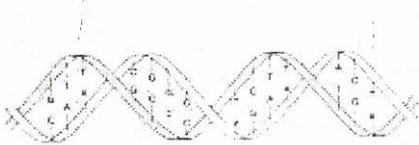


# DERECHO Y VIDA

## I U S E T V I T A

### CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

# Constitucional: la ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida



Como habíamos anunciado en el número pasado, ofrecemos a los lectores de *Derecho y Vida* un resumen de la sentencia proferida por el Tribunal Constitucional Español el 17 de junio de 1999, para resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por integrantes del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/98 sobre técnicas de reproducción humana asistida. En próximas entregas aparecerán los comentarios pertinentes.

El Tribunal dividió en 17 apartados la sección correspondiente a los fundamentos jurídicos de la sentencia.

## ¿Debió tramitarse como ley orgánica?

**1-3-4** La posible infracción del ámbito constitucional reservado a la ley orgánica. Los recurrentes se basaron en tres motivos: a) porque la ley afecta el desarrollo de derechos fundamentales, b) regula materias que deben estar penalmente protegidas, y c) consagra la privación de ciertos derechos paternofiliales con merma de la garantía constitucional de instituto de la familia.

Con relación al punto c) -primero que analiza- la sentencia estimó que sólo está cobijado por la reserva de ley orgánica el desarrollo de los derechos comprendidos en la sección primera del capítulo segundo del libro primero de la Constitución. En el fundamento número 4 se hace referencia en concreto a la dignidad de la persona y al derecho a la vida. Para la primera ofrece la misma razón; en cuanto al segundo, con la cita de sentencias anteriores, declara que todos los nacidos son titulares del derecho fundamental a la vida "...sin que quepa extender esta titularidad a los nasciturus", por lo tanto, dice "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 C.E" \*

En el segundo argumento de los recurrentes el Tribunal apreció no una tacha de inconstitucionalidad basada en la falta de rango orgánico de la ley, sino en la decisión adoptada por el legislador en el sentido de no sancionar penalmente determinadas conductas; por esta razón dejó su análisis para el apartado que se refiere a las infracciones y sanciones administrativas (16)

## La exposición de motivos y el análisis de constitucionalidad

**2** Frente a la pretendida inconstitucionalidad del pasaje de la exposición de motivos que dice: "...el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues, anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión", el Tribunal reiteró su doctrina sobre la carencia de valor normativo de las exposiciones de motivos y su consecuencia lógica: no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad.

También declaró que la tipificación, como delitos, en el nuevo Código penal, de las infracciones contempladas por la ley en los literales a), k), l), v) del apartado 2 B del artículo 20<sup>1</sup>, hicieron perder a tales normas su idoneidad para ser objeto del recurso mencionado.

\* En el voto particular de los Magistrados Manuel Jiménez de Parga y Fernando Garrido Falla se sostiene la tesis contraria.

<sup>1</sup> (a) Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

(k) Crear seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

(l) La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos.

(v) La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana del tipo que fueren.

## Protección de la vida de nasciturus<sup>2</sup>

**5-** En el recurso se había planteado la violación constitucional por vulneración del contenido esencial del derecho a la vida, mediante la introducción de la distinción entre preembriones y embriones, que los coloca en diferente status jurídico.

El Supremo trae de nuevo a colación el fundamento número 1, pero señala que los no nacidos no resultan privados de toda protección constitucional, pues “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 continua 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, como enseguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Ésta es justamente, condición constitucional del nasciturus... cuya protección implica una doble obligación: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa del derecho a 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”.

## Investigación y experimentación sobre gametos y preembriones

**6-** Sobre el ataque a la regulación legal de distintos supuestos de investigación y experimentación sobre gametos y preembriones, el Tribunal parte del principio rector contenido en el artículo 44.2 de la C.E., según el cual los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general, para concluir que *desde la perspectiva constitucional, no es su función establecer criterios o límites a las determinaciones del legislador, “máxime en una materia sometida a continua evolución y perfeccionamiento técnico...mientras no entren en colisión con mandatos o valores constitucionales”*. Es obvio que el Supremo no encontró tal colisión en la ley examinada.

**7-** Como los recurrentes habían expresado que el artículo 14 de la ley desconocía tal protección, porque podía dar lugar a que una simple autorización administrativa legalizara la producción de “hibridaciones” y otros resultados no acordes con la dignidad humana, el Tribunal expresa que: a) *por cuanto atañe a los gametos considerados en sí mismos, no puede predicarse que investigación o experimentación configuren un ataque al derecho a la vida;* b) que el artículo impugnado parte de la regla que prohíbe toda fecundación híbrida que no esté autorizada en la ley de la que hace parte o, de acuerdo con sus preceptos, por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, con base en causas justificadas; c) que el precepto “no puede entenderse desco-

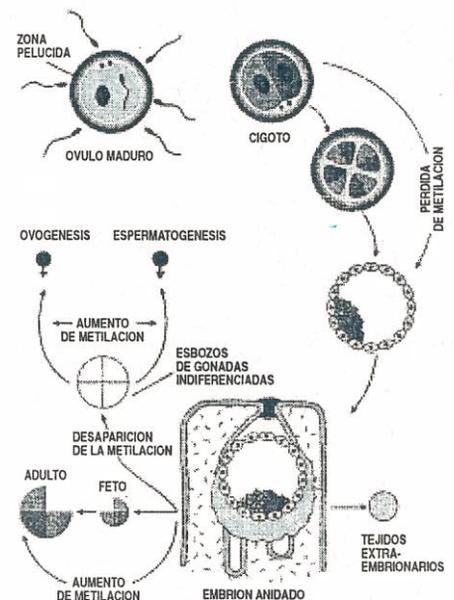
nectado de la taxativa prohibición de fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana en los rigurosos términos del artículo 3 de la ley impugnada, así como tampoco de la previsión contenida en el apartado 3 del mismo artículo 14...”; d) que la misma Ley 35 de 1988 tipifica como infracción administrativa muy grave el intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para la producción de híbridos y, la Ley Orgánica 10/1995 por la cual se aprobó el Código Penal, en su disposición final tercera, 1º y 2º dio nueva redacción al texto del literal r del artículo 20.2B de la ley y tipificó como infracción muy grave la transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, con lo cual proscribió “que los fines justificados de investigación científica produzcan resultados no queridos por el legislador en cuanto atentatorios a la dignidad de la persona”.

Con base en lo anterior el Supremo considera que la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida permite rechazar cualquier vulneración de la protección jurídica que la constitución garantiza al nasciturus en este aspecto.

**8-** Los artículos 15 y 16 de la ley establecen los requisitos para cualquier investigación o experimentación sobre preembriones; el Tribunal Supremo los recuerda y explica en este apartado.

**9-** Los demandantes pidieron la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 15 y 16 porque, en su opinión, cuando autorizan intervenciones sobre los preembriones, para investigación o experimentación, que no obedecen a una finalidad diagnóstico-terapéutica, dan lugar a una indefinición del status jurídico del embrión que resulta contraria a la protección constitucional de la vida.

Para el Tribunal resulta evidente que tratándose de preembriones viables, la ley no permite en caso alguno la experimentación y, que la investigación sobre ellos sólo resulta autorizada si tiene carácter diagnóstico o finalidad terapéutica o de prevención. Descartada, dice –incluso por los recurrentes–, que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna del artículo 15 C.E., el resto de las hipótesis a que se refiere la ley sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir... por lo que no pueden ser considerados siquiera nascituri.



*Improntas paterna y materna*

## *Aborto y decisión de suspender la realización de las técnicas. Posibles vínculos*

■ **10.** También fue objeto del recurso, en forma particular, el artículo 2.4<sup>3</sup> de la ley porque los recurrentes consideraron que la autorización a la mujer receptora de las técnicas para decidir en cualquier momento la suspensión de su realización, implica la muerte del fruto de la concepción realizada in vitro y estaría admitiendo una nueva causal de exclusión de punibilidad para el aborto.

El Supremo entiende que *el texto literal del artículo no da pie para interpretarlo como "una opción permisiva y abierta a un nuevo supuesto de aborto no punible"*.

## *¿Qué hacer con los llamados embriones sobrantes o supernumerarios?*

■ **11.** En el recurso se impugnaron, tanto la norma que dispone no transferir al útero un número de preembriones mayor al que se considera, de acuerdo con criterios científicos el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo<sup>4</sup>, como la que prevé la crioconservación de los sobrantes en los bancos especializados, por un período máximo de cinco años<sup>5</sup>, y la que los deja a disposición de tales entidades una vez vencido el término indicado<sup>6</sup>.

En la sentencia se establece que *no es contrario a la constitución obtener un número suficiente de preembriones para asegurar el embarazo, con arreglo a los criterios médicos disponibles en la actualidad*; que como consecuencia de esto es necesario admitir como hecho científico inevitable la existencia de preembriones sobrantes, y la crioconservación como el "único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias".

Justifica por el objetivo de su preservación, la asimilación que en este punto hace la ley de los preembriones a los gametos, en orden a su puesta a disposición de los bancos de material reproductivo, después del término legal que se concede a las personas de las que provienen, para decidir sobre su destino. En este sentido, dice el Tribunal: *cumple recordar que ni los preembriones no implantados, ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, "persona humana", por lo que el hecho de quedar a disposición de los bancos... difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida o a la dignidad humana...*

Se desechó el planteamiento de los diputados recurrentes que deducía la patrimonialización de los gametos (es decir, óvulos o espermatozoides) y los preembriones, de la posibilidad de donarlos que contempla la ley. El Tribunal interpretó que *la exigencia de gratuidad para todo negocio jurídico que tenga relación con éstos, implica que en ningún caso puedan ser considerados como bienes comercializables.*

■ **12.** Para el Supremo, la ley se ajusta a la Constitución en cuanto se refiere a las intervenciones sobre los preembriones vivos, porque sólo las permite sobre los que están in vitro con la finalidad de valorar su viabilidad, o detectar enfermedades hereditarias, con el propósito de tratarlas si es posible, o desaconsejar su transferencia, sin que corresponda a los profesionales médicos la toma de decisiones diferentes. Recuerda en todo caso, que estos preceptos deben interpretarse en consonancia con aquéllos que regulan el delito de aborto. En el caso del inciso final del artículo 12.2<sup>7</sup>, la sentencia dice: *"...expresamente hemos de afirmar que el mencionado inciso sólo resulta constitucional en la medida en que las intervenciones amparada(s) legalmente ....sólo aluden al referido, y aun vigente, artículo 417 bis del derogado Código Penal"*<sup>8</sup>.

Es claro que, en concepto del Supremo, *sobre los preembriones vivos, la ley permite exclusivamente las intervenciones con fines terapéuticos.*

## *La institución familiar en una sociedad plural*

■ **13.** En cuanto la violación a la llamada –por los recurrentes– garantía institucional a la familia, la sentencia recuerda que este es un instituto constitucionalmente protegido a cuya preservación, "en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar", obliga la propia Carta, pero, deja en claro, que la Constitución no identifica a la familia que manda proteger con la que tiene origen en el matrimonio, y recuerda que junto a ella existen otras, tal como corresponde a una sociedad plural como la española.

De lo anterior se deriva que la autorización de la ley a cualquier mujer para utilizar las técnicas, con independencia de que el donante sea su marido, o del hecho de su propio estado civil, no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar.

Lo mismo se predica de la disociación entre el progenitor biológico y el padre legal, como que *la finalidad primera y justificativa de la propia ley es, precisamente, la de posibilitar la fecundación y, por ende, la creación o el crecimiento de la familia como unidad básica y esencial de convivencia.*

■ **14.** El recurso señaló que la regulación en la misma ley de cuestiones vinculadas con las relaciones paterno filiales, muestra una actuación arbitraria del legislador que obliga a tacharla de

<sup>2</sup> Tradicionalmente se entiende por tal al concebido aún no nacido.

<sup>3</sup> La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.

<sup>4</sup> Artículo 4.

<sup>5</sup> Artículo 11.3

<sup>6</sup> Artículo 11.4

<sup>7</sup> Artículo 12.2 Toda intervención sobre el embrión en el útero o sobre el feto, en el útero o fuera de él, vivos, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo o si está amparada legalmente.

<sup>8</sup> El Código Penal español de 1995 en la disposición derogatoria, mantuvo la vigencia del artículo 417 (bis) del Código Penal anterior, hasta la entrada en vigor de la futura ley reguladora de la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo proyecto no se aprobó en la legislatura correspondiente.

incongruente. El Tribunal decidió que no existe precepto constitucional alguno que obligue al legislador a reunir en un solo texto normativo todo el derecho de familia, y resaltó la lógica de establecer en una ley que regula las técnicas de reproducción asistida, algunas reglas sobre la filiación de los nacidos mediante su empleo.

### *Donantes anónimos e investigación de la paternidad*

■ **15** La Ley 35 de 1988 estableció el anonimato del donante: los recurrentes consideraron que con ello se incumplía el mandato del artículo 39.2 de la Constitución española que ordena al legislador que "posibilite" la investigación de la paternidad.

En la sentencia se define la diferencia entre la acción de investigación de la paternidad y la identificación del donante: en el primer caso, la acción se dirige a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico paterno-filial, en el segundo a una mera determinación identificativa de donante.

El Tribunal decidió que tampoco en este punto prosperaba la tacha de inconstitucionalidad por cuanto *la preservación del anonimato de los donantes no implica una prohibición absoluta a la determinación de su identidad*; "en la misma ley se señalan los casos excepcionales, como es obvio, en que tal cosa es posible".

En la sentencia la protección del anonimato se presenta como límite o cautela indispensable para vencer las grandes dificultades que, de no ser así, se podrían presentar para obtener el material genético necesario para la realización de las técnicas de reproducción asistida orientadas, según el espíritu de la ley, a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana.

### *El imperio del principio de legalidad*

■ **16** Se acusó a la ley de vulneración del principio de legalidad propio del derecho sancionador, por cuanto no establece la sanción correspondiente para las infracciones que tipifica. El Tribunal Supremo estimó que, efectivamente, cuando el artículo 20 dice: "Con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta ley son de aplicación las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los artículos 32 a 37 de la Ley General de Sanidad", introduce una cláusula relativizadora que no es legítima de acuerdo con la Constitución, por cuanto no se compadece con las exigencias del principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 de la misma y, por lo tanto, *declaró la inconstitucionalidad y la nulidad del inciso: "con las adaptaciones requeridas por las peculiaridades de la materia regulada en esta ley"*.

Frente al cargo de inconstitucionalidad basado en la tipificación como infracciones administrativas de conductas que

los recurrentes estimaban configuradoras de delitos, el Supremo decidió que, salvo casos extremos, esta clasificación pertenece a la competencia del legislador. *No existe, dice, una obligación impuesta constitucionalmente al legislador de establecer una sanción penal para todas las "interdicciones" previstas en la ley.*

### *Perentoriedad del plazo que limita la potestad reglamentaria del Gobierno*

■ **17** Los recurrentes acusaron la disposición final primera por autorizar la existencia de bancos de gametos y preembriones y facultar al Gobierno, para que en el plazo de seis meses, regulase los requisitos técnicos y funcionales para la autorización y homologación de centros, servicios y equipos médicos relacionados con las técnicas reglamentadas y los requisitos para autorizar, con carácter excepcional, la experimentación con gametos, embriones y fetos humanos, así como la determinación de las autorizaciones que podrían delegarse a la Comisión Nacional de Reproducción Asistida. Como el plazo se había superado hacía por lo menos diez años, el Tribunal estimó sobrevenida la desaparición del objeto del recurso en este punto concreto.

*Emilssen González de Cancino*

## Noticias del Mundo

- La Comisión Europea acaba de publicar *El libro blanco de la responsabilidad ambiental*. Dentro de las recomendaciones que en él se hacen destacamos la propuesta de obligar a las industrias que causan daños ambientales al pago de éstos, aunque no resulte plenamente probada su culpabilidad, para evitar, entre otras cosas, que la reparación de los daños y el costo de las indemnizaciones que se pagan a quienes los sufren, graven a todos los contribuyentes. En este orden de ideas, se propone a las industrias la adquisición de pólizas de seguro para cubrir el riesgo ambiental, tal como se hizo recientemente en Colombia.
- En Suiza, el 71.9% de los votantes rechazó el referéndum que proponía prohibir toda forma de fertilización extra corporal, así como el uso de gametos de donantes para la realización de cualquier técnica de reproducción médicamente asistida. (*La Repubblica*, Roma, 14-03-2000, p. 22).