neonato, que pese a tener figura humana, no hubiese permanecido veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno»<sup>8</sup>.

El acogimiento parcial de una enmienda del Grupo Mixto, vuelve a cambiar el texto del precepto que queda de la siguiente forma: «La persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, sin que en ningún caso, pueda ser sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»<sup>9</sup>.

El paso del proyecto de Constitución por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, dará lugar a un interesante debate sobre el derecho a la vida. El Grupo Parlamentario Alianza Popular, sostendrá con la vehemencia y erudición del señor Fraga Iribarne, que se sustituya la expresión «la persona» por la palabra «todos», centrándose la argumentación de dicho cambio, en la atribución por el artículo 29 del Código civil de la personalidad solamente al nacimiento, si bien en el debate en Comisión se rechazó dicha enmienda<sup>10</sup>.

El debate en el Pleno del Congreso de los Diputados, fue claro exponente del intento de los oradores por facilitar en el futuro, la posición ulterior de sus fuerzas políticas de cara a la posterior regulación en la legislación ordinaria. En el Pleno se constata la sustitución de la expresión «la persona» tiene derecho a la vida, por el postulado «todos» tienen derecho a la vida, merced a la alineación del Grupo Centrista con las tesis mantenidas por Alianza Popular, con lo que estos grupos apoyaban manifiestamente el derecho a la vida que comprendía al *nasciturus*, en todas las fases de su desarrollo<sup>11</sup>.

La enmienda, según la propuesta de Alianza Popular, prosperó de esta forma, por un reducido margen de votos que revelaba lo polémico de la discusión: 158 votos a favor, 147 en contra y tres abstenciones. Por otro lado, el paso del precepto constitucional por el Senado, siguió respetando la inclusión efectuada en el Congreso de los Diputados, del término «todos» tienen derecho a la vida.

Volviendo, sin embargo, al debate en el Pleno del Congreso de los Diputados, de algunas de las intervenciones de aquellos parlamentarios, se puede extraer de forma manifiesta la dificultad de precisar con claridad los límites del

<sup>7</sup> Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 44, de 5 de enero de 1978. Enmienda núm. 467. Cit Marín Gámez, J. A. *Aborto y Constitución*.

<sup>8</sup> Marín Gámez, J. A. *Aborto y Constitución...* Op. cit. pág. 61.

<sup>9</sup> *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 82, de 17 de abril de 1978.

<sup>10</sup> Sesión número 8. (18-5-1978). Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 69.

<sup>11</sup> Sesión Plenaria núm. 34 (jueves 6-7-1978). Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 105, año 1978. *Constitución española. Trabajos parlamentarios*. Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1980. Tomo II, págs. 3960-3962.

derecho a la vida en relación con el término «todos». De aquello fue consciente en aquel debate el Diputado por el Grupo Mixto D. Enrique Tierno Galván. En su intervención dicho Diputado se manifestó claro partidario de la expresión «persona», en lugar de «todos» como quedaba recogido en el Texto constitucional, su argumentación era la siguiente: «pensamos que la expresión «persona» era menos comprometida, era una expresión que permitía después a la inevitable jurisprudencia, que va a aclarar la Constitución, decir cuál era el significado de «persona». Mientras que decir cuál es el significado de «todos» es más difícil porque no se puede interrogar a todos (...)»<sup>12</sup>.

El Diputado, haciendo una prospección de futuro, parece querer ver más allá de su exposición, el posible alcance constitucional del término «todos» tienen derecho a la vida, perfilado por fin en la doctrina del Tribunal Constitucional, en virtud de su magna tarea de intérprete supremo de la Constitución. En efecto, el orador lo expresa de la siguiente manera: «porque va a haber un Tribunal de Derechos Constitucionales, porque va a haber en él juristas eximios, entre ellos, probablemente, alguno de Alianza Popular, que van a poder referirse a lo que significa «persona» propiamente, y es un concepto tan debatido, que tiene tantas posibilidades, que abre tantos caminos, ahí sí que queda abierto el porvenir a toda clase de interpretaciones. (...) Ahí va a haber que formular multitud de averiguaciones y de ensayos para decidir lo que significa cada término, y a ese Tribunal de Garantías le va a tener que costar una batalla definir lo que quiere decir «persona»; porque no basta, como se ha dicho, el Código Civil; no basta la definición jurídica. Hay otras muchas definiciones»<sup>13</sup>.

No obstante, de la intervención del Sr. Tierno Galván, se deduce un Tribunal Constitucional más parecido al sistema anglosajón que al continental. En efecto, en el sistema anglosajón se genera el derecho llamado *common law*, es decir, un derecho consuetudinario que se genera día a día con las sentencias emanadas de los jueces, razón por la que el sistema judicial en Gran Bretaña tiene un respeto mayor, y una posición muy superior a la que se le dispensa en el Continente<sup>14</sup>.

A pesar de la matización, tenemos que reconocer la agudeza en la apreciación del Sr. Tierno Galván, pues si bien el Parlamento es el creador de la ley, se encuentra como todos los órganos del Estado de Derecho, sometido también a la regla de Derecho, lo que viene a suponer «que el órgano encargado de este control se convierte así en una especie de legislador negativo, puesto que tiene competencias, reconocidas en la propia Constitución para decidir sobre la vigencia de las leyes, cuando éstas no se adaptan a lo establecido en la Norma Suprema»<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> *Ibidem*, págs. 3959-3960.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> García de Enterría, E; Fernández, T. R. *Curso de Derecho Administrativo* (I). Madrid, 1984, págs. 26-27.

<sup>15</sup> De Esteban, J; González-Trevijano, P. *Curso de Derecho Constitucional Español*. Vol. III. Editado por la Universidad Complutense de Madrid, 1994. pág. 149.

Y ese va a ser precisamente el problema que nos ocupa, si en la delimitación del inicio del derecho a la vida, según las Leyes 35/1988 y 42/1996, el legislador ha ido más allá de lo preceptuado en el artículo 15 de la Constitución, que como ya hemos visto propugna, después de un largo debate parlamentario, que «todos» tienen derecho a la vida. En la clara fijación de los límites constitucionales del artículo 15 CE, el Tribunal Constitucional desempeña un papel trascendental, como veremos a lo largo de este trabajo, que se basa, por tanto, en gran medida en las resoluciones emanadas del Alto Tribunal.

En este sentido, resulta sumamente interesante la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia STC 116/1999, de 17 de junio<sup>16</sup>, donde se ha pronunciado sobre el espinoso tema de si el «preembrión» tiene derecho a la vida. El Tribunal Constitucional ha resuelto en esta sentencia, el recurso de inconstitucionalidad promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Popular —en su totalidad y contra distintos apartados—, de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, también conocida como Ley de Fecundación in vitro.

La STC 116/1999, sigue el camino abierto por otra sentencia anterior, la STC 212/1996, de 19 de diciembre, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad planteado 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<sup>17</sup>, es decir, sobre el uso de los embriones en la investigación científica. La citada Ley 42/1988, al establecer las bases dicha donación y utilización de embriones y fetos humanos, consideraba en su Exposición de Motivos, que aquéllos lo son «desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante».

La Ley 42/1988, parte de la consideración de los embriones y fetos humanos, por tanto, desde el momento en que se implantan en el útero, lo que para la Ley tiene lugar a partir del día catorce que sigue al de su fecundación<sup>18</sup>, remitiendo para la donación y utilización de gametos humanos y de óvulos fecundados y en desarrollo, in vitro o in vivo, a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>19</sup>.

Por su parte, la Ley objeto del recurso —Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Reproducción Asistida Humana—, que se resuelve por la sentencia STC 116/1999, siguiendo la terminología adoptada por los Consejos Europeos de investigación médica de nueve naciones europeas, utiliza el término «preembrión» o «embrión preimplantatorio», para designar «al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior de útero»<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> BOE núm. 162 (8-julio-1999).

<sup>17</sup> Ley 42/1988, de 28 de diciembre. Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. BOE núm. 314, de 31 de diciembre 1988.

<sup>18</sup> Cfr. Disposición final primera de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre. Vid. Ortega Guitérrez, D. «Protección del embrión humano: el derecho fundamental de objeción de conciencia del médico y del farmacéutico», en AA.VV. *El inicio de la vida*. BAC. Madrid, 1999. pp. 221-230.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Cfr. Exposición de motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Reproducción Asistida Humana. BOE núms. 281 y 282, de 23 y 24 de noviembre de 1988.

Por otro lado, considera que el «embrión» propiamente dicho es entendido tradicionalmente referido «a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más». Por último, entiende la Ley también en su Exposición de Motivos, que el «feto» es la fase más avanzada del desarrollo embrionario, es decir, «se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto».

Las citadas sentencias, STC 116/1999 y STC 212/1996, sobre todo la primera de ellas, van a resultar transcendentales, por tanto, a la hora de fijar más concretamente una doctrina constitucional sobre el inicio del derecho a la vida, pues la famosa sentencia sobre el aborto, la STC 53/1985, de 11 de abril, no había sido, en nuestra opinión, demasiado precisa en esta punto en concreto. Efectivamente, en la STC 53/1985, en su fundamento jurídico 5 a), se había manifestado el Tribunal Constitucional en unos términos amplios, quizá como ya hemos visto por las dificultades propias de indagar con precisión en la expresión «todos tienen derecho a la vida», de la redacción parlamentaria del artículo 15 CE. Quizá por eso el citado fundamento jurídico goza de cierta ambigüedad cuando declara: «la vida humana 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»<sup>21</sup>.

Tendremos ocasión de ir profundizando en la posición del Tribunal Constitucional español a lo largo del presente estudio. Por ahora, dejaremos afirmada cuándo debe considerarse el límite anterior del derecho a la vida, en cuanto a sus plazos. Para ello, nuestra legislación sigue la delimitación efectuada por el Tribunal Constitucional alemán, que resulta mucho más precisa que la mencionada STC 53/1985, en relación a determinar cuándo debe considerarse que empieza la gestación humana, al manifestar en su sentencia de 25 de febrero de 1975 este órgano alemán, que «según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación». Esta será, como ya hemos visto, la posición de partida que adoptan tanto la Ley 42/1988, como la Ley 35/1988 españolas.

## II. LAS CUESTIONES DE BIOÉTICA A DEBATE

Según se desprende de cuanto llevamos dicho, la determinación de cuándo deba empezar la consideración de la vida humana, y por tanto, la protección otorgada al amparo del marco constitucional del artículo 15 de la Constitución, será en el caso de las técnicas de fecundación in vitro y de la investigación en general con material embrionario, un asunto de primordial

<sup>21</sup> STC 53/1985, de 11 de abril. Fundamento jurídico núm. 5.

importancia que suscita no sólo el interés jurídico, sino científico, ético, religioso, social, etc. Por eso, para Andrés Ollero, una primera cuestión vendría representada por la dificultad de resolver constitucionalmente los problemas, sin partir de una noción de vida, que sirva de base para delimitar su posible alcance<sup>22</sup>.

De esta forma, ya la Exposición de motivos de la Ley 35/1988, sobre Reproducción Asistida Humana, es consciente de la capacidad que tiene la ciencia de manipular con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética en estos campos. Por eso, dado el material con el que se trabaja esto puede propiciar, como dice la propia Ley, «una diáspora de implicaciones que suscitan temor e incertidumbre con alcances sociales, ético, biomédico y jurídico principalmente».

Un prestigioso jurista, como es Enrique Ruiz Vadillo, ante las nuevas posibilidades que abre la ciencia, expresa: «El derecho a la vida exige conocer su comienzo y su fin. También en este caso, la técnica podrá ir ofreciendo nuevas perspectivas y conclusiones a las que habrá de someterse el Derecho, una vez confirmada su certeza y plena fiabilidad. Nada hay más contrario a un Ordenamiento jurídico que las ideas de congelación y fosilización. La vida, y consiguientemente el Derecho, son dinamismo, cambio, acomodación a las exigencias ineludibles de tiempo, lugar y personas»<sup>23</sup>.

No obstante, a pesar de la supuesta objetividad de la ciencia, no hay sin embargo una postura unánime entre los especialistas, que interpretan de desigual manera los datos biológicos. Así, según el informe del Dr. Jerome Lejaune, profesor de Genética Fundamental de la Universidad René Descartes de París, «aceptar el hecho de que con la fecundación un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es una cuestión de criterio u opinión. Es una evidencia experimental»<sup>24</sup>.

Sin embargo, existen diversas corrientes doctrinales, entre las que se halla la que sostiene que el embrión no tiene vida humana propiamente dicha en los tres primeros meses de embarazo. Gimbernát y Muñoz Conde, apoyan esta afirmación, ya que para ellos «en el embrión no se registra una actividad bioeléctrica cerebral, pues se obtiene un electroencefalograma plano en los tres primeros meses del embarazo. Si se considera que el electroencefalograma plano es la prueba más eficaz para determinar el momento de la muerte, habría que estimar que en el embrión no hay vida mientras en él no se registre una actividad bioeléctrica cerebral»<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Ollero, A. *Derecho a la vida y derecho a la muerte*. Madrid, 1994. pág. 22.

<sup>23</sup> Ruiz Vadillo, E. «El derecho a la vida y a la integridad física», en *XII Jornadas de Estudio. Los derechos fundamentales y libertades públicas (I)*. Vol. I. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1992. pág. 44.

<sup>24</sup> Informe del Dr. Jerome Lejaune, profesor de Genética Fundamental de la Universidad René Descartes de París, emitido al Senado de los EE.UU, el 23 de abril de 1981. Cit. Domínguez Martín, S. «Reflexiones sobre la liberación del aborto», en *XII Jornadas de Estudio... Op. cit.*, pág. 111.

<sup>25</sup> Gimbernát Ordeig, E. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, 1981. pág. 36. Muñoz Conde, F. «Política demográfica, planificación familiar y aborto», en *II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal*, Ávila-Alcalá de Henares, pág. 114.

Para otros autores como Cerezo Mir «estamos ante un ser humano en desarrollo y (...) es solo cuestión de días o semanas el que se registre en su cerebro una actividad»<sup>26</sup>. Este autor contradice a Gimbernat al negar que el embrión «sea una cosa o un mero coágulo de sangre»<sup>27</sup>, sosteniendo al contrario el criterio médico de que «la vida humana comienza con la concepción, es decir, con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Desde entonces queda fijado el código genético del nuevo ser»<sup>28</sup>.

Esta concepción se apoya en el hecho biológico de considerar al cigoto (el «huevo» u óvulo fecundado), como el primer eslabón de la cadena biológica en cualquier individuo humano, ya que antes, el óvulo o el espermatozoide por separado no contienen más que la mitad del código genético necesario para el desarrollo del nuevo ser vivo. Si bien ambos gametos, masculino y femenino, están vivos por separado, no constituyen hasta su unión un nuevo ser vivo, un «cigoto», que ya no tiene la mitad del código genético, sino lo tiene completo y además distinto del de sus progenitores.

No obstante, aun aceptando que existe vida en el preembrión, eso no soluciona en absoluto el problema jurídico, pues para ciertos autores dicha vida no significa más que se producen procesos biológicos en él, sus células asimilan, segregan y se reproducen, con lo que algunos han calificado como «tipo de vida de una planta», en esto se basa Paul Bassen, para afirmar que «una simple pelota de células no puede ser una víctima»<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Al parecer sobre el día 43 de la fecundación, se puede detectar ya actividad cerebral. El proceso sería esquemáticamente el siguiente: el cigoto, formado por la unión de un gameto masculino y otro femenino comienza a funcionar en cuanto se produce dicha unión, con un desarrollo propio, ya que en su código genético tiene todas las instrucciones necesarias para la formación y desarrollo de sus órganos. El proceso se podría iniciar a los pocos días de dicha unión, con su implantación en el útero materno, donde produce él mismo una hormona para evitar el rechazo por parte de la madre. A los 18 días se pueden apreciar pequeñas contracciones de su corazón. A los 19 días se comienzan a desarrollar los ojos. A los 20 días ya tiene formada la base del Sistema nervioso. A los 28 días comienza el proceso de formación de brazos y piernas, a los 30 días de la nariz y las orejas. A los 42 días (mes y medio de desarrollo), tiene el esqueleto completamente formado. A los 43 días se puede detectar como ya hemos dicho actividad cerebral. A los 49 días tiene la forma de niño en miniatura, con órganos formados, dedos en las manos y en los pies, etc. A los 56 días tiene todos sus órganos funcionando (estómago, cerebro, hígado, riñones, etc). Desde estos casi dos meses hasta que nazca, sólo tiene que ir perfeccionando sus órganos, nervios y huesos hasta el nacimiento. Vid. Mahillo, J. *Ética y vida*. Barcelona, 1991. pp 90-91.

<sup>27</sup> Cerezo Mir, J. «Interrupción voluntaria del embarazo», en AA.VV. *La reforma del aborto*. Universidad de Madrid, 1982, págs. 34-35.

<sup>28</sup> Esta es también la posición de distintas instituciones, a las que nos vamos a referir brevemente: En el Informe del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, de 19 de febrero de 1983, se mantiene: «El principio de la vida humana, desde el punto de vista científico, ocurre en el mismo instante de la fecundación». El Informe de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, de 17 de marzo de 1983, mantiene: «La índole humana del ser en gestación, desde que es concebido, se encuentra asegurada por el correspondiente código o mensaje genéticos». En otro lugar del citado informe se recoge: «El concebido no es parte del organismo materno sino un efectivo ser humano, perfectamente individualizado, con su propio patrimonio genético». El Informe de la Real Academia de Doctores de España, de 25 de abril de 1983, mantiene: «El aceptar que con la fecundación un nuevo ser viene a la existencia, no es cuestión de criterio, sino un hecho incontrovertible».

<sup>29</sup> Bassen, P. «Present Sakes and Future Prospects: The Status of Early Abortion», *Philosophy and Public Affairs*, vol 11, núm. 4 p 315. Cit. Martín Diego Farrell. *La ética del aborto y la eutanasia*. Argentina, 1993. pág. 36.



La revista Time, nos propone un caso real que nos permite reflexionar sobre este controvertido tema: El matrimonio Ríos decidió tener otro hijo, después de perder en un accidente a su hija fruto del anterior matrimonio de la señora Ríos. Como su marido era estéril, un grupo de médicos fertilizó un cierto número de óvulos de la mujer, con esperma de un donante anónimo. Después de que el embarazo fracasará por un aborto natural, la mujer decidió posponer el embarazo para cuando se sintiera en mejores condiciones emocionales. Sin embargo, antes de intentarlo de nuevo, el matrimonio falleció en un accidente aéreo. Sobre este caso se plantea Diego Farrell, si sobre esos embriones, de un tamaño que fluctúa entre las dos y las ocho células, guardados en un tubo de vidrio, conservado a -320° F, en una vasija de acero inoxidable, si ¿se deben conservar indefinidamente esos tubos?, si ¿se tienen que implantar necesariamente en alguna voluntaria? Las opciones podrían ser: conservarlos por tener un código genético único, o la que toma el referido autor, cuando afirma «esos embriones ya no van a cumplir el propósito para el cual fueron preservados; hay que deshelarlos y permitir su extinción natural. No creo que sea un consejo inmoral, porque me resulta muy difícil pensar en el contenido de esos tubos como «personas»<sup>30</sup>.

El problema para trasladar dicha argumentación al ámbito jurídico, es que según la legislación civil en España, sabemos con certeza que el embrión no es persona, sino que únicamente se le tiene como tal a los solos efectos que le puedan resultar beneficiosos. Porque como ya hemos visto, la protección jurídica del Derecho privado resultaría sumamente restrictiva. Se hace necesaria una protección constitucional, pero en la fijación de sus límites, es cuando encontramos una insuficiente delimitación, pues la sentencia del Tribunal Constitucional STC 53/1985, de 11 de abril, en su fundamento jurídico número 5, no entró a considerar la base del problema sino que declaró, como ya hemos visto, de forma muy ambigua que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación<sup>31</sup>.

Las sentencias STC 212/1996 y STC 116/1999, van a resultar, por tanto, sumamente esclarecedoras de ese límite del derecho a la vida, que ya hemos fijado previamente en este trabajo, en el decimocuarto día siguiente a la concepción. No obstante, la ciencia seguirá avanzando a pasos agigantados y es posible que toda esta regulación no sea más que un breve recuerdo pronto. Ante la avalancha científica que estamos viviendo, el jurista no tiene otra opción que la de ir detrás cautamente en su regulación, si bien también hay que tener presente lo que dice el profesor Muñoz Conde, cuando manifiesta que un legislador inteligente no debe prohibir lo que no puede controlar. Si lo hace se expone al fracaso rotundo de sus normas y a que estas creen más problemas que los que intentan resolver<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> *Ibidem.* pág. 37.

<sup>31</sup> Ruiz Miguel, A. *El aborto: problemas constitucionales*. Madrid, 1990. págs. 90 y ss.

<sup>32</sup> Cit. Ruiz Vadillo, E. «El derecho a la vida... *Op. cit.* pág. 32.

En este mismo sentido, los últimos y espectaculares avances de la ciencia, están motivando un amplio debate mundial sobre sus posibilidades y límites, tanto en relación a tratar la causa de los desórdenes y enfermedades humanas, como en relación a la intimidad y dignidad de la persona<sup>33</sup>. Crece así la preocupación, como recientemente se ha podido apreciar con la secuenciación del genoma humano<sup>34</sup>, de que dicho conocimiento pueda permitir, por ejemplo, a cualquier empresa saber la propensión de sus trabajadores hacia las enfermedades, lo que ha abierto los temores de la posibilidad de discriminación de las personas a causa de su herencia genética.

En relación a la genética, el conocimiento del mapa genético puede también tener como riesgo su utilización eugenésica, es decir, la tentación de corregir el genoma de los hijos para prevenir enfermedades o mejorar su capacidad<sup>35</sup>. Efectivamente, hasta el momento los hijos son el resultado de la lotería genética. La recombinación del ADN en la producción de los gametos procura que cada espermatozoide y cada óvulo tengan una composición genética diferente, por lo que los mismos padres pueden tener hijos que sean muy distintos entre sí. Lo que para unos puede ser motivo de satisfacción, para otros puede ser de disgustos, pues en caso de poder elegir, pocos serán los padres que se inclinen a tener hijos con el síndrome de Down, o por citar otro ejemplo, criminales compulsivos.

Si la polémica en estos terrenos de la ciencia fuera poca después del anuncio público de la lectura del genoma humano, estalló la controversia en los medios de comunicación, sobre la aceptación por parte del Gobierno británico de la clonación de células humanas embrionarias con la finalidad de investigación terapéutica, siendo el Parlamento el que tendrá que legislar próximamente sobre esta materia<sup>36</sup>.

La legislación en España sobre esta materia, es mucho más restrictiva que la del Reino Unido, puesto que España sí ha firmado la Declaración de Gijón de la Sociedad Internacional de Bioética (SIB). Nuestra Ley 35/1988, sobre Reproducción Asistida Humana, prohíbe en su artículo 20.2 B), como infracciones muy graves: L) «La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos». Además esta Ley, no permite destruir los cerca de 30.000 embriones congelados que hay en nuestro país, ni tampoco usarlos para experimentar<sup>37</sup>. En España tampoco se autoriza la producción de

---

<sup>33</sup> En cuanto a la intimidad, por poner un ejemplo, que se puedan admitir patentes para la manipulación de células madre de embriones. Se hacen eco de esta noticia, entre otros diarios nacionales: *El País* (23-2-2000). *ABC* (27-2-2000).

<sup>34</sup> Las secuencias específicas de caracteres de ADN forman los genes que definen lo que somos, gobernando nuestras funciones biológicas y determinando nuestra susceptibilidad a las enfermedades.

<sup>35</sup> La prensa escrita muestra estas preocupaciones, entre otros en los siguientes diarios: *El País* (27-6-2000). *El Mundo* (27-6-2000).

<sup>36</sup> Diario *El Mundo* (17-8-2000).

<sup>37</sup> El artículo 11.3 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, regula la crioconservación: «Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años».

embriones con otros fines distintos a los reproductivos<sup>38</sup>. Además el artículo 161 del Código Penal, castiga a quienes «fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana».

El último hito en la carrera de la ciencia, en materia de reproducción humana asistida, del que tengamos noticia<sup>39</sup>, se ha producido en los Estados Unidos, donde se ha diseñado un hijo «genéticamente perfecto» para salvar a su hermana con un trasplante<sup>40</sup>. La técnica mediante la cual fue «diseñado» por selección genética para salvar a su hermana, se conoce con el nombre de «diagnóstico genético de preimplantación», que consiste en analizar células de los embriones creados por fecundación «in vitro», para descubrir si presentan genes de determinadas enfermedades, antes de implantarlos en el útero de la madre.

Esta técnica ha encendido duras críticas, al ser destruidos quince embriones, catorce por no ser «perfectos», es decir, por no estar libres del problema médico que afectaba a su hermana y no ser compatibles con ésta. El otro embrión restante se destruyó por ser «el menos fuerte». Para unos, la selección previa de embriones puede salvar muchas vidas, mientras que para otros se trata de una dimensión excesivamente utilitarista de una nueva vida, que nunca habría nacido de ser portador de una enfermedad o una alteración genética.

En cualquier caso, al margen de las posibles objeciones éticas, en la mayoría de los países occidentales se acepta este tipo de selección, cuando está destinada, como es este caso, a evitar enfermedades genéticas en los propios bebés. Nuestro país no es una excepción, y la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, permite este tipo de conductas, cuando regula la materia en su artículo 12: «Toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear».

### III. LA STC 116/1999, DE 17 DE JUNIO

#### 1. Antecedentes

1. Como primer motivo de inconstitucionalidad, el Grupo Parlamentario Popular invoca la garantía institucional de la familia prevista en los arts. 1, 9.3,

<sup>38</sup> El artículo 20.2 B) de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, establece al respecto: «Son infracciones muy graves: a) Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana».

<sup>39</sup> Existe también una teoría apuntada por el profesor británico Callum Mackellar, sobre la mezcla de embriones con orígenes diversos para fusionar las características genéticas de los homosexuales, si bien su realización práctica no está al alcance de la técnica. Vid. Egozcue, J. «¿Reproducción homosexual?», en *El Mundo* (4-10-2000). Por otro lado, el artículo 20.2 B) apartados o) y p) de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, prohíben expresamente esta conducta.

<sup>40</sup> *La Razón* (4-10-2000).

10.1, 15, 18, 27, 32, 33.1, 35 y 39 de la Constitución. En este sentido, se alega que este conjunto normativo conformaría un núcleo indisponible delimitador de los rasgos de la institución familiar en la Constitución, «entre los que se encontraría el matrimonio heterosexual como núcleo originario, y del que pueden desprenderse relaciones paternofiliales legalmente determinadas conforme al principio de seguridad jurídica».

Para los recurrentes, este panorama constitucional protector de la familia se ha visto atacado por medidas como las que la ahora impugnada Ley 35/1988, toma a la hora de regular las técnicas de reproducción asistida, que afectan al concepto de matrimonio (posibilitando, por ejemplo, la concepción por mujeres solas, manteniendo al padre donante en el anonimato) y a las relaciones de filiación (vedando al hijo el conocimiento de quién sea su progenitor), cuando estos aspectos deberían tratarse en normas civiles y no deberían ser objeto de la ley recurrida, que, para mayor incongruencia, no las designa como objeto de la misma en su artículo 1, de modo que vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad.

2. En el segundo motivo de inconstitucionalidad, los recurrentes denuncian la vulneración de artículo 15 CE, puesto que la Ley no precisa el «status» jurídico de los embriones, con lo que deja desatendido el deber constitucionalmente impuesto a los poderes públicos, y, en especial, al legislador, de disponer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma. Por el contrario, la Ley recurrida supedita según las alegaciones la vida y el desarrollo del fruto de la concepción a lo decidido por médicos u órganos administrativos, negando esa protección constitucionalmente impuesta a todo el período de gestación.

En relación con este argumento, destacan los recurrentes, entre otros ejemplos ilustrativos, la distinción que la Ley recurrida efectúa entre preembriones y embriones, dando por supuesta la inexistencia de vida humana individualizada hasta el día decimocuarto posterior a la fecundación (desligándose de la STC 53/1985), así como la autorización de la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados (art. 1.4 de la ley) y con embriones vivos (art. 15), o la permisón de que la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida pueda solicitar su suspensión en cualquier momento de su realización, petición que deberá ser atendida (art. 2.4).

Asimismo, los recurrentes resaltan como contrario a la dignidad humana protegida en el artículo 10.1 CE, el contenido de los arts. 4; 11, apartados 3 y 4 y 5.1 de la Ley, que prevén la transferencia al útero materno del número de preembriones científicamente considerado como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo. Además, los preembriones sobrantes no transferidos al útero femenino se crioconservan en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años, de los que los tres últimos años —salvo que procedan de donantes, que lo están desde el inicio—, quedarán a disposición de los bancos correspondientes. Para los recurrentes, con estas disposiciones se está impidiendo el derecho al desarrollo y cosificando el fruto de la concepción.

La jurisprudencia, por su parte, considera delito de aborto a los atentados contra el «fruto de la concepción» y declara contrarias al Código Penal, aquellas disposiciones legales que autoricen o impongan la manipulación de embriones o su destrucción. A juicio de los recurrentes, esas manipulaciones son máximas y se encuentran desatendidas por la Ley ahora recurrida, como también consideran desatendida la protección internacional del derecho a la vida de todo individuo, por medio de las distintas normas internacionales a las que se debe respeto en virtud del artículo 10.2 CE.

3. El tercer y último motivo en el que se justifica el recurso, es la infracción por la Ley recurrida del artículo 81.1 CE, lo que la calificaría de inconstitucional al no tener el carácter de orgánica, a pesar de afectar al desarrollo de derechos fundamentales de la persona como los artículos 10 CE, 15 CE, etc. (Esta cuestión será objeto de un tratamiento posterior más pormenorizado en el epígrafe final de este trabajo). Por otro lado, para los recurrentes su contenido de Ley ordinaria invade el ámbito de la garantía penal reservado a ley orgánica. En concreto, el artículo 20 de la Ley, no prevé la sanción relativa a las infracciones que tipifica, contraviniendo así las exigencias del principio de legalidad sancionador. Por último, la Ley impugnada vulnera, a juicio de los recurrentes, la protección integral de los hijos, constitucionalmente obligada por el artículo 39.2 de la Constitución, al incluir la posibilidad de que se investigue la paternidad.

Las alegaciones del Abogado del Estado se podrían sistematizar como sigue:

1. Respecto de la alegación de los recurrentes de que determinados aspectos de la Ley deberían haberse tratado en el Código Civil, el Abogado del Estado argumenta que no existe más obligación para el legislador, que la de respetar la unidad interna del orden jurídico, que sería lo verdaderamente enjuiciable ante el Tribunal Constitucional. Descarta la incongruencia de la ley, por tanto, porque no encuentra desproporción entre los fines perseguidos y los medios empleados para su consecución.

Tampoco se vulnera, en opinión del Abogado del Estado, la garantía institucional de la familia, puesto que la Ley toma como base la concepción «funcional» de la familia, permitiendo incluir en la definición constitucional de dicha institución las parejas heterosexuales, junto a la posibilidad de aplicar las técnicas de reproducción asistida a mujeres solas. En definitiva, se trata de una opción de oportunidad política que corresponde tomar al legislador democrático.

Del mismo modo, considera razonable la solución que la Ley aporta en la determinación de la paternidad, cuando el gameto masculino procede de donante. Este donante queda protegido por la Ley —salvo en algún supuesto—, de modo que se resuelve positivamente el conflicto de intereses entre el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica, en relación al derecho a la intimidad personal o familiar de los padres jurídicos y la protección del derecho a la intimidad del donante. Añade, en este sentido, que la

Ley distingue entre los conceptos de «padre» y «progenitor», haciendo hincapié en que carece de relevancia la voluntad del donante, puesto que es el equipo médico interviniente quien debe, bajo ciertas condiciones, elegir dicho donante.

3. Niega, por último, el Abogado del Estado que la Ley suprima o desplace el sistema legal vigente de defensa de la vida, puesto que de la Constitución no se deduce obligación para que el legislador democrático configure un sistema penal de protección para la defensa de la vida del preembrión. El Abogado del Estado considera al preembrión como células germinales anteriores al inicio del proceso gestativo. Respecto de la suspensión de las técnicas reproductivas, tendrán el límite del momento de la transferencia de los preembriones al útero materno o, en todo caso, el inicio del proceso de gestación propiamente dicho. De la misma forma, niega que el artículo 4 de la Ley determine el destino de los preembriones residuales, cuando, en su opinión, el objetivo del precepto es «asegurar razonablemente el embarazo», mientras que es el artículo 11, núms. 2 y 3, de la Ley, el que prevé el destino futuro de los preembriones sobrantes.

De las alegaciones del Abogado del Estado, se concluye su petición de desestimación del recurso interpuesto.

## 2. Fundamentos jurídicos

1. En primer lugar, se descarta la declaración de inconstitucional del contenido de la exposición de motivos de la Ley, relativo a que la gestación se inicia con la implantación del embrión, puesto que las exposiciones de motivos carecen de valor normativo, como es doctrina constante del Tribunal Constitucional. También es rechazado el enjuiciamiento del artículo 20.2 B), letras a), k), l) y v), porque han sido derogados por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El Tribunal Constitucional inicia el análisis de los distintos motivos impugnatorios sobre los que se basa el recurso de inconstitucionalidad, abordando el reproche que los recurrentes oponen a la constitucionalidad de la Ley en su conjunto, al invadir un ámbito que a juicio de los recurrentes está reservado a la ley orgánica. Esta cuestión será sistematizada por el Tribunal Constitucional en los siguientes argumentos fundamentales: a) por producirse esa invasión en relación al desarrollo de los derechos fundamentales de la persona, en concreto, los reconocidos en los arts. 10 y 15 de la Constitución; b) al regular materias que deben estar penalmente protegidas y, por tanto, bajo reserva de ley orgánica, y c) al suponer una merma de la garantía institucional de la familia incluida en el artículo 39.1 CE, al reconocer la ley recurrida ciertos derechos paterno-filiales. Como hemos indicado anteriormente, dejamos para un momento posterior el análisis de la posible invasión por la Ley impugnada de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE.

2. Respecto del motivo, de que la ley no precisa el «status jurídico» de los embriones, vulnerando con ello el contenido esencial del derecho a la vida (art. 15 CE), estima el Tribunal Constitucional que «los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional» (FJ. 5, párr. 4.º). El nasciturus se considera un bien jurídico constitucionalmente protegido (STC 53/1985, FJ. 7.º). Dicha protección, va encaminada a dos obligaciones para el Estado, que son «la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación; y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida, que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales» (STC 212/1996, FJ. 3.º).

3. Por otro lado, partiendo de que el artículo 44.2 CE establece que: «Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general», y teniendo en cuenta que nos encontramos ante una materia en continua evolución y perfeccionamiento técnico, la investigación o experimentación con gametos —tanto masculinos como femeninos—, permitidos por el artículo 14 de la Ley recurrida. Se afirma, por tanto, que no se vulnera la protección jurídica de los «nascituri», puesto que dichos gametos humanos, es decir, los óvulos y espermatozoides, son realidades biológicas que se estudian sin que se haya producido aún la fecundación. De este modo, el artículo 14.4, párr. 2.º «no atiende en modo alguno al resultado de la fecundación, sino a la realización de ésta en sí misma, siempre que se autorice por causas debidamente justificadas y con carácter excepcional (FJ. 7.º, párr. 3.º).

En este sentido, los arts. 15 y 16 de la Ley, establecen los requisitos exigibles para cualquier investigación o experimentación sobre preembriones, de modo que «los preembriones obtenidos por fecundación «in vitro» sólo pueden ser utilizados con fines científicos de experimentación si no son viables y siempre que, con base en los oportunos protocolos experimentales, se acredite que el modelo animal no es apto para alcanzar el fin perseguido, y así lo autorice la competente autoridad administrativa o por delegación, la Comisión Nacional multidisciplinar» (FJ. 8.º).

La ley recurrida no permite en ningún caso la experimentación con preembriones viables, ni tampoco «más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención» [(FJ. 9.ºB)]. Luego, no se vulnera la protección de la vida humana del artículo 15 CE, en la medida en que sólo son permitidas las prácticas experimentales con preembriones no viables (art. 17 Ley), es decir, «incapaces para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del artículo 10.1 CE» (STC 212/1996).

4. También es objeto de impugnación específica el artículo 2.4 de la Ley, por permitir a la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida decidir en cualquier momento la suspensión de su realización. No obstante,

entiende el Tribunal Constitucional que sólo se establece esa opción «para el caso en que aquéllas (las técnicas de reproducción asistida), estén todavía realizándose» (FJ. 10.<sup>o</sup>), y no cuando dejen de estar realizándose, esto es, en el momento en que los gametos masculinos (inseminación artificial) o los preembriones son transferidos al cuerpo de la mujer. De lo anterior, deduce el Tribunal Constitucional que no se está incorporando un nuevo supuesto de aborto no punible, ni se está autorizando a suspender el proceso de gestación.

5. En relación con la transferencia prevista al útero materno del número de preembriones, científicamente considerado como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo, dejando los preembriones sobrantes en crioconservación durante cinco años. El Tribunal Constitucional, estima 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, 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» (FJ. 11, pár. 3.<sup>o</sup>).

Los preembriones no implantados y los simples gametos no son considerados por el Tribunal Constitucional «persona humana», «por lo que el hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE), o a la dignidad humana (art. 10.1 CE)» (FJ. 11, pár. 4.<sup>o</sup>). En consonancia con lo anterior, el artículo 5.1 de la Ley garantiza que los gametos y los preembriones, en ningún caso puedan ser jurídicamente considerados como bienes comercializables, al prohibir cualquier causa lucrativa o remuneradora (FJ. 11, pár. 5.<sup>o</sup>). Para el Tribunal Constitucional, queda así desvirtuado el argumento de la patrimonialización esgrimido por los recurrentes, para tachar el precepto citado de inconstitucional.

También los arts. 12 y 13 de la Ley, prevén determinadas intervenciones orientadas a fines de detección de enfermedades hereditarias, para tratarlas si es posible, o desaconsejar su transferencia para procrear, valorando así la viabilidad del preembrión vivo «in vitro». No obstante, estima el Tribunal Constitucional que dicha enfermedad deberá ser tratada si es posible y que, en todo caso, la decisión última sobre su transferencia para procrear recae sobre la madre receptora, puesto que los profesionales sólo aconsejarán o desaconsejarán dicha transferencia.

La Ley 35/1988, autoriza además las intervenciones con finalidad diagnóstica «sobre el embrión o sobre el feto, en el útero o fuera de él, vivos, siempre que tengan por objeto el bienestar del «nasciturus» y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente». Este último inciso sobre dichas intervenciones, cuando estén amparadas legalmente, alude al artículo 417 bis



del derogado Código Penal, pero que la disposición derogatoria única del Código Penal vigente, mantiene expresamente en vigor. El Tribunal Constitucional ha afirmado en el fallo que el mencionado inciso «sólo resulta constitucional en la medida en que las intervenciones «amparada(s) legalmente» del artículo 12.2 de la Ley sólo aluden al referido, y aún vigente» artículo 417 bis antes citado (FJ. 12, pár. 3.º).

Respecto de las intervenciones con fines terapéuticos que permite el artículo 13 de la Ley, el Alto Tribunal indica que esa intervención está permitida expresamente a la aplicación de terapias concretas, tanto en preembriones como embriones y fetos (FJ. 12, pár. 4.º).

6. Por otro lado, para el Tribunal Constitucional no se produce una quiebra por la Ley recurrida de la garantía institucional de la familia, ya que al permitir mediante las técnicas de reproducción en ella reguladas, la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, no implica la vulneración del núcleo esencial de la institución familiar. Se mantiene esa posición, en la medida en que no existe una obligada correspondencia «entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (...) ni, como se manifiesta el Tribunal Constitucional, el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial» (FJ. 13, pár. 5.º). De este modo, resulta lícito distinguir entre el progenitor biológico y el padre legal.

7. El Tribunal Constitucional pasa ahora a examinar lo que los recurrentes califican de arbitrariedad del legislador, en virtud de que a la Ley 35/1988 se la reprocha vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad, causando una incongruencia normativa al regular aspectos que deberían ser tratados por normas civiles. Muy distinta a esta opinión, se manifiesta la doctrina de Tribunal Constitucional, en virtud de la cual «la ley es arbitraria en el supuesto de que «careciera de toda explicación racional» (STC 108/1986, FJ. 6.º), «sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias» (SSTC 65/1990, FJ. 6.º, 142/1993, FJ. 9.º, y 212/1996, FJ. 16.º)», siendo así que para el Tribunal Constitucional no concurren ninguna de las anteriores circunstancias en las prescripciones de los preceptos de la Ley impugnada.

8. El artículo 5.5 de la Ley, señala que la donación será anónima, precepto que no es incompatible con el artículo 39.2 CE, que prevé que «La ley posibilitará la investigación de la paternidad». No son incompatibles, en primer lugar, porque la Constitución no reconoce un derecho incondicionado de los ciudadanos a averiguar, en todo caso y sin causa justificativa, la identidad de su progenitor. Y en segundo lugar, porque la Ley no impide, sin razón ni justificación alguna, esa investigación, sino que la permite en circunstancias extraordinarias por el peligro para la vida del hijo, o cuando proceda conforme a las leyes procesales penales.

Fijado el criterio general de la no revelación de la identidad de los donantes de gametos, como regla, se comprenderá que la acción de reclamación o

de investigación de la paternidad, no esté orientada en modo alguno a la constitución de un vínculo jurídico de derechos y obligaciones recíprocos conformadores de la relación paterno-filial. Se trata de «una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación», por lo que el Tribunal Constitucional descarta «que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos, con alcance bastante como para afirmar que se produce una desprotección de éstos» (FJ. 15, pár. 4.º).

9. En cuanto a las alegaciones de los recurrentes, en relación con el no establecimiento de la sanción correspondiente a las infracciones que tipifica la Ley, violando así las exigencias derivadas del principio de legalidad propio del derecho sancionador, el Tribunal Constitucional mantiene que esta afirmación no es del todo exacta. No es cierto que falte sanción alguna, ya que está prevista para las infracciones que tipifica el artículo 20.2 de la Ley. No obstante, el Tribunal Constitucional va a estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 35/1988, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del inciso inicial de su artículo 20.1. En dicho precepto se declara ser de imposición el régimen de infracciones y sanciones de los arts. 32 a 37 de la Ley General de Sanidad, pero «con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley», inciso este último declarado inconstitucional.

No obstante, salvo la declaración de que el inciso final del artículo 12.2 sólo es constitucional, interpretado en el sentido de que las intervenciones amparadas legalmente son las comprendidas en el artículo 417 bis del Código Penal (Texto Refundido, aprobado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre), y la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del inciso inicial del artículo 20.1. de la Ley 35/1988, el Tribunal Constitucional desestima el recurso en todo lo demás. En efecto, para el Tribunal Constitucional no puede calificarse de inconstitucional la Ley por tipificar determinadas conductas como meras infracciones administrativas, sin prever sanciones penales, puesto que es el legislador el sujeto competente para fijar la protección penal de los bienes y derechos de los ciudadanos, guiándose por el principio de mínima intervención. En este sentido, «No existiendo una absoluta reserva de Ley Orgánica en materia sancionadora (por todas, vid. STC 119/1992), ni una obligación constitucionalmente impuesta al legislador de establecer la correspondiente sanción penal para todas y cada una de las interdicciones previstas en la Ley, es claro que la pretensión formulada por los actores carece de toda consistencia» (FJ. 16, pár. 3.º).

10. Por último, se analiza la habilitación que el legislador realiza en favor de la potestad reglamentaria del Gobierno para que dicte, en el plazo de seis meses, un Real Decreto cuyo contenido va referido en la Disposición Final primera, apartados a) y e) de la ley, como por ejemplo, los requisitos técnicos y funcionales para la autorización de bancos de gametos y preembriones. Al haber transcurrido el plazo previsto, el Tribunal Constitucional siguiendo su propia doctrina (STC 212/1996), determina la desaparición del contenido

normativo de dicho precepto y, por ende, la desaparición sobrevenida del objeto del recurso de inconstitucionalidad sobre este concreto aspecto.

### 3. Comentario a la Sentencia

Para el Tribunal Constitucional, el razonamiento más relevante que sustenta el recurso de inconstitucionalidad, es el que hace referencia a la necesidad de que la Ley impugnada tuviera carácter de orgánica, pues según los recurrentes, a través de ella se estaría desarrollando, en términos del artículo 81.1 de la Constitución, el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), así como la dignidad de la persona (art. 10)» (FJ. 4).

En el fundamento jurídico número 4 de la sentencia, el Tribunal Constitucional, al tratar el problema de la determinación del tipo de norma jurídica aplicable, está resolviendo a la vez la impugnación dirigida a la totalidad de la Ley recurrida. Por eso, coincidimos con el Tribunal Constitucional, en apreciar la importancia de este problema de vertiente normativa planteado en la sentencia, y nos parece más que suficientemente relevante, como para dedicarle a dicha cuestión, por otro lado transcendental para la correcta inserción de la Ley 42/1988 en el Ordenamiento jurídico, un estudio detallado y profundo que efectuaremos en el último bloque temático de este trabajo.

Remitida la cuestión principal, que a juicio del Tribunal Constitucional, es el más relevante de los razonamientos del recurso de inconstitucionalidad resuelto en la STC 116/1999, a la última parte de este estudio, pasaremos ahora brevemente revista a algunas otras consideraciones que nos suscita la referida sentencia.

En primer lugar, reivindicar plenamente la validez del análisis constitucional para apreciar los límites del derecho a la vida humana. En efecto, a pesar de la posición de negación del Tribunal Constitucional en la STC 116/1999, de la posible extensión de la protección del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución a los supuestos regulados en la Ley 35/1988, no debemos olvidar que en el marco de una sociedad democrática y plural, el individuo es el fundamento y el fin de toda la organización política y social. Por eso, en un tema como las técnicas y los procedimientos para lograr o facilitar el acceso a la vida humana, tan imbricado en la dignidad y libertad del hombre, se hace necesario un tratamiento constitucional de la cuestión, pues es en la Constitución donde encontramos esos valores teleológicos y axiológicos de los que se quiere dotar la sociedad y la propia organización política.

En efecto, la escasa recepción de los llamados derechos naturales en nuestro constitucionalismo histórico, con alguna excepción a esta regla<sup>41</sup>, ha cir-

---

<sup>41</sup> El Proyecto de la Constitución Federal de la I República española, de julio de 1873, recogía en su Título Preliminar: «Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales: 1º El derecho a la vida, a la seguridad, y a la dignidad de la vida». Vid. De Esteban, J. *Las Constituciones de España*. Madrid, 1987. pág. 157.

cunscrito tradicionalmente este tipo de debate a otras disciplinas jurídicas. Tratar el tema desde esa óptica de limitación, sin ponerlo en relación sobre todo con el Preámbulo, y Títulos preliminar y primero de la Constitución, lo consideramos claramente insuficiente, pues aunque la Constitución no tenga todas las claves de la correcta interpretación en cada caso, es un colosal instrumento como *marco de respuestas*.

De esta forma, como expone Romeo Casabona, no se trata de «pretender obtener respuestas explícitas de la Constitución en todos los casos, sino que en ocasiones habrá que conformarse tan sólo con interpretaciones o concepciones compatibles con ella. Esta amplitud que acoge la CE es la necesaria consecuencia del pluralismo político (art. 1.1) e ideológico (art. 16) que proclama, y que fueron precisamente los que dieron lugar a su configuración»<sup>42</sup>.

Partiendo de esa dignidad de la persona, que proclama el artículo 10 CE, como principio en el que se debe fundamentar el orden político y de la paz social, no mantenemos que el debate se deba circunscribir a si el preembrión debe ser considerado o no con la dignidad, de lo que luego con el paso del tiempo será persona humana, sino que parece mucho más positivo enfocar el asunto, como lo hace Díez Ripollés, matizando según la fase de desarrollo en la que se encuentre la vida humana. Así para este autor «la vida humana es un proceso continuo e ininterrumpido desde la fecundación hasta la muerte. Esta concepción, que también hace suya el Tribunal Constitucional, no impide que la vida humana sea objeto de un aprecio social más o menos intenso según las fases de su desarrollo en las que se encuentre, cuando menos hasta que se produce la cesura del nacimiento»<sup>43</sup>.

Estamos de acuerdo con la argumentación de Díez Ripollés, en lo relativo al hecho de que la estima de la vida humana aumenta progresivamente según se avanza en el proceso de gestación, si bien esto no debe llevar a la total desvalorización de la vida humana en esos primeros estadios. El Tribunal Constitucional se hace eco de las diferencias en la consideración del proceso biológico, cuando en su fundamento jurídico número 12, afirma que «los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno».

No obstante, como mantiene Díez Ripollés, «debe recordarse otra vez la profunda relativización de la vida humana en las primeras fases de desarrollo que se está produciendo con motivo de la fecundación artificial y las consiguientes propuestas de autorizar la investigación y experimentación con embriones no implantables, así como con las de destrucción de los embriones sobrantes tras un cierto período de tiempo. Intentar eludir este dato, negando el carácter de vida humana a los embriones *in vitro*, supondría cerrar de nuevo

<sup>42</sup> Romeo Casabona, C. M. *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid, 1994. pág. 12.

<sup>43</sup> Díez Ripollés, J. L. «Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto», en la obra colectiva: *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo IX. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1989. pág. 54.

los ojos a la realidad de las opiniones sociales que rechazan asimismo la consideración de los embriones *in vitro* como puros y simples objetos de experimentación»<sup>44</sup>.

Por último, sería precisa una breve alusión a la técnica sancionadora de la Ley 35/1988, pues a juicio de los recurrentes, se tipifican como infracciones meramente administrativas lo que son conductas, que por atentar contra el bien jurídico vida humana, protegido para los recurrentes por el artículo 15 CE, y al afectar a la dignidad del ser humano, deben ser contemplados como delitos, es decir, al estar catalogadas en el Código Penal deberían tener la máxima categoría del Derecho sancionador.

El Tribunal Constitucional reconoce que varias conductas que se hallaban tipificadas como meras infracciones administrativas en la Ley 35/1988, artículo 20.2 B), letras a), k), l) y v), han pasado a la categoría de delitos castigados en los artículos 160 y 161 del vigente Código Penal, que asimismo ha dado nueva redacción a uno de los supuestos de infracción muy grave previsto en la Ley 35/1988, en su artículo 20.2 B), letra r).

No obstante, y a pesar de lo anterior la postura del Tribunal Constitucional, fuera de ciertos supuestos extremos, es la de reconocer la competencia del legislador para que determine qué tipo de protección penal debe dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, teniendo presente que en esa tarea se debe guiar por el principio de mínima intervención como garantía, en cierto modo, de que la sanción penal queda reservada como garantía última de los derechos.

Haciendo un poco de historia, encontramos que en la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista<sup>45</sup>, no se tipificaba la lista de prohibiciones ni con carácter penal ni administrativo, por lo que al carecer de ningún tipo de sanción administrativa ni penal, las prohibiciones adquirirían un carácter «moralizante», más simbólico que jurídico.

La decisión del legislador en España, sobre la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y posteriormente sin solución de continuidad en la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, ha sido una protección de tipo administrativo y no penal. Nos alejamos así de la Ley penal alemana de Protección del Embrión, cuyo riguroso y perfeccionista sistema de penas correspondientes a cada uno de los abundantes tipos delictivos pueden comportar penas privativas de libertad que pueden oscilar entre el año, tres años o hasta cinco, según el delito cometido, alternando la privación de libertad con penas de multa en cuantía de hasta cinco mil marcos alemanes<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Ibidem. pág. 64.

<sup>45</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, III Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, 9 de mayo de 1987, número 74-1.

<sup>46</sup> Higuera Guimerá, J. F. *El Derecho penal y la genética*. Madrid, 1995. pág. 96.

En España recordemos que la decisión corresponde en exclusiva al legislador, que no ha querido recurrir a la sanción penal, bien por entender que dichos bienes jurídicos ya se encontraban suficientemente garantizados por las sanciones de carácter administrativo previstas en las referidas leyes, o bien por motivos políticos o pragmáticos.

No obstante, en este caso consideramos que algunas de las conductas prohibidas en la Ley impugnada, deberían, como posteriormente han sido tipificadas así en el vigente Código penal, tener una sanción penal. Por citar un ejemplo, la vida y la integridad personal pueden quedar gravemente afectadas como consecuencia de una interesada terapia génica, que no solamente puede afectar negativamente al paciente, sino a toda su descendencia. De esta forma, el profesor Jean Dausset, premio Nobel de Medicina en 1980, ya alertó contra las conductas científicas tendentes a cualquier manipulación genética, ya que dichas modificaciones no sólo inciden en el individuo, sino en la humanidad. Lo dicho no sólo sería referido a la terapia génica, sino a otras conductas que pueden constituir un atentado muy grave contra las normas ético-sociales dominantes en la sociedad<sup>47</sup>.

#### IV. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL TIPO DE FUENTE NORMATIVA QUE HA DE REGULAR LAS LEYES 35/1988 Y 42/1988

##### 1. El problema en torno a la delimitación de la Ley Orgánica

El problema que plantea de entrada los límites de la ley orgánica, es el determinar con claridad los propios sillares en los que se asienta esta controvertida categoría normativa, pues como señalan muy acertadamente los profesores Jorge de Esteban y Pedro González-Trevijano, esta figura normativa está «cuajada de confusión en su delimitación»<sup>48</sup>. De esta forma, siguen los mencionados autores, podemos encontrar pruebas de esa insuficiencia en la definición, desde las críticas que se le formulan al órgano legislativo al aprobar leyes de naturaleza difícilmente definibles como orgánicas —como por ejemplo la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979<sup>49</sup>—, o complicando todavía más los perfiles de esa correcta delimitación, las atribuciones que el artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>50</sup> confiere a este Tribunal, para declarar la inconstitucionalidad de ciertas normas que hayan infringido el artículo 81 de la Constitución, lo cual no hace

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> De Esteban, J; González-Trevijano, P. *Curso de Derecho Constitucional...* Op. cit. Vol. I. pág. 220.

<sup>49</sup> El problema de las llamadas «materias conexas» será tratado más adelante en el epígrafe 4.3, por ahora resulta suficiente con reflexionar, si aspectos secundarios como la existencia en las prisiones de un médico odontólogo, justifican que el artículo 36 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, revista también el carácter de orgánico

<sup>50</sup> En relación al artículo 28.2 LOTC, ver el epígrafe 4.3 de este mismo estudio.

más que aumentar los problemas a la hora de fijar los límites de la ley orgánica con precisión<sup>51</sup>.

En cuanto al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, esa dificultad en la definición nos plantea el problema de ateniéndonos a la redacción del artículo 81.1 de la Constitución, poder precisar claramente cuáles son los derechos y libertades que deben estar sujetos a reserva de ley orgánica. Ya en los trabajos parlamentarios de elaboración de nuestra Constitución, se recoge esta preocupación en cuanto a la limitación material de las leyes orgánicas, pues se pasó de la redacción del anteproyecto de Constitución (BOCG 5-I-1978), en el que se fijaban como leyes orgánicas «las relativas al desarrollo de los Títulos I y II de la Constitución», es decir, aquella materia que comprendería los actuales Título Preliminar y I del texto definitivo, a mantener después de la modificación en el informe de la Ponencia (BOCG 17-IV-1978), que el ámbito de dichas leyes se debe circunscribir al «desarrollo de las libertades públicas»<sup>52</sup>.

Limitando todavía más el alcance de esa precisión, debemos considerar, según la interpretación que resulta más acorde con nuestra jurisprudencia constitucional, que no son susceptibles de reserva de ley orgánica todos los derechos reconocidos en el Título I, sino solamente los establecidos en la Sección Primera del Capítulo II, es decir, aquellos comprendidos en los artículos 15 a 29 (STC 70/1983, de 5 de septiembre).

Además, no lo será toda la materia establecida en la Sección Primera del Capítulo II, sino que habrá que poner en relación el artículo 81.1 CE con la exigencia del artículo 53.1 CE, según el cual la regulación del ejercicio de tales derechos y libertades se realizará sólo por ley. Lo que a nosotros nos resulta más interesante ahora, es que sigue el mencionado artículo con la exigencia de que dicha ley, en cualquier caso, deberá respetar su «contenido esencial»<sup>53</sup>. Por eso para el profesor Enrique Álvarez Conde, esta situación

<sup>51</sup> Para complicar todavía más el problema de la delimitación material de la ley orgánica, nos encontramos con el inconveniente de la previsión en la Constitución de tres tipos de leyes orgánicas, que resultan atípicas y rompen, en cierto sentido, la unidad categorial que estamos buscando. Se trata de la ley orgánica que resolverá las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona (art. 57.5 CE). La ley orgánica para autorizar la celebración de tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93 CE). Y las leyes orgánicas de transferencia o de delegación de facultades del Estado a las Comunidades Autónomas (art. 150.2 CE). Para Chofre Sirvent estas leyes orgánicas «formales» no son tales, dado que en cierta manera pueden ser «materializables» atendiendo al «supuesto material» y no al «contenido sustancial». Vid. Chofre Sirvent, J. F. *Significado y función de las leyes orgánicas*. Madrid, 1994. pág. 192.

<sup>52</sup> El argumento utilizado resulta muy revelador de cuanto decimos, pues ya en dichos trabajos parlamentarios se recurrió al siguiente argumento: «La exigencia de la ley orgánica para regular todo lo previsto en los Títulos I y II imposibilitaría, prácticamente, la legislación mediante ley ordinaria. Debe limitarse a las libertades públicas la exigencia de aprobación por ley orgánica». Vid. Santamaría Pastor, J. A. «Las leyes orgánicas. Notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 4. Otoño 1979. pág. 47.

<sup>53</sup> Según la STC 11/1981, de 8 de abril, «Se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para

«plantea el problema de si el desarrollo del artículo 81 coincide o no con la regulación del ejercicio de que habla el artículo 53.1, cuestión que hay que resolver en función de cada derecho o libertad, aunque *a priori*, tengan que coincidir necesariamente. Uno y otro, el desarrollo y la regulación del ejercicio, suponen una afectación del derecho o libertad»<sup>54</sup>.

## 2. La solución adoptada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias STC 212/1996 y STC 116/1999

Teniendo presentes las anteriores limitaciones a la reserva de ley orgánica, la postura que adoptó el Tribunal Constitucional en la sentencia 212/1996, de 19 de diciembre, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por los 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; fue precisamente la de considerar el posible «contenido esencial» del derecho fundamental invocado. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional resolvió, en su fundamento jurídico tercero, que la Ley 42/1988 no vulneraba la garantía del contenido esencial del derecho fundamental de todos a la vida (art. 15 CE), por lo que para el Tribunal «no cabe por tanto, en rigor, hablar de un contenido esencial de un bien jurídico constitucionalmente protegido en el sentido del artículo 53.2 CE».

De esta forma, la STC 212/1996, sigue la línea marcada por la conocida STC 53/1985, de 11 de abril, sobre el aborto, cuando el Tribunal Constitucional afirmaba en el fundamento jurídico séptimo que, de «los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, (...) la vida del *nasciturus* (...) es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental».

Esta doctrina constitucional mantenida en la STC 53/1985, es la que inspira el posicionamiento también de la STC 212/1996, cuando el Tribunal entiende que «en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino (...) ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art 15 CE».

Esta es también la argumentación jurídica sostenida por el Tribunal, para excluir la utilización del recurso a la ley orgánica en esta materia, ya que, como se señala en su fundamento jurídico tercero, «los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de conti-

---

que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.»

<sup>54</sup> Álvarez Conde, E. *Curso de Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid, 1992, págs. 196-197.



nua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea (...) en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos».

En la STC 212/1996, el Magistrado don José Gabaldón discrepa del criterio expresado en la sentencia, formulando un voto particular a la misma en la que entiende, en relación a este asunto, que «la mera consideración de que al *nasciturus* no le sea atribuible por falta de personalidad jurídica formal el derecho fundamental del artículo 15 CE, no es bastante para concluir que a las leyes cuyas prescripciones afectan directamente a la vida humana en desarrollo no les sea exigible que su procedimiento de emanación sea el de Ley orgánica, aplicándoles para ello la interpretación estricta que para casos menos llamativos hemos otorgado al artículo 81.1 CE».

No obstante, la postura expresada en la sentencia no otorga otro tipo de tratamiento distinto para «los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos», siendo la postura adoptada la que entiende que «debe descartarse (...) que la Ley 42/1988 haya acometido un desarrollo normativo del derecho fundamental de todos a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución en el sentido del artículo 81.1 CE» (FJ. 11).

Al descartarse por el Tribunal Constitucional que se trate del desarrollo normativo de un derecho fundamental, la única vía que queda para invocar la protección reforzada del artículo 81.1 CE, es que se extienda dicha protección en virtud de las materias conexas a esa reserva. Esta fue la argumentación que se mantenía por los Magistrados, don Manuel Jiménez de Parga, con la adhesión del Magistrado don Fernando Garrido Falla, en un voto particular a la STC 116/1999.

Los firmantes del voto particular discrepan de la sentencia, precisamente en lo relativo a la clase o tipo de ley que ha de regular lo que directa y esencialmente afecte a la dignidad de la persona, encontrando base en sus afirmaciones en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando en la STC 53/1985 se expresa: «nuestra Constitución ha elevado (...) a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art 10) y los derechos a la integridad física y moral (art 15) (...)».

En el voto particular se mantiene, por tanto, la postura de apreciar la inconstitucionalidad de la Ley recurrida ya que «la dignidad de la persona, germen de los derechos inviolables inherentes a ella, ha de estar protegida, en cuanto valor constitucional fundamental, por las máximas garantías propias de las leyes orgánicas». Esta posición sería consecuente para dichos Magistrados, con el sistema de reserva del artículo 81.1 CE, que si bien no fue acogido en nuestra Constitución con un carácter abierto, o no bloqueado, que permitiera al legislador calificar las materias que habrían de ser objeto de regulación por este tipo de figura normativa, tampoco estableció en su opinión, un sistema de reserva cerrada, por lo que en el voto particular se defiende que «el artículo 81.1 CE reconoce implícitamente al legislador la facultad de precisar

las materias conexas a la reserva»; y continúa el voto particular: «este modo de entender las reservas de la Ley Orgánica nos presta apoyo a la tesis expuesta: que cuanto sea inherente a un derecho fundamental, con protección reforzada, ha de ser regulado por ley orgánica».

Sin embargo la STC 116/1999 no se va a apartar de la doctrina ya expresada en la STC 212/1996, de 19 de diciembre, que será expresamente invocada en la STC 116/1999, cuando en su fundamento jurídico cuarto, esta última declara: «el artículo 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, FJ. 3.º), es claro que la Ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano (...), no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE. Por consiguiente, la Ley 35/1988, no vulnera la reserva de ley orgánica exigida en el artículo 81.1 CE».

### **3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la delimitación de la reserva de Ley Orgánica**

Para terminar de comprender adecuadamente las distintas posturas que se han argumentado en las sentencias STC 212/1996 y STC 116/1999, y en especial en esta última en relación al voto particular en el que se mantiene —como ya hemos visto— el reconocimiento implícito del legislador para que en virtud del artículo 81.1 CE, éste pueda precisar las materias conexas a la reserva. Y, por otro lado, la decisión del Pleno que descarta en ambos casos que se desarrolle el derecho fundamental a la vida del artículo 15 CE; se hará imprescindible acudir a las propias decisiones del Tribunal Constitucional, que puedan arrojar luz sobre este asunto tan complejo.

En primer lugar, aclarar que la llamada categoría de las «materias conexas», encuentra un punto de apoyo en la propia redacción de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 28.2, cuando el Tribunal afirma su competencia «en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido». Ese «cualquiera que sea su contenido», pone de relieve para un sector minoritario de la doctrina<sup>55</sup>, la posibilidad de regulación mediante ley orgánica para aquellas materias, que sin encontrarse dentro del efectivo ámbito material que se reserva a la ley orgánica, sin embargo, tengan una relación más o menos directa con los contenidos de dicha figura normativa. De esta forma, también se podría extraer del artículo 28.2 LOTC, razones de menor importancia que

<sup>55</sup> Entre otros Quadra-Salcedo y Ortega Díaz-Ambrona. Cit. Chofre Sirvent, J. F. *Significado y función...* Op. cit., pág. 195

apuntasen a la inclusión de las «materias conexas» dentro de la categoría normativa de ley orgánica, por razones de conexión temática, de regulación armónica de todo un sector de la legalidad o incluso de buena política legislativa.

Lo importante es que si se admiten las anteriores razones, podrían adquirir el carácter de «orgánica», la regulación de algunas materias que sin entrar dentro de aquellas que están constitucionalmente reservadas a la categoría de ley orgánica, sustituyen en opinión de Chofre Sirvent, el desarrollo mismo de un derecho fundamental, por lo que es una mera «expansión» del derecho, por lo que en su opinión, esa «concepción formal de la ley orgánica (...) choca con los principios constitucionales sobre la materia»<sup>56</sup>.

El Tribunal Constitucional en la STC 5/1981, de 13 de febrero, admite y configura el «principio de las materias conexas», con unas características técnicas que alguna parte de la doctrina ha declarado como insuficientes<sup>57</sup>. Desde aquella sentencia, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando, en sus sucesivas sentencias, una categoría tan excepcional como es la ley orgánica, utilizando un cada vez más un depurado instrumental jurídico («desarrollo del núcleo orgánico», desarrollo como «complemento necesario», determinación por el legislador de los preceptos que revisten el carácter de complementarios, etc.)<sup>58</sup>.

Nosotros realizaremos una selección de la doctrina más relevante del Tribunal Constitucional, que nos ayude a comprender la construcción doctrinal que sobre la reserva de ley orgánica ha ido elaborando dicho Tribunal, para con dichos elementos de comprensión poder abordar la postura adoptada en las sentencias STC 212, de 19 de diciembre y STC 116/1999, de 17 de junio, que han sido las que han ido incardinando todo el presente estudio.

La primera de las sentencias que va a desempeñar un importante papel en ese recorrido doctrinal, es la STC 5/1981, de 13 de febrero. En efecto, en medio del debate entre opiniones doctrinales contrapuestas, esta sentencia adoptaba en su fundamento jurídico número 21, una posición restrictiva sobre las materias que pueden ser susceptibles de reserva de ley orgánica, por razones que van desde los efectos sobre congelación del rango en la legislación, a la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación. Esto, provocaría en dicha regulación, que «llevada a su extremo, la concepción formal de 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, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas».

<sup>56</sup> *Ibidem*, págs. 195-196.

<sup>57</sup> *Vid.* García de Enterría, E; Fernández Rodríguez, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, 1991. pág. 158.

<sup>58</sup> Chofre Sirvent, J. F. *Significado y función...* *Op. cit.*, pág. 198.

No obstante, la STC 5/1981 admitía que se regulasen las materias conexas con criterio de ley orgánica, al señalar en su fundamento jurídico núm. 21, que cuando «en una misma Ley orgánica concurren materias estrictas y materias conexas, hay que afirmar que en principio éstas también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango señalado en el artículo 81.2 de la Constitución y que así debe ser en defensa de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)».

La dificultad de determinar con precisión las «materias conexas», hacen que el Tribunal se adelante a los posibles efectos no deseados que sobre la legislación puede originar esta ambigüedad, declarando en el mismo fundamento jurídico, que dicho régimen «puede ser excluido por la propia ley orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen sólo materias conexas y pueden ser alterados por una ley ordinaria (...). Si tal declaración no se incluyera en la ley orgánica, o si su contenido no fuese ajustado a Derecho a juicio del Tribunal Constitucional, será la sentencia correspondiente (...) la que (...) deba indicar qué preceptos de los contenidos en una ley orgánica pueden ser modificados por leyes ordinarias (...)»<sup>59</sup>.

La preocupación, tanto por la depuración del ordenamiento, como por la seguridad jurídica, que puede quedar gravemente afectada según la STC 5/1981 (F.J. núm. 21) por la inexistencia o por la imperfección de las normas de articulación, irá propiciando diversas resoluciones posteriores del Tribunal Constitucional, como la STC 36/1982, de 16 de junio, que recoge la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, que declara la «imposibilidad de exigir la reserva de ley orgánica de manera retroactiva para anular disposiciones que se produjeron respetando el sistema de creación jurídica vigente al promulgarse», en relación a normas preconstitucionales (F.J. núm. 4).

En otras sentencias se rechaza que la ley impugnada pueda, por diversos motivos, calificarse como de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, como en la STC 86/1982, de 23 de diciembre, en relación al artículo 20 CE. En el mismo sentido la STC 98/1985, de 29 de julio, en relación al artículo 37.1 CE. Por citar un ejemplo lógico, que nos ilustre sobre esta posición del Tribunal, en la STC 99/1987, de 11 de junio, se mantiene que no toda la materia «relacionada con la Universidad (...) exija la reserva de ley orgánica, si no afecta al desarrollo del derecho fundamental» (F.J. núm. 5).

La STC 160/1987, de 27 de octubre, se va a hacer eco en su fundamento jurídico número 2, de las distintas posiciones que en torno a la reserva de ley orgánica se pueden mantener, cuando podemos leer en dicho fundamento jurídico: «no es, a este respecto, uniforme la doctrina que se ha ocupado de este problema. Por un lado, se sostiene que la inclusión de un derecho en el Texto constitucional, en determinado paraje del mismo, no puede considerarse como razón decisiva para calificarle o no de derecho fundamental, por-

---

<sup>59</sup> Esta labor de afirmación de la plena validez de la reserva de ley orgánica, la podemos ver, entre otras en las siguientes sentencias: STC 38/1983, de 16 de mayo, en relación al artículo 23.1 CE. Y STC 60/1986, de 20 de mayo, en relación al artículo 122.1 CE.

que tampoco es fácil escrutar la intención del constituyente, ni siquiera infiriéndola de los antecedentes de la discusión parlamentaria, ya que ello no constituye un criterio objetivo, impersonal, siempre más fiable y seguro. Tampoco goza de esta cualidad la determinación de lo que sea un derecho fundamental por la circunstancia, meramente procesal, de estar protegido por el recurso de amparo, puesto que el Derecho comparado nos muestra la inexistencia de ese recurso como posible garantía de esos derechos, no obstante su reconocimiento. Asimismo se añade por otro sector la posibilidad de estimar como fundamentales ciertos derechos comprendidos en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo Segundo, Título I, de nuestra Constitución, por ejemplo los previstos en los arts. 32, 33, 35 y 37, derechos también sustraídos a la libre disponibilidad del legislador (art 53.1 CE)».

Sin embargo, después de pasar revista a las anteriores posibles posiciones, el Tribunal Constitucional se orienta en esta sentencia (STC 160/1987), por seguir las precedentes en cuanto a la consideración de los derechos fundamentales y libertades públicas, como aquellos comprendidos en la Sección 1.<sup>a</sup>, Capítulo Segundo, Título I (STC 76/1983, de 5 de agosto), y la exigencia de forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto a tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo), por lo que las reservas del artículo 81.1 CE sólo resultan de carácter material y no formal, de manera que la normación de las materias ajenas a las mismas no goza definitivamente de la fuerza pasiva inherente a dicha clase de leyes aunque se incluya en ellas (STC 5/1981, de 13 de febrero y STC 224/1993, de 1 de julio), y tampoco gozarán de forma orgánica cuando meramente afecten a dichos derechos, pues de lo contrario se convertiría a las Cortes en un «constituyente permanente» (STC 6/1982, de 22 de febrero).

En este sentido, va a ser la ya citada STC 76/1983, de 5 de agosto, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la LOAPA, la que va a suponer un mayor esfuerzo de delimitación del ámbito orgánico en la doctrina del Tribunal Constitucional, al entender que el legislador se había extralimitado del ámbito reservado a la ley orgánica, sin que el principio de «materias conexas» pudiera amparar dicha extralimitación. En su fundamento jurídico número 51, el Tribunal declara que «el que una ley orgánica pueda contener preceptos no orgánicos no significa (...) que sea suficiente la existencia de algún precepto de contenido orgánico para que pueda atribuirse a toda la ley dicho carácter. Es preciso, en primer término, que el núcleo de la ley afecte a materias reservadas a la ley orgánica, de acuerdo con lo establecido en el art 81.1 de la Constitución, y la conexión no puede consistir en yuxtaponer preceptos referidos a materias distintas de las reservadas a tal tipo de ley».

Además en la STC 76/1983, en su fundamento jurídico número 2, se adopta una interpretación restrictiva en relación al entendimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas como aquellos comprendidos en la Sección 1.<sup>a</sup>, Capítulo Segundo, del Título I de la Constitución, por lo que se exigirá, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo

directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo). La STC 161/1987, de 27 de octubre, siguiendo la doctrina ya vista de la STC 160/1987, de 27 de octubre, afirma en un caso de aplicación del artículo 81 al desarrollo de un derecho comprendido en el Título I, pero no en su Sección 1.<sup>a</sup>, que «el derecho a la objeción de conciencia no está sujeto a la reserva de ley orgánica por no estar incluido en los artículos 15 a 29 de la Constitución (Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo Segundo, Título I) (FJ. núm. 2).

En la STC 111/1983, de 2 de diciembre, a propósito del «caso Rumasa», se excluye por el Tribunal la posibilidad de coextensión de los artículos 81.1 CE y 86.1 CE a propósito del artículo 31 CE invocado [FJ. núm. 8]. Esta doctrina del Tribunal Constitucional, en relación al artículo 81.1 CE, será también recogida en la sentencia de 4 de febrero de 1983, en relación al artículo 31 CE.

Por otro lado son bastantes los pronunciamientos, en relación a la legislación en materia penal o punitiva, en los que se defiende, como resulta sabido, la «reserva absoluta» de ley. Para el Tribunal Constitucional, «que esta reserva de Ley en materia penal implique reserva de ley orgánica, es algo que no puede decirse sin más de la conexión del artículo 81.1 con el mencionado artículo 25.1. El desarrollo al que se refiere el artículo 81.1 y que requiere ley orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los «derechos fundamentales» (STC 25/1984, de 23 de febrero. FJ. núm. 3). En el mismo sentido se pronuncia la STC 32/1984, de 8 de marzo (FJ. núm. 3)<sup>60</sup>.

Para terminar, diremos que no siempre se ha recogido con claridad los límites precisos de la reserva de ley orgánica, quizá por la dificultad de apreciar en cada caso concreto en relación a una insuficiente definición conceptual, cuales pudieran ser estos límites. Así, desde la STC 5/1981, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando a través de sus sentencias, los criterios o pautas con los que se ha ido llevando a cabo esa tarea delimitadora, algunas veces con un sentido amplio de la reserva, como se recoge en la STC 101/1991, de 13 de mayo, cuando podemos leer en su fundamento jurídico número 2, que «la especial protección que la Constitución dispensa a los derechos fundamentales y libertades públicas, entre la que se incluye la reserva de ley orgánica comprende tanto (...) el conjunto de facultades que integran el llamado contenido esencial o núcleo irreductible del derecho, como todas aquellas otras facultades que la Ley, más allá de ese contenido esencial, conceda a los titulares del derecho o libertad, las cuales, de esa forma quedan

---

<sup>60</sup> Otros pronunciamientos en análogo sentido, sobre legislación en materia penal o punitiva, en relación a la reserva de ley orgánica, son: STC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ. 5). STC 17/1987, de 13 de febrero (FJ. 2). STC 118/1992, de 16 de septiembre (FJ. 2). STC 119/1992, de 18 de septiembre (FJ. 2). Y STC 254/1994, de 21 de septiembre (FJ. 3).

En forma restrictiva con la reserva de ley orgánica se expresa la STC 22/1986, de 14 de febrero, cuando en su fundamento jurídico tercero, declara que «las normas procesales no son normas de desarrollo del derecho a la tutela judicial, de aquellas a que se refiere el artículo 81 de la CE, sino preceptos que regulan los cauces a través de los cuales tal derecho ha de ejercerse».

incorporadas al derecho o libertad con el beneficio de la protección especial que éstos merecen». En otras sentencias los criterios son más restrictivos, como en la STC 127/1994, cuando se afirma que «no todo lo que «afecte» a los derechos fundamentales constitucionalizados (...) es un desarrollo directo de esos derechos fundamentales, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica» (FJ. 3).

Y después de todo este recorrido por las sentencias del Tribunal Constitucional que tratan el tema de la reserva de ley orgánica, volvemos a interrogarnos sobre la pregunta que daba título a este epígrafe: ¿Deberían las Leyes 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones, haber sido aprobadas mediante Ley orgánica?

Parece claro que a tenor de lo que llevamos visto sobre la doctrina del Tribunal Constitucional, la respuesta deba ser negativa, tal y como se dio en la STC 212/1996, según la cual debe descartarse «que la Ley 42/1988 haya acometido un desarrollo normativo del derecho fundamental de todos a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución en el sentido del artículo 81.1 CE» (FJ. 11). Por su parte, la STC 116/1999, afirma que «la Ley impugnada (...) no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE. Por consiguiente, la Ley 35/1988 no vulnera la reserva de ley orgánica exigida en el artículo 81.1 CE» (FJ. 4).

Las razones para adoptar este criterio estricto o restrictivo en cuanto a la reserva de ley orgánica, en un tema tan cercano a la sensibilidad y dignidad del ser humano, tienen que ser —como ya hemos visto— realmente importantes para poder superar la posible tentación a la casuística, que iría claramente en contra del criterio clarificador del ámbito reservado a la ley orgánica, y eso tanto en lo referente al término «desarrollar», como a la materia objeto de reserva, para evitar petrificaciones del ordenamiento y en orden a preservar la regla de las mayorías cualificadas.

Y eso resulta así, porque lo que está constitucionalmente reservado a la ley orgánica es, como dice la STC 132/1989 en su fundamento jurídico número 16, «la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas» (STC 88/1995; 140/1986 y 101/1991).

La STC 127/1994, de 5 de mayo, en su fundamento jurídico número 3, lo expresa de una forma inequívoca, que da idea de toda la relevancia de la tarea de legislar en forma de ley orgánica y lo limitado de su ejercicio, únicamente para las ocasiones en las que se desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental. De esta forma, se dice en la mencionada sentencia que «cuando las Cortes Generales en ley orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad, desarrollando y concretando la norma constitucional reconocedora del derecho —a menudo dotada de considerables dosis de abstracción— en sus espacios

abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales. Constitución y ley orgánica de desarrollo del derecho fundamental se integran, por tanto, estrechamente, —como evidencia el artículo 28.2 de la LOTC— sin perjuicio de la evidente superioridad jerárquica de las normas constitucionales».