

35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, imbuida de un claro espíritu de libertad, plantea cuestiones que merecen especial tratamiento: 1) naturaleza de la ley a la que le corresponde regular las “técnicas de reproducción asistida”; 2) la definición de la familia en la Constitución Española; y 3) toda la problemática relacionada con el derecho a la vida. Lo que ha llevado a plantear su inconstitucionalidad. En consecuencia, para poder entender esta novísima temática se ha realizado su análisis a través de la Interpretación que hace de ella el Tribunal Constitucional Español.

Palabras clave

España y Constitución; Reproducción Humana; Derecho a la vida.

Resumo

Com a reprodução assistida ocorre a mudança da reprodução desde o âmbito privado para o público, justificando desta forma a legitimação da intervenção jurídica. A Lei Espanhola 35/1988, de 22 de novembro, sobre Técnicas de Reprodução Assistida, imbuída de um claro espírito de liberdade, apresenta questões que merecem especial tratamento: 1) a natureza jurídica da lei que lhe corresponde regular as “técnicas de reprodução assistida”, de acordo ao mandato constitucional; 2) o conceito de família na Constituição Espanhola; e 3) toda a problemática relacionada com o direito à vida. O que tem levado a acionar pela aparente inconstitucionalidade desta lei. Portanto, para poder entender esta novíssima temática, realizou-se a análise através da Interpretação que fez o Tribunal Constitucional Espanhol.

Palavras - chave

Espanha e Constituição; Reprodução Humana; Direito a vida.

Abstract

In assisted reproduction, reproduction is taken from the private to the public scope, thereby justifying the legitimization of the legal intervention. Spanish Law 35/1988 of November, 22nd, on Assisted

Reproduction Techniques, which is pervaded by an evident spirit of freedom, presents issues that deserve special treatment: 1) the legal nature of law, which shall govern the “assisted reproduction techniques”, according to the constitutional mandamus; 2) the concept of family within the Spanish Constitution; and 3) all problems related to the right to life. This has led to the institution of actions, claiming that this law is apparently unconstitutional. In order to be able to understand this burgeoning theme, an analysis was, therefore, carried out using the interpretation made by the Spanish Constitutional Court.

Key words

Spain and Constitution; Human Reproduction; Right to life.

1. Introdução

En una materia tan especialmente conflictiva y abierta como es la de la reproducción asistida, en la que existen multitud de aristas y problemas que continuamente van surgiendo, y en la que las tesis que puedan defenderse hoy, mañana pueden ser superadas, la opinión pública se encuentra siempre inmersa en un proceso en el que tras la inicial indignación moral viene la normalización.

El desarrollo de las tecnologías de la reproducción asistida provoca ocultamente numerosos conflictos de poderes. Estos condicionan muy directamente el enfoque que, finalmente, pueda adoptarse acerca de los casos planteados. En las prácticas de la reproducción asistida la pareja, voluntariamente, provoca una quiebra de su privacidad que hasta entonces era patrimonio exclusivo. Cuando la reproducción ya no es natural, sino que intervienen en la misma otros sujetos, como expertos, instituciones, médicos, se da lugar a que, además de las voluntades de los sujetos íntimamente afectados, intervengan otros cuyas voluntades también participan en la adopción de decisiones. De los intervinientes en este complejo proceso destaca principalmente la participación del médico. Estos, a través de sus poderosas organizaciones colegiales, gozan de funciones diferentes, que van desde la elaboración de normas propias sobre la actuación ética, lo que les permite decidir en cada caso el control de quien puede o no acceder a estas técnicas,

hasta diferentes cometidos de control, de consulta, o de decisión atribuidos legalmente.¹

El poder, o utilizando la acertada expresión de Foucault de “micropoderes”, que tienen un carácter disciplinario, y que se encuentran presentes en múltiples ámbitos de la vida, si lo vinculamos, en este caso, a las tecnologías de la reproducción asistida, podemos considerar con Chadwick que las prácticas ligadas a dichas tecnologías es “la última expresión de la vieja tentativa de obtener el control sobre la reproducción, tradicionalmente preservado a la mujer”.²

En este sentido, el saber médico se convierte en un saber con claras repercusiones sobre la organización social, el comportamiento de los individuos, sobre las instituciones, etc. El saber médico ostenta una función de control social que resulta evidente en muchos ámbitos relacionados con la salud, pero en ciertos supuestos como el de las técnicas de reproducción asistida o en el caso del aborto, donde el derecho a la vida está presente, de una u otra forma, ese control social de los médicos ocupa una posición preeminente hasta el extremo de estimar como más importante su decisión que la de la madre o la del compañero. En este sentido destaca la opinión del jurista alemán Eser que, en las audiencias previas a la elaboración del informe y propuesta de resolución al Parlamento Europeo sobre procreación artificial proponía: “en lo que se refiere a la procreación artificial, el médico no debe preocuparse sólo del deseo de la cliente y de su compañero de tener un hijo: en la decisión que tome, que es de su entera responsabilidad, debe atender antes de nada al bienestar del futuro hijo”.³

Ante tal situación de “micropoder” atribuido a los médicos, en el que prima su voluntad sobre la de la madre y la de su compañero, se exige que las decisiones que se adopten se ejerzan de conformidad, lo más estricta posible, con el derecho. Que este deje muy escaso margen al médico para que su poder, carente de legitimidad democrática, se diluya ante la voluntad del Parlamento, expresada a través de la Ley. Naturalmente ha sido el desplazamiento de la reproducción del ámbito de lo privado al ámbito de lo público lo que, en ciertos sectores, ha justificado la legitimación de la intervención jurídica. Tal desplazamiento ha supuesto que determinados aspectos relacionados con la reproducción que antes pertenecían al ámbito estrictamente privado, ahora, al trascender ese ámbito a la propia pareja, el poder intervenga, ejerciendo un

control sobre los mismos. Y aprovechando tal coyuntura, se intentan fortalecer valores tradicionales como la familia u otros relacionados con la reproducción, que, atendiendo a la tradición, deber ser natural y no artificial.

2. Antecedentes de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida

En muchas ocasiones se atribuye un desfase entre el Derecho y los problemas de diversa naturaleza que se originan en la sociedad y que corresponde al Derecho abordar su regulación. El Derecho siempre avanza unos pasos por detrás de la propia vida. Siendo ésta una regla comúnmente aceptada, cuando se trata de regular aspectos relacionados con los avances científicos, el desfase y la inseguridad que se percibe en el legislador sobre cuestiones que él ignora casi totalmente, se hace aún más evidente.

Los modernos avances en el ámbito de la biomedicina y la tecnología han supuesto la apertura de nuevos campos en el tratamiento de enfermedades y problemas, al tiempo que han levantado inquietud e incertidumbre social ante las enormes posibilidades que se vislumbran.

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante LTRA) autoriza la realización de las principales prácticas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial, la fecundación “in vitro” con transferencia de embrión y la transferencia intratubárica de gametos. Asimismo autoriza la investigación y experimentación con gametos y óvulos fecundados. La Ley española regula tanto la inseminación artificial como la fecundación “in vitro” con transferencia de embrión. Todo el debate que suscitaron estas técnicas vino generalmente por la fecundación in vitro, que es donde se plantearon múltiples problemas.

La referida Ley se encuentra imbuida de un claro espíritu de libertad, que resulta desafiante a unas estructuras sociales ancladas en unos valores tradicionales. La LTRA otorga una clara prevalencia a la libertad de hombres y mujeres para acceder a su reproducción, y en caso de no ser ésta posible por razones de esterilidad, para acceder por otras vías a la paternidad o maternidad. Es más, la Ley

permite que una mujer, aun no siendo estéril, pueda ejercer su derecho a la maternidad.

En el recurso promovido por el Grupo Parlamentario Popular contra algunos de los preceptos de la LTRA, se han suscitado diversos problemas que exigen un análisis pormenorizado de los mismos. En este sentido, son destacables tres núcleos fundamentales, en torno a los cuales se han planteado, a su vez, cuestiones que merecen especial tratamiento: 1) naturaleza de la ley a la que le corresponde regular las "técnicas de reproducción asistida"; 2) la definición de la familia en la Constitución Española; y 3) toda la problemática relacionada con el derecho a la vida, que suscitan las técnicas de reproducción asistida, y que constituye el eje central del análisis de este comentario.

3. Naturaleza jurídica de la ley a la que le corresponde la regulación de las "técnicas de reproducción asistida"

La naturaleza que finalmente adoptó la Ley, calificándola como ordinaria y no como orgánica, despertó las iras de algún sector doctrinal⁴, algunos de cuyos argumentos fueron expuestos con extrema visceralidad.⁵

Ciertamente no desconocemos las discusiones que en torno a la categoría Ley orgánica se han planteado en la doctrina, pero en el caso que estamos analizando los argumentos esgrimidos por la oposición política y arropados por ciertos sectores doctrinales, y que luego se plasmaron en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, no fueron del todo acertados, como a continuación explicaremos.

Según la STC 212/1996, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1988, acerca de donación y utilización de embriones y fetos humanos, y en relación con los derechos del nascituri y en concreto con el art.15 CE, y en conexión con la STC 53/1985 (en relación al aborto), los nascituri no son titulares del derecho fundamental a la vida del art.15 CE, sino simplemente "bienes jurídicos protegidos". Si además tenemos en cuenta que la "ley orgánica", como categoría excepcional, debe interpretarse restrictivamente, es obvio el contenido de la LTRA no está incluido en la reserva de ley orgánica.

Los argumentos del Grupo Parlamentario Popular, en defensa de la naturaleza orgánica de la LTRA y tachando como inconstitucional a la misma por ser calificada como ley ordinaria, fueron, fundamentalmente, los siguientes: a) afectar al desarrollo de los derechos fundamentales (art.1, 15, etc. CE); b) invadir por medio de Ley ordinaria el ámbito de la garantía penal reservado al legislador orgánico - en cuanto al art.20 de la Ley.

Examinemos, pues, cada uno de los argumentos utilizados por los recurrentes:

a) el art.81.1 CE, donde se contiene los rasgos fundamentales de la categoría “ley orgánica”, determina que corresponderá a este tipo de norma el “desarrollo” de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. El “desarrollo” no puede ser confundido con la “afectación” de los derechos. La ley orgánica que desarrolle un derecho fundamental nunca debe considerar que está en su ámbito de competencia más que todo aquello y sólo a aquello que permita convertir en aplicativo dicho derecho; en otras palabras, su concreción primera; el establecimiento de “un estatuto general de un derecho fundamental”; sin que concreciones meramente técnicas o “segundas” puedan jamás considerarse que forman parte de dicha reserva.⁶ Excluyéndose, pues, del ámbito de la ley orgánica todas las afectaciones al derecho de que se trate. En la sentencia que comentamos, el TC no entra a considerar las diferencias técnicas entre “desarrollo” y “afectación” como sí que ha hecho en otras ocasiones (STC111/1983, de 2 de diciembre), a pesar de que los recurrentes utilizan la expresión de la “afectación” con el riesgo que la misma pudiera pervertir el significado del concepto de “desarrollo”. Y no ha entrado en ese análisis porque la cuestión previa a determinar era que, efectivamente, la LTRA no desarrollaba ningún derecho fundamental de los exclusivamente reservados a la categoría “ley orgánica” y que se encuentran comprendidos entre los arts.15 al 29 CE. La dignidad de la persona (art.10.1 CE), que es el precepto que invocaban los recurrentes, está excluido de la reserva de ley orgánica. Esta categoría, que tiene un carácter excepcional y estricto, no admite interpretaciones extensivas, y mucho menos referirse a derechos que se encuentran al margen de los reservados expresamente.

Después de la decantación mayoritaria de la doctrina y de la propia jurisprudencia constitucional en torno a la categoría “ley orgánica”,

y a pesar de las dificultades técnicas que en casos concretos pudieran suscitarse, resultan dignos de especial mención destacar los argumentos utilizados por los dos magistrados discrepantes (D. Fernando Garrido Falla y D. Manuel Jiménez de Parga) en el voto particular que ambos suscribieron conjuntamente. Por una parte, afirman, que la dignidad de la persona es un valor jurídico fundamental (art.10.1 CE) y que “se encuentra en la base, en el sentido de cimiento o apoyo principal del orden político y de la paz social que la Constitución formaliza”, y, por otra, “la dignidad de la persona se vertebra con derechos inviolables que, como tales, son inherentes a ella”; estiman, asimismo, que “el carácter material de las reservas, empero, nos lleva también a exigir que lo que sea inherente a un derecho fundamental, especialmente tutelado en la Constitución, quede en el ámbito propio de las Leyes Orgánicas”. Estos magistrados discrepantes consideran que la Constitución no estableció un sistema de reserva cerrado, ya que el art.81.1 CE reconoce implícitamente al legislador la facultad de precisar las materias conexas a la reserva. Consideran estos magistrados, que cuanto sea inherente a un derecho fundamental, con protección reforzada, ha de ser regulado por Ley Orgánica. “No es aceptable que la Ley Orgánica sea necesaria para desarrollar los derechos fundamentales y no para desarrollar lo que, materialmente, es el tronco del gran árbol, que es la dignidad de la persona”; siguiendo con este razonamiento, estos magistrados estiman que no sólo los derechos fundamentales deben ser desarrollados por “ley orgánica”, como establece expresamente el art.81.1 CE, sino que también exigen especial protección los valores constitucionales por medio de Leyes Orgánicas. “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” (procedimiento de elaboración y aprobación).

Esta “vis expansiva” que los magistrados discrepantes atribuyen a la “ley orgánica” conllevaría necesariamente una desnaturalización de esta categoría normativa, así como una petrificación de ciertos contenidos del ordenamiento jurídico. No debe olvidarse que la tesis de las “materias conexas” choca frontalmente con la esencia misma de la categoría “ley orgánica”, ya que toda “conexión”, por sí misma, supone una expansión contraria al concepto de “desarrollo”, que exige sólo un “mínimo indispensable” para dar a la “ley orgánica” la operatividad justa y precisa.

Asimismo, debemos tener en cuenta que las “materias conexas” no han de beneficiarse del principio de las mayorías absolutas, que

es excepcional en un régimen parlamentario como el instaurado por nuestra Constitución de 1978, en su art.1.3.

b) otro de los argumentos utilizados por los recurrentes es el relativo a la invasión por medio de Ley ordinaria del ámbito de la garantía penal reservado al legislador orgánico - en cuanto al art.20 de la LTRA, que se refiere al régimen de infracciones y sanciones. Sin embargo, este argumento se encuentra carente de base que pueda sustentarlo toda vez que no tiene en cuenta (o sí que lo tiene, pero no se corresponde con su planteamiento de fondo) el momento de comienzo de la vida. Al afectar el régimen de infracciones y sanciones a conductas que se producen con anterioridad al proceso gestativo, es decir, que las técnicas reproductoras se realizan en los momentos previos a la de la formación del embrión humano, afirma el TC que “consecuentemente no se desarrolla el derecho fundamental a la vida y no se vulnera la reserva de Ley Orgánica”.

En definitiva, pues, la calificación de la LTRA como ley ordinaria y no como orgánica, según consideraban los recurrentes, se ajusta de manera coherente a la jurisprudencia constitucional que, progresivamente, ha ido interpretando con carácter restrictivo esta categoría normativa, al tratarse de un tipo de ley especial.

4. Garantía Institucional de la familia

La institución de la familia se encuentra en una situación especialmente precaria, debido fundamentalmente al proceso de mutaciones políticas, económicas y sociales, que ha dado lugar a lo que llamamos modernización, y que explica la incesante contestación de su legitimidad en el mundo actual.

La CE hace mención a la familia, de manera directa, en el art.39 y, especialmente, en los apartados 1 y 2, en los siguientes términos:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

De los preceptos transcritos no parece derivarse de manera contundente una definición constitucional de la familia. Se determinan algunos elementos que contribuyen a tal definición, pero en ningún caso es posible sostener que la CE establece un modelo de familia.

Dicho lo cual, no puede ignorarse que en el concepto constitucional de familia, que iremos definiendo paso a paso, debe incluirse, también, además de otras formas de convivencia, la familia que se origina en el matrimonio, que es, además, la que se contiene en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Naciones Unidas en 1948 y otros tratados internacionales suscritos por España.

Pero también ha de considerarse como familia el matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo.

Como se deriva de lo dicho, la CE, consciente de la realidad cultural, establece el matrimonio como una de las formas en las que se origina la familia, pero no es la única. La CE no se concilia con la restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial. Los cambios sociales y económicos que se han experimentado en los últimos años han hecho una importante mella en la estructura familiar tradicional. Por eso, resulta difícil pretender establecer con rotundidad, como hacen los recurrentes, los rasgos esenciales sobre los cuales ha de asentarse la familia. La familia se encuentra en una constante mutación que no puede ser ignorada por los operadores jurídicos.

No obstante lo cual, consideran los recurrentes que la precitada Ley, y concretamente, los artículos 6 a 10 de la misma, referidos a las usuarias de las técnicas de reproducción asistida y a la relación entre padres e hijos, constituyen un ataque directo contra la familia, por cuanto se atentaría contra el núcleo esencial de la misma definido en el Constitución, y que es indisponible para el legislador. En el sentido de familia que defienden los recurrentes se encontraría, como soporte fundamental de la misma, el matrimonio heterosexual y, en consecuencia, expresiones que aparecen en el propio texto de la Ley como "pareja humana" (exposición de motivos), o "mujer sola" (art.6) constituirían un ataque contra la institución familiar al permitir la concepción de una mujer sola, y sobre todo manteniendo en el anonimato al donante. Téngase en cuenta, además, que las consecuencias que se derivarían de los arts.6 a 10 de la Ley para el matrimonio o para las relaciones de filiación serían

verdaderas vulneraciones de la institución familiar. Los recurrentes imputan a la Ley una quiebra de la garantía institucional de la familia que infieren de los arts.1.1, 9.2, 9.3, 10.1, 15, 18, 27, 32, 33.1, 35.1 y 39 CE. Sin embargo, el único precepto constitucional referido expresamente a la institución familiar es el art.39 CE.

Los demandantes señalan como rasgos identificativos de la definición constitucional de la familia el matrimonio heterosexual y la posibilidad de que en él 'se desprendan relaciones paterno-filiales, determinadas legalmente con arreglo al principio de seguridad jurídica'. A estos rasgos configuradores de la imagen de la familia en la Constitución, les resultaría aplicable la doctrina de la garantía de instituto.

Sin embargo, en la definición constitucional de la institución de la familia se acogen esquemas convivenciales distintos a los tradicionales, admitiendo la posibilidad de aplicar las técnicas de reproducción asistida a las mujeres solas. El que finalmente se acepte en la Ley la posibilidad de expresiones - y realidades incuestionables - como "pareja humana" o "mujer sola", entra dentro del ámbito de disposición del legislador democrático.

Como dice el TC, junto a la familia de origen matrimonial, existen otras formas de vida familiar "como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art.39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo" (STC 222/1992, ff.jj. 4º y 5º; así como STC 47/1993, f.j.2º).

Pero de dicho precepto, contenido en el art.39 CE, no se deriva una definición constitucional de la familia. El TC, en sentencias reiteradas, se ha remitido a "la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen". Será, pues, la dinámica social la que, atendiendo a las distintas circunstancias que concurren en cada momento histórico, irá dando contenido a lo que se entiende por familia. Es importante subrayar que la CE no ha fijado límites "a priori" respecto del tipo de comunidades de vida que merecen protección pública.

Sin negar que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de "un reducto indisponible o núcleo esencial" del mismo, a cuya preservación "en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada

tiempo y lugar” la Constitución obliga, no es menos cierto que “el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios” que los considerados como tales por los diputados recurrentes. Así, siendo evidente que en dicho precepto (art.39.1CE), se incluye la familia matrimonial (STC 45/1989, fundamento jurídico 4º), también lo es que nuestra Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, ni existe ninguna “constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura esa modalidad de vida familiar”. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural. “Igualmente obvio resulta, pese a la rotundidad de alguna de las afirmaciones vertidas en el recurso, que, como es normal y arraigado en nuestra cultura, la noción constitucional de familia incluye relaciones sin descendencia (STC 222/1992, fundamento jurídico 4º)”.

De tal manera que no parece difícil concluir que existen dos conceptos de familia, uno, asentado en la idea tradicional, y que encuentra su fundamento principal en el matrimonio heterosexual, y, otro, más amplio, que es el contenido en la Constitución, y que por responder a una sociedad plural, no puede restringirse en su contenido, y el cual supone reconocer una amplia gama de situaciones diversas que engloba desde la mujer sola que puede ser madre sin necesidad de convivir en pareja o, incluso, y como una derivación de tal circunstancia, las uniones de homosexuales.

A pesar de la evidencia de que no es posible defender la existencia de un único concepto de familia, la ratio última de la impugnación estriba en el hecho de que la Ley 35/1988 al permitir, mediante las técnicas de reproducción asistida 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, vulnera el núcleo esencial de la institución familiar. Según el TC, en la sentencia que comentamos, “esta tesis no puede ser, sin embargo compartida, pues arranca de una identificación entre la familia natural y la jurídica que carece de todo respaldo constitucional”. El caso más claro lo constituye el hecho, comúnmente aceptado, de que los hijos adoptivos se integren y constituyan una familia, aunque sus padres legales no se correspondan con los biológicos. No existe una obligada correspondencia entre las relaciones paternofiliales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación ni el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial.

Partiendo de este concepto de familia, en la sentencia del TC que comentamos, se pone de manifiesto que “es evidente que las técnicas de reproducción asistida reguladas en la Ley no implican, por sí mismas, un menoscabo de su protección constitucional ni, por lo tanto, del principio establecido en el art.39.1 CE. Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal”.

5. La reproducción asistida y el derecho a la vida

La determinación del momento en que comienza la vida constituye el elemento fundamental en torno al cual surgen múltiples problemas jurídicos de entidad relevante. Todos los aspectos relacionados con el “derecho a la vida” provocan siempre conflictos de distinta naturaleza; es, por tanto, un asunto fronterizo. Es por ello que en torno al derecho a la vida donde surgen las cuestiones principales de la LTRA.

Cuando nos adentramos en el análisis de la LTRA y de la STC que resolvió el recurso contra aquélla, debemos tener presente que el comienzo de la vida plantea diferentes problemas al tratarse de una fecundación artificial y no natural o sexual. Por tanto, es preciso definir si, utilizando las técnicas de reproducción asistida, la vida comienza en momento diferente a cuando surge mediante procedimientos naturales.

5.1. Donación de gametos y de preembriones

A) El carácter anónimo de la donación y la investigación de la paternidad.

El carácter anónimo del donante está en el centro de la controversia constitucional. Algún autor considera la cuestión del anonimato como la “verdadera piedra angular de esta Ley”.⁷ El derecho general al desarrollo de la personalidad (art.10.1 CE) comprende, en principio, el derecho a conocer la propia filiación.

Así, el art.39.2 CE establece que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Este precepto encuentra su fundamento principal

en la necesidad de constituir entre los sujetos afectados un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocas, que integran la denominada relación paterno-filial. Siendo esta la verdadera “ratio” del precepto de referencia, las circunstancias históricas actuales, derivadas de los continuos avances científicos, han conducido al surgimiento de nuevas realidades que exigen una adecuación a la Constitución. En este sentido cabría incluir el art.5.5 LTRA que afirma que “la donación será anónima”. Así, pues, la contradicción entre el art.39.2 CE y el art.5.5 LTRA resulta patente.

Como consecuencia de este conflicto, los actores consideraron que mediante la garantía del secreto de la identidad del donante la Ley oculta deliberadamente al padre biológico, incumpliendo el mandato contenido en el art.39.2 CE.

Sin embargo, una atenta lectura del art.39.2 CE nos lleva a concluir que la Constitución “posibilitará” la investigación de la paternidad, lo cual no supone reconocer, como hace el TC, un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación de la identidad del progenitor en todo caso. Es decir, la LTRA sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art.39.2 CE, “en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad”.

Ciertamente, examinado el art.5.5 LTRA, observamos que no se dan las circunstancias que según el TC provocarían la inconstitucionalidad del dicho precepto.

En tal sentido, debe considerarse que un anonimato absoluto afecta sobre todo al derecho del niño a conocer sus orígenes, por eso, ante tal conflicto de intereses, el TC considera que “la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación”.

En definitiva, y siguiendo el razonamiento del TC en la sentencia 116/1999, de 17 de junio, que comentamos, el interés último que puede conducir a un hijo (o a su representante legal) nacido mediante técnicas reproductoras, será la obtención de información general de los donantes acerca del conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor, excluyéndose la pretensión de establecer un vínculo paterno-filial. El patrimonio genético pasa a ocupar un plano muy secundario: es padre quien

consiente que se le apliquen a su compañera o mujer las técnicas de reproducción y es madre la mujer a quien se le aplican, sin que en ningún caso se pueda constituir una relación de filiación entre la persona nacida fruto de estas técnicas y el tercero donante.

Que se haya garantizado el anonimato de la donación responde a crear las condiciones necesarias de confidencialidad que propicien la donación de gametos por terceras personas y, en consecuencia, que su intimidad quede incólume ante eventuales acciones que pudieran derivarse de los descendientes con el ánimo de constituir un vínculo paterno-filial. La ley no permite que prevalezca el interés que podría tener el hijo a reclamar a su progenitor biológico el cumplimiento de los deberes de la paternidad o maternidad.

En un ámbito especialmente sensible como el que afecta a la reproducción humana artificial, donde concurren factores culturales y éticos muy determinantes, es preciso definir las garantías mínimas necesarias del anonimato del donante para estimular la donación de gametos. De lo contrario, puede llegar a ser difícil obtener el material genético necesario para llevar a cabo la realización de las técnicas de reproducción asistida.

B) La donación no implica patrimonialización.

El art.5.1 LTRA, objeto de impugnación por parte de los recurrentes, determina que “la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado”.

Los recurrentes, a pesar de que el precitado artículo hace mención expresa a la gratuidad de la donación de gametos y preembriones, y que, además, el art.5.3 LTRA afirma que “la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”, consideran que ‘patrimonializa y convierte en objeto humano a un individuo fruto de la concepción’, lo que resulta incompatible con el art.15 CE.

Como ya se declaró en la STC 212/1996 (fundamento jurídico 8º), en relación con ciertos preceptos de la Ley 42/1988, esta singular donación “no implica en modo alguno la patrimonialización, que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art.10.1CE), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora, expresamente prohibida”; prohibición que, en este caso, ya se encuentra, como ya hemos señalado, en el art.5.3 de la citada Ley.

En definitiva, el art.5.1 y 3 LTRA alcanzan el objetivo propuesto que no es otro que los gametos y los preembriones, en ningún caso, puedan ser jurídicamente considerados como bienes comercializables.

Si bien no plantea problemas formales la prohibición de comercializar con los gametos y preembriones, por cuanto se produciría una vulneración del art.10.1 y art.15 CE, en el acontecer de cada día no está asegurada la posibilidad real de excluir cualquier tipo de comercialización. El texto legal no se opone a que el donante perciba una compensación - que no precio - por los ingresos que dejara de percibir como consecuencia del tiempo dedicado al acto de la donación y a sus preparativos, como que tampoco que el Centro cobre los gastos materiales y personales originados por la donación y el estudio, preparación y conservación de los gametos. Cualquier otra percepción sería ilegal. Cuestión distinta es hasta qué punto son escrupulosos los Centros en el cumplimiento de sus obligaciones, y en particular en las compensaciones a las mujeres donantes de óvulos.

5.2. Intervención sobre preembriones

De una lectura de la exposición de motivos de la Ley 35/1988, TRA se desprende el interés de justificar la diferencia entre preembrión (o embrión preimplantatorio) y embrión, ya que la diferencia entre ambos conceptos es crucial en la regulación española de estas materias. Así, según se trate de preembriones o embriones se aplicará la LTRA o la Ley 42/1988. En este sentido, la conservación o mantenimiento in vitro y la transferencia sólo se refiere al preembrión, nunca al embrión. Es unánimemente aceptado el que no se debe mantener in vitro al embrión.

La fecundación in vitro consiste en la fecundación extracorpórea de los gametos masculino y femenino en un ambiente creado en el laboratorio que reproduce el de las trompas de Falopio. Posteriormente se realiza la transferencia del embrión al útero de la mujer. Si no surgen complicaciones, la gestación continuará normalmente.

Definir con la mayor precisión posible conceptos tan elementales como preembrión, embrión y feto, es una exigencia, no sólo lógica, sino que también viene demandada por los propios recurrentes que

la plantean en el frontispicio de los motivos del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LTRA.

Cuando se aborda el status jurídico del óvulo fecundado en el ordenamiento jurídico español es preciso partir de dos importantes diferenciaciones: la distinción entre las tres fases del desarrollo embrionario, y dentro de cada una de ellas es preciso distinguir entre los novedosos conceptos de “viabilidad” y “no viabilidad”. Con anterioridad a la LTRA la distinción entre “viabilidad” y “no viabilidad” era algo desconocido para el mundo del Derecho e irrelevante en relación con el feto. Su importancia es capital en relación con la investigación y experimentación sobre embriones. Por consiguiente, supone introducir una tercera categoría para la valoración jurídica entre lo vivo y lo muerto: el ser vivo inviable.⁸

En la Exposición de Motivos de la LTRA, se determinan las tres fases del desarrollo embrionario, y que son las de “preembrión”, “embrión” y “feto”.

Por “preembrión” entiende la Ley al óvulo “desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero - acabado el proceso de implantación que se inició días antes - y aparece en él la línea primitiva”.

La distinción entre “preembrión” hasta los catorce días y “embrión” a partir de ese momento se ha extendido en los últimos años, a pesar de las críticas formuladas contra ella, ya que basándose en esta distinción cuantitativa se puede dar lugar a diferentes tratamientos desde el punto de vista moral y jurídico, ya que la fijación de los catorce días simboliza el umbral del acceso o no a la manipulación de los preembriones. A partir del décimocuarto día se forma lo que se conoce como la “línea primitiva”, que es el primer signo de especialización de las células embrionarias, así como el comienzo de la sensibilidad individual.⁹ Algunos autores consideran que “esta terminología se ajusta a una realidad posicional de ubicación que no niega su cualidad de humano desde la fecundación del óvulo”.¹⁰ Esta cualidad presuntamente humana del preembrión es la que provoca las mayores controversias doctrinales.

Ni en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, TRA, ni en la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, encontramos ningún elemento que nos permita hablar de la

“personalidad jurídica” del embrión humano. La imposibilidad de aplicar al embrión humano la condición de “sujeto de derechos”, ha llevado a parte de nuestra doctrina a considerarlo jurídicamente como una “cosa”, al menos en aquella fase de desarrollo que se inicia en la fecundación in vitro y concluye en la efectiva implantación en el seno materno.

Para Serrano Alonso¹¹, mientras no se proceda a la implantación del embrión en la mujer y mientras son conservados en los centros sanitarios, no puede atribuirse a los embriones la condición de sujeto de derecho y no puede asimilarse al nasciturus, configurándose jurídicamente como un bien y no como sujeto de derecho.

Por “embrión” propiamente dicho se entiende en la Ley “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”.¹²

Finalmente, por “feto” se entiende “el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto”.¹³

La diferenciación reseñada del desarrollo embrionario en tres etapas es de gran importancia por cuanto condiciona todo el desarrollo legislativo posterior, ya que partiendo de su constatación biológica, se afirma también la diferenciación de su valoración ética, y de su protección jurídica¹⁴, con lo cual se pretende “ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones”.¹⁵ Para analizar todos los problemas relacionados con la intervención sobre preembriones, distinguimos entre el diagnóstico y tratamiento, por una parte, y, por otra, la investigación y la experimentación.

A) Diagnóstico y tratamiento.

Las técnicas referidas al diagnóstico y al tratamiento han avanzado considerablemente desde la promulgación de la Ley hasta ahora. Desde el punto de vista técnico-jurídico se abren perspectivas nuevas.

Se consideran como objeto de impugnación los artículos 12 y 13 de la Ley 35/1988, TRA, los cuales prevén determinadas intervenciones

orientadas a fines de diagnóstico o terapéutico. La sola lectura del art.13 LTRA nos lleva a desechar que en él se permitan intervenciones de carácter distinto al terapéutico. Estiman los recurrentes que dichos preceptos permiten intervenciones cuyo objetivo no se limita estrictamente a preservar la vida en formación o a servir a fines terapéuticos, entre otras razones porque se autorizan para detectar enfermedades hereditarias que lleven a 'desaconsejar su transferencia (del preembrión) para procrear' (art.12.1), lo que, si se aplica al embrión y al feto (art.12.2), puede suponer, a sensu contrario, un atentado a la vida y una despenalización encubierta del delito de aborto ilegal.

Efectivamente, el art.12.1 de la Ley permite la intervención sobre preembriones vivos, in vitro - por tanto, todavía no transferidos -, que "no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, a la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear", inciso éste que es, precisamente, el impugnado. Considera el TC en la sentencia que comentamos (f.j.12), con buen criterio y como queda ya afirmado con reiteración, que "los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno. Por ello han de considerarse como suficientes las garantías que en el propio precepto se adoptan".

Por su parte, el apartado 2 del art.12 autoriza esa clase de 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". Ante una materia de tanta trascendencia, el TC estima necesario despejar cualquier duda que pudiera plantearse al respecto, y en este sentido, e invocando la STC 212/1996 (f. j.12), en referencia a un precepto muy similar, afirma "que el mencionado inciso solo resulta constitucional en la medida en que las intervenciones 'amparadas legalmente' del art.12.2 de la Ley sólo aluden al referido, y aun vigente, art.417 bis del derogado Código Penal".

B) Investigación y experimentación.¹⁶

El capítulo IV de la LTRA, que contiene un apartado propio dedicado a la investigación y experimentación, es considerado, en sí mismo, como de las partes más delicadas de la Ley, además de su importancia tan relevante para continuar la investigación relativa al

comienzo de la vida humana y de las enfermedades vinculadas fundamentalmente con dicho comienzo. La sensibilidad que despierta radica en la utilización de materiales biológicos humanos, así como de preembriones en la previsión de ciertas investigaciones o experimentaciones.

No podemos ignorar que una de las razones fundamentales que explica la extrema delicadeza de la LTRA es que los principales problemas que trata de abordar no afectan tanto al núcleo de dicha Ley, que es el ofrecer una alternativa a la esterilidad humana, sino a las consecuencias imprevistas de la aplicación de dicha Ley, como, por ejemplo, banco de semen, destino de los embriones congelados, investigación con embriones, límites de la clonación, entre otras. Se ha pasado, pues, de la preocupación por la esterilidad de la pareja al interés, cada vez mayor, por el tratamiento eugenésico y la investigación en ese campo. Es en este ámbito donde surgen, y surgirán, la mayoría de los problemas, porque ya no se trata de la defensa y protección de la vida humana, sino la condición ética y jurídica del tratamiento científico de un material biológico humano cuya calificación jurídica es difícil de precisar.

Para analizar las actividades relacionadas con la investigación y experimentación es necesario partir de uno de los principios fundamentales que vertebran la LTRA, y que se contiene en su propio art.3: "Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto de la procreación humana". El criterio derivado de este precepto parece de una claridad meridiana, admitiendo poco margen a la contestación. Esto es, sólo se autorizará la investigación y experimentación respecto de aquellos preembriones que, habiendo sido originados con el fin exclusivo de la procreación, no resultasen aptos para ella, por razones estrictamente biológicas y ligadas a sus alteraciones o daños intrínsecos.

No obstante la claridad del principio reseñado, hemos de poner de manifiesto que la posibilidad de utilizar embriones in vitro para la investigación y experimentación es una posibilidad controvertida, si tenemos en cuenta el reconocimiento constitucional de la libertad de investigación y sobre todo los beneficios que esta aporta en términos de conocimientos básicos o de práctica clínica. En tal sentido, el legislador atiende al principio rector del art.44.2 CE, según el cual "Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general", principio que a tenor del art.53.3 CE ha de informar la legislación

positiva. Pero, además, no es posible desconocer, por otra parte, la necesidad de proteger al embrión humano, a los efectos de que pueda convertirse en una cosa. En una materia como esta, que se encuentra sometida a una continua evolución y desarrollo, el conflicto entre la necesidad de promover la investigación y el respeto de los valores constitucionales es una constante que exige en cada caso concreto una ponderación de los intereses en juego.

En el propio texto de la LTRA se distingue entre la investigación o experimentación con gametos y la investigación o experimentación con preembriones, atendiendo esta distinción al carácter propio de las diferentes realidades biológicas sobre las cuales se sustenta.

Por lo que concierne a la investigación o experimentación con gametos, tanto masculinos como femeninos, los recurrentes tacharon de inconstitucionalidad los apartados 3 y 4 del art.14 LTRA por atentar contra el derecho a la vida (art.15 CE). El apartado 3 prohíbe que los gametos utilizados en investigación o experimentación puedan ser destinados a originar preembriones para la procreación humana. En el apartado 4 del precepto se contienen dos prescripciones normativas de diversa significación relativas, por una parte, al llamado test del hamster, y, por otra, a las fecundaciones entre gametos humanos y animales que puedan obtener el permiso de la autoridad pública.

Los recurrentes consideraban que cualquier investigación o experimentación con gametos vulneraba la protección jurídica que, constitucionalmente, se garantiza a los nascituri. Sin embargo, basta con examinar la naturaleza propia de las realidades biológicas a que se refiere el art.14 de la Ley: gametos humanos, es decir, óvulos (ovocitos) y espermatozoides en sí mismos considerados para constatar que no ha tenido lugar todavía la fecundación. "En tales condiciones, - afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia que comentamos (f.j.7) - sólo forzando el sentido propio de los términos puede alcanzarse la conclusión de que la investigación o experimentación sobre o con los gametos pueda suponer atentado alguno al derecho a la vida".

El alegato impugnatorio relativo al segundo párrafo del art.14.4 de la Ley impugnada descansa en la posibilidad de que mediante el mismo se produzcan fecundaciones entre gametos humanos y animales que produzcan hibridaciones u otros resultados no acordes con el respeto a la dignidad de la persona consagrado en el art.10.1 CE.

Para rechazar dicho alegato el TC (f.j.7) ha tenido en cuenta tres razones: a) que el precepto 14.4 LTRA parte de la regla general en virtud de la cual se prohíbe realizar todas las fecundaciones a excepción del denominado “test de hamster”; b) que dicha prohibición podrá levantarse cuando, concurriendo causas justificadas, los aprueben los órganos administrativos correspondientes o, en virtud de delegación, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida; c) que el art.14.4 LTRA no puede ser interpretado desconectado de la taxativa prohibición de fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, según establece el art.3 LTRA, así como tampoco de la previsión contenida en el apdo.3 del mismo art.14, que prohíbe que con estas formas de fecundación se originen preembriones con fines de procreación.

En consecuencia, el art.14.4, en su segundo párrafo, 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. No cabe olvidar que un eventual proceso de hibridación viene impedido por la Ley 35/1988 y por la Ley Orgánica 10/1995, que aprobó el Código Penal.

Los arts. 15 y 16 de la Ley impugnada establecen los requisitos exigibles para cualquier investigación o experimentación sobre preembriones. Como ya indicamos anteriormente, el art.3 de la LTRA prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. Por tanto, la única fuente legalmente admitida para la disposición de preembriones con fines de investigación o experimentación viene constituida por los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida. En este sentido será muy importante que los Centros sanitarios correspondientes controlen al máximo la creación de embriones in vitro con fines reproductivos, pues sólo los embriones inviábiles, es decir, no aptos para la reproducción, son los que en la práctica podrán ser utilizados con propósitos investigadores o experimentales. En relación con los preembriones in vitro viables la LTRA no admite la experimentación y parece que sólo autoriza la investigación aplicada con fines diagnósticos y terapéutico-preventivos en beneficio del propio preembrión.

En la demanda aducen los recurrentes que los arts. 15 y 16 de la Ley impugnada autorizan intervenciones sobre los preembriones,

ya sean para investigación o para experimentación, que no obedecen, estrictamente, a una finalidad diagnóstico-terapéutica, por lo que su status jurídico adolece de una indefinición contraria a la protección constitucional de la vida.

Respecto a esta cuestión, el TC plantea tres hipótesis diferentes referidas a la investigación sobre preembriones viables, la investigación sobre los no viables y la experimentación sobre lo no viables.

En cuanto a la primera de ellas, relativa a los preembriones viables, el TC señala que “la Ley en ningún caso permite las experimentaciones con preembriones viables”, y la investigación sobre ellos sólo puede ser “de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención”.

Respecto a los preembriones no viables, el TC hace en primer lugar referencia a este concepto, en términos similares a lo ya expuesto en otra sentencia anterior, la 212/1996, relativa a la Ley 42/1988, sobre investigación con embriones. Conforme a los criterios citados, los preembriones no viables son los “incapaces de vivir” o “incapaces de desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona en el sentido del art.10.1 de la Constitución Española”. A partir de ese concepto, el TC llega a la conclusión de que “no siendo los preembriones no viables susceptibles de ser considerados, siquiera como nascituri”, ni el art.15, ni el 16, ni el 17 pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana, aunque se trate de un bien jurídico sobre cuya regulación de su protección pueda tener una determinada proyección la dignidad de la persona. Esa circunstancia y esa consideración no suponen que por ello “dejen de serles aplicables los requisitos y garantías previstas en la ley, particularmente, como ya nos consta, en cuanto a su empleo fuertemente limitado en la investigación y experimentación científica”.

La conclusión del TC, acerca de los artículos citados, es “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”.

5.3. Suspensión de la realización de las técnicas de reproducción asistida y el derecho a la vida

Otro de los objetos de impugnación específica es el art.2.4 de la Ley, en el cual se permite a la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida decidir en cualquier momento la suspensión de su realización.

Ante dicho supuesto no podemos ignorar la discusión siempre presente, ya desde el aborto, en torno a la consideración de los embriones humanos. Estos debates encuentran un ámbito más amplio desde que se han desarrollado las técnicas de reproducción asistida, las cuales permiten la posibilidad de la fecundación extracorpórea, lo que supondría contar con embriones vivos fuera del cuerpo femenino en sus primeros estadios de desarrollo. Sin duda, estos avances científicos constituyen continuos desafíos al mundo del Derecho para abordar regulaciones sobre realidades nuevas, que, además, se encuentran en constante desarrollo.

El derecho de la mujer receptora de revocar su propio consentimiento para suspender la realización de las técnicas de reproducción asistida, siendo una obviedad en sí misma, se encuentra con la problemática derivada de la determinación del momento límite en el que puede manifestar su voluntad de suspensión de tales técnicas, puesto que una vez ocurrida la fecundación o la transferencia del preembrión, desde el momento de su fijación en el endometrio o anidación, existe un bien jurídico penalmente protegido, por lo que la vida del concebido y su “retirada” o “extracción” del útero materno constituiría un aborto punible, a salvo de su cobertura por la indicación terapéutica.

En este marco argumental, los diputados recurrentes consideran que el art.2.4 antes referido es inconstitucional por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque dicha suspensión implicaría la muerte del fruto de la concepción realizada in vitro, bien háyase producido ya la transferencia al cuerpo de la mujer o no se haya producido ésta; y, en segundo lugar, porque se está tácitamente admitiendo una nueva causa para el aborto, en caso de haberse producido la transferencia al cuerpo de la mujer.

Sin embargo, consideramos que las razones de los demandantes parecen ignorar lo que el precepto recurrido manifiesta con extrema

claridad: que la suspensión de las técnicas de reproducción asistida sólo será posible cuando estas estén realizándose (“en cualquier momento de su realización”), es decir, el límite temporal para llevar a efecto la susodicha suspensión lo constituirá el momento de la transferencia de los embriones al útero materno y comience, así, en ese instante, el proceso de gestación. La suspensión será posible, pues, incluso, cuando haya algún embrión fecundado in vitro y, por supuesto, previamente a la transferencia. La vida humana individualizada es inexistente hasta el decimocuarto día posterior a la fecundación. A partir del decimoquinto día el preembrión se ha convertido en embrión con las consecuencias que se derivan de dicha mutación. En toda la fase anterior, las garantías de los preembriones son menos exigentes que la de los embriones. Teniendo presente esta distinción, basada en datos cuantificados temporalmente, no es posible sostener, de manera alguna, como hicieron los recurrentes, que nos encontremos ante “una nueva causa de aborto”. En este mismo sentido, el TC considera, con buen criterio, que la suspensión de las técnicas de reproducción no cabe considerarla como un supuesto tácito de aborto.

5.4. Preembriones sobrantes y el derecho a la vida

Toda la materia relacionada con la crioconservación presenta diversos problemas muy complejos, que por la propia naturaleza de este trabajo, que es un simple comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio, no es posible abordar en su plenitud. No obstante, destacamos que el art.11 LTRA distingue dos tipos de crioconservación: la de gametos y la de preembriones. La primera no es objeto de este análisis porque no ha sido impugnada su constitucionalidad. Sin embargo, toda la problemática referida a los preembriones sobrantes y la crioconservación de los mismos sí que ha sido objeto de impugnación por parte de los recurrentes y, en este sentido, los preceptos tachados de inconstitucionalidad son los art.4; y art.11, apdos. 3 y 4 LTRA. Por su parte, el TC rechaza la alegada inconstitucionalidad de dichos preceptos.

El art. 4 LTRA dispone que “se transferirán al útero el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo”. Este precepto propugna que se transfieran a la mujer un número de preembriones

que razonablemente aseguren el éxito de la técnica reproductiva, pero no un número de preembriones desmesurado o irrazonable. La prescripción del precitado artículo pretende prevenir riesgos, como podrían ser el fracaso mismo de la transferencia de los embriones y de su posterior implantación o viabilidad, los embarazos múltiples, por los riesgos que comporta para la mujer y para el curso del embarazo mismo, o, incluso, la pérdida innecesaria de embriones. Se trata, en definitiva, de una regla que responde, sin duda, a un principio de manipulación e intervención mínima en el proceso de reproducción, que, a falta de otras técnicas que garanticen su éxito, descansa en el cálculo científico de la probabilidad.

Según un sector doctrinal, este art. 4 LTRA no puede interpretarse de manera que permita discrecionalmente al equipo médico extraer y fecundar un número de óvulos tan elevado que, prácticamente, sea imposible o muy poco razonable su transferencia al seno materno. Con esta interpretación se eliminaría técnicamente el problema de los embriones sobrantes, puesto que a cada mujer se le extraerían un número de óvulos adecuados al tratamiento a seguir; serán esos óvulos los fecundados y todos los preembriones obtenidos serán transferidos al seno materno. De esta manera, se trataría de evitar, por una parte, que los frecuentes embarazos múltiples que provocan estas técnicas no sean de tal número de embriones que puedan poner en peligro la vida de la madre y la supervivencia de los hijos, y, por otro lado, la existencia de preembriones sobrantes.¹⁷

Otro sector doctrinal considera, sin embargo, que esta interpretación del art.4 LTRA no parece la más ajustada a su propia letra, ya que el legislador lo único que ha pretendido es limitar el número de embriones que han de ser implantados pero no el número de embriones que han de ser fecundados, máxime teniendo en cuenta que el art.11.3 LTRA define la previsión de preembriones sobrantes de una fecundación in vitro.¹⁸

Ciertamente, en los procesos de fecundación in vitro es habitual que se fecunde un número de embriones superior al que se va a transferir. De tal manera que los preembriones sobrantes son conservados a bajas temperaturas, de forma que se interrumpe su desarrollo, pero pudiendo ser recuperados posteriormente para intentar otro embarazo.

Para entender en sus justos términos el art.4 LTRA es necesario vincularlo - como afirma la sentencia del TC que comentamos

(f.j.11) - al art.3 LTRA, el cual establece la prohibición de la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. Hemos de tener presente que, al igual que ocurre en el caso de la suspensión de las técnicas de reproducción asistida a instancias de la mujer después de la fecundación in vitro pero antes de su transferencia al seno materno, el problema surge en relación con la existencia de preembriones sobrantes. Ante tal eventualidad, se hace preciso invocar el art.11, apdos.3 y 4, porque no debemos olvidar que el uso de las técnicas de reproducción lleva consigo, casi como inevitable consecuencia, que en su concreta aplicación resulten preembriones sobrantes en cuanto no transferidos al útero femenino. En este caso, se prevé la crioconservación de los preembriones que pasarían a un Banco autorizado que podría disponer de ellos transcurridos dos años. Para los recurrentes, tal situación, prevista en los artículos precitados, es incompatible con la dignidad humana (art.10.1 CE), por cuanto “impide el derecho al desarrollo y cosifica el fruto de la concepción”.

Algún autor¹⁹, no sin cierto radicalismo en su planteamiento, consideró de dudosa constitucionalidad el art.4 LTRA al estimar que se trataría de una “confiscación” de preembriones.

Para asegurar el éxito del empleo de las técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta los conocimientos biomédicos actuales, se considera como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes. “Así entendida - afirma el Tribunal Constitucional (f.j.11) -, 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 las fecundaciones innecesarias”.

Es más, y señalando argumentos ya utilizados en este mismo trabajo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia que comentamos (f.j.11) considera que “ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, ‘persona humana’, por lo que del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario a la vida (art.15 CE) o a la dignidad humana (art.10.1 CE)”, tal como, sin embargo, sostienen los recurrentes. En todo caso, su puesta a disposición de bancos debidamente autorizados y controlados no supone que por esa circunstancia

dejen de serles aplicables los requisitos y garantías previstas en la Ley, particularmente, como ya nos consta, en cuanto a su empleo - fuertemente limitado- en la investigación y experimentación científica.

Tabla de abreviaturas

CE = Constitución Española

f.j.= fundamento jurídico

LTRA= Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida

STC= Sentencia del Tribunal Constitucional

TC= Tribunal Constitucional

TRA= Técnicas de Reproducción Asistida

Referencias

BUSTOS PUECHE, J. E. *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*. Madrid, 1996.

CHOFRE SIRVENT, J. *Significado y función de las leyes orgánicas*. Edit. Tecnos. Madrid, 1994.

Exposición de Motivos de la Ley 35/1988.

FEMENÍA LÓPEZ, P. *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*. McGrawHill. Madrid, 1999.

GÓMEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons. Madrid, 1994.

LEMA AÑÓN, C. *Reproducción, poder y derecho*. Edit. Trotta, 1999,

MARTÍNEZ-PEREDA, J. M.; MASSIGOGE, J. M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Dychinson. Madrid, 1994.

PANTALEÓN, F. *Contra la ley de técnicas de reproducción asistida*, en *Jueces para la Democracia*, núm.5, 1988.

PANTALEÓN, F. *Técnicas de reproducción asistida y constitución*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.15, 1993.

ROMEO CASABONA, C.M. *Informe sobre los aspectos legales relacionados con las técnicas de reproducción asistida*, 1998.

SERRANO ALONSO, E. *Aspectos jurídicos de la fecundación artificial*, en AAVV, Homenaje al Profesor Juan Roca Juan, Murcia, 1989.

VILA-CORO, M.D. *Los derechos del menor en la nueva genética*, R.G.D., 1992.

Notas

- 1 Vid. LEMA AÑON, C. *Reproducción, poder y derecho*. Edit. Trotta, 1999, pág.103.
- 2 Vid. CHADWICK, R.F. *Having Children, Ethics, Reproduction and Genetic Control*. Croom Helm, New York, 1987, pág. 26, cit. por LEMA AÑON, op.cit., pág.104.
- 3 Vid. ROTHLEY, W. y CASINI, C. *Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana*. Parlamento Europeo, Comisión de asuntos jurídicos y derechos de los ciudadanos, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1990, pág.105, cit. por LEMA AÑON, op.cit., pág.105.
- 4 PANTALEÓN, F. *Contra la ley de técnicas de reproducción asistida*, en *Jueces para la Democracia*, núm.5, 1988, págs.19-20. GÓMEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994. MARTÍNEZ- CALCERRADA defendieron la naturaleza "orgánica" de la Ley, aunque cada uno de ellos basándose en diferentes motivos. MARTÍNEZ-PEREDA, J. M. y MASSIGOGUE, J. M. (*La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dychinson, Madrid, 1994, pag.116) consideraron acertada la calificación de la Ley como "ordinaria".
- 5 "(que) una Ley que, por afectar de forma significativa a los derechos fundamentales de los nuevos seres, debería probablemente haber merecido el rango de orgánica, haya sido aprobada en el Congreso por la Comisión de Política Social y Empleo, por la única razón (¿o hay otra que se me escapa?) de que el diputado promotor de la misma está en esa Comisión, es algo absolutamente impresentable. Habrá que publicar algún día, convenientemente glosado, el *iter* parlamentario completo de la Ley 35/1988: para vergüenza de cuantos han participado en él y para que la sociedad pueda enterarse fácilmente de la bochornosa manera en que se producen en España aquellas leyes que no repercuten de manera directa en el Producto Nacional Bruto". Vid. PANTALEÓN, F. *Contra la ley de técnicas de reproducción asistida*, en *Jueces para la Democracia*, núm.5, 1998, págs.19-20.
- 6 Vid. CHOFRE SIRVENT, J. *Significado y función de las leyes orgánicas*. Edit. Tecnos. Madrid, 1994, pág.126-147.

- 7 Vid. PANTALEÓN, F. *Técnicas de reproducción asistida y constitución*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm.15, 1993, pág.137.
- 8 ROMEO CASABONA, C. M. *Informe sobre los aspectos legales relacionados con las técnicas de reproducción asistida*, 1998, pág.42.
- 9 Vid. DELEURY, E. *Don d'embryon*, en Les mots de la bioéthique, pág.180. PARIZEAU, M. H. *Pré-embryon*, en Les mots de la bioéthique, pág.285, cit. por LEMA AÑÓN, C. *Reproducción, poder y derecho*. edit. Trotta, Madrid, 1999, pág.147.
- 10 Vid. VILA-CORO, M.D. *Los derechos del menor en la nueva genética*. R.G.D., 1992, pág.2490.
- 11 SERRANO ALONSO, E. *Aspectos jurídicos de la fecundación artificial*, en AAVV, *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pág.836.
- 12 Exposición de Motivos de la Ley 35/1988.
- 13 Exposición de Motivos de la Ley 35/1988.
- 14 FEMENÍA LÓPEZ, P. *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*. McGrawHill, Madrid, 1999, pág.263.
- 15 Exposición de Motivos de la Ley 35/1988.
- 16 En un ámbito de especial sensibilidad como es el relativo a la investigación con preembriones humanos, y en el que los riesgos son muy elevados, no podemos ignorar, al mismo tiempo, que mediante la tecnología de las "células madres", embriones indiferenciados que pueden mantenerse indefinidamente en cultivos de laboratorio y luego transformarse en cualquier tejido humano, se producirá una revolución en la reparación de órganos dañados y en la terapia de muchas enfermedades.
- 17 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994, págs.94-95. Es de la misma opinión BUSTOS PUECHE, J.E. *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*. Madrid, 1996, pág.162.
- 18 FEMENÍA LÓPEZ, P. "*Status*" jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido "in vitro". McGraw Hill, Madrid, 1999, pág.295.
- 19 PANTALEÓN, F. *Técnicas de reproducción asistida y Constitución*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm.15, 1993, pág. VID.

Recebido em 04/03

Avaliado em 05/03

Aprovado para publicação em 05/03