

3.^a CONFERÊNCIA QUADRILATERAL

LISBOA - PORTUGAL
10 A 12 DE OUTUBRO DE 2019

PORTUGAL · ESPANHA · FRANÇA · ITÁLIA

Genética, el individuo y la familia

Andrés Ollero Tassara

Magistrado del Tribunal Constitucional de España

*A Justiça constitucional
face aos desenvolvimentos tecnológicos*

GENÉTICA, EL INDIVIDUO Y LA FAMILIA

Lisboa 11.X.2019 Cuadrilateral TC

La primera incursión del Tribunal Constitucional español en cuestiones relacionadas con la **genética** data de 1996¹, al ocuparse del 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 órganos². Intervendrá de nuevo tres años después³, para resolver recurso similar contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida. No deja de resultar significativo que el Tribunal se concediera siete y once años para culminar tales tareas, preocupado quizá por la celeridad de las innovaciones derivadas de dichas investigaciones científicas.

La principal consecuencia fue la reapertura del debate relativo al artículo 15 de la Constitución, en lo que se refiere al titular del derecho a la vida. El texto del anteproyecto constitucional entendía que se trataba de “la persona” pero no pocos diputados, preocupados por un posible intento de introducir una -entonces inexistente- despenalización del aborto consiguieron que fuera sustituido por la fórmula alemana: “todos tienen derecho a la vida”⁴. De poco sirvió que el portavoz socialista, tildado en su partido de vaticanista, se erigiera en profeta al afirmar: “desengañense Sus Señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, ‘todos’ permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la ‘persona’ impide una ley de aborto”⁵.

Ambas resoluciones marcaron el campo de juego, contribuyendo a establecer la relevancia y significado de novedosos términos jurídicos. Así ocurrió en la primera de ellas con el de embrión “no viable”⁶, que reconocía eufemísticamente que en la reproducción asistida la existencia de los embriones pasaba a depender de la nuda voluntad de los progenitores, al decidir sobre su transferencia a un útero materno. En ese periodo inicial se trataría de “embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados” como “bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto (el art. 15 CE) fundamento constitucional”⁷.

Una más temprana sentencia -que dividió al Tribunal hasta obligar a desempatar al presidente con su voto de calidad- había establecido que hay seres humanos que no son personas durante determinado plazo, aunque luego se esforzara por proteger al *nasciturus* reconociéndolo, no como titular de derechos pero sí como bien jurídico⁸, que ha de ser

¹ STC 212/1996, de 19 de diciembre.

² Se trata de la ley por la que se abordan por primera vez en España las técnicas de reproducción asistida; en concreto, reguló la inseminación artificial, la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos.

³ STC 116/1999, de 17 junio.

⁴ De ello me ocupé, antes de convertirme en julio de 2012 en magistrado del Tribunal Constitucional, en *Todos tienen derecho a la vida. ¿Hada un concepto constitucional de persona?* Incluido luego en *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreto desarrollo del artículo 15 de la Constitución* Madrid, Rialp, 1994, págs. 21-58.

⁵ Intervención ante el Pleno del Congreso del diputado G. PECES BARBA en la sesión del 6 de julio de 1978 - *La Constitución española. Trabajos Parlamentarios* Madrid, Cortes Generales, 1989 (2ª), t. II, pág. [2038].

⁶ STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 6.

⁷ Se trata de “una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de *nascituri* toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión ‘no viables’, que nunca van a ‘nacer’” -STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 5.

⁸ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 7. Esa protección constitucional del *nasciturus* “implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”. De ello me ocupé en *Bienes jurídicos o derechos. Ilustración in vitro* incluido en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, 2006, págs. 153-177.

ponderado en cada caso con los derechos de la madre, sin que quepa atribuir primacía previa a uno o a otros. Ello convertiría en inconstitucional el sistema de plazos hoy en vigor; recurrido hace años, sin que los recurrentes hayan actuado en consecuencia al gozar luego de mayoría absoluta en las cámaras: tampoco el Tribunal ha encontrado hasta hoy ocasión adecuada para sentenciar.

Por su parte, la STC 116/1999 puso en circulación el ingenioso término “preembrión”, destinado a permitir la manipulación *in vitro* de los embriones en plazo equivalente al necesitado *in útero* para la anidación⁹. Más transparente resulta la alusión a la existencia de “preembriones sobrantes”, que se comenta por sí sola, pese al intento de presentar como “un hecho científicamente inevitable” lo que es solo exigencia mercantil del porcentaje de éxito deseable para justificar la laboriosa manipulación en curso¹⁰. Considerar que nada de ello es contrario a la dignidad humana provoca un elocuente voto particular¹¹.

Aparte de alguna referencia previa a cuestiones competenciales¹², años después¹³ la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas, con la finalidad de identificar a los autores de futuros hechos delictivos, se considera una injerencia en la intimidad personal por su potencial utilización para la obtención de informaciones sensibles, como son el origen étnico y la identificación de relaciones familiares.

Al no convertirse la persona, con la dimensión de relacionalidad que le reconoce la antropología filosófica, en centro de gravedad del texto constitucional, relativizándose a la vez la relevancia de la dignidad, parece ser el **individuo** el llamado a sustituirla. Esto sin embargo reclama ciertas matizaciones.

En efecto, como resalta una de las primeras sentencias del Tribunal, “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia”¹⁴. Es indiscutible que “los derechos

⁹ La Ley no sería inconstitucional porque “en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención” -STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 9.

¹⁰ Aprovecha para 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 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)” -STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 11.

¹¹ El magistrado M.JIMENEZ DE PARGA considera que, al ser “tronco del árbol de derechos inviolables, germen o núcleo de ellos, la dignidad de la persona es un valor constitucional que exige la máxima protección de los poderes públicos en un Estado de Derecho”. No entiende en consecuencia que se niegue al tronco lo que se reconoce a las ramas, al rechazarse que la “dignidad de la persona” del art. 10.1 CE lleve consigo la reserva de ley orgánica, que sí se reconoce a “los derechos inviolables que le son inherentes”. Por otra parte, la mayoría reforzada de las leyes orgánicas le parece particularmente obligada al abordarse problemas que requieren amplio consenso. Quizá W.HASSEMER, que fuera vicepresidente del Tribunal de Karlsruhe, desvela el misterio: no encuentra “ningún principio fundamental de ética o derecho que reúna bajo sí aplicaciones casuísticas tan dispares como el de la dignidad humana”; lo que le anima a proponer una “reducción y relativización” de argumentos derivados de ella. De lo contrario -sugiere con aire habermasiano- se convertiría en un proceder que “mata el discurso”, al herir de muerte a “la concepción argumentativa que permite reencontrar el valor y el derecho” -*Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana* “Ars Interpretandi” 2005 (10), págs. 132, 133 y 130-131.

¹² Corresponde al Estado, conforme a su competencia en materia de bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), la regulación del régimen de las actividades relacionadas con la utilización de células y tejidos humanos y los productos elaborados derivados de ellos, cuando están destinados a ser aplicados en el ser humano; actividades que incluyen la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento, distribución, aplicación e investigación clínica -STC 22/2012, de 16 de febrero, FJ 4.

¹³ STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6.

¹⁴ La STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.

fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos¹⁵.

Al mismo tiempo, desbordando al individuo cobran sin embargo dimensión objetiva, porque “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución¹⁶, de acuerdo con el cual “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”; artículo ajeno a la protección que brinda el recurso de amparo...

Por lo demás la dimensión subjetiva de los derechos no llega a implicar, en principio, una mera autodeterminación individual, como pone de relieve el más reducido alcance reconocido por la jurisprudencia constitucional española al artículo 18.1 CE, que “garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, si se compara con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 8 del Convenio de Roma, sobre el “derecho al respeto a la vida privada y familiar”.

No deja resultar también significativo el nacimiento un nuevo derecho fundamental, derivado del epígrafe cuarto del mismo artículo 18 CE: el de protección de datos o autodeterminación informativa. Más allá de la dimensión defensiva de un reducido ámbito de privacidad, se configura como derecho de prestación garantizador de una potestad de control del ciudadano sobre sus datos en poder de los poderes públicos¹⁷.

En todo caso, “la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental¹⁸”.

A partir del año 2000, se ha reconocido en ocasiones a menores de edad como titulares de derechos humanos¹⁹. Así ha ocurrido muy recientemente²⁰, cuando se ha declarado inconstitucional el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, al excluirse a menores de edad con suficiente madurez, entendiendo el Tribunal que esa restricción legal resulta en esos casos desproporcionada.

El predominio de lo individual no ha dejado de influir en la **familia** y en su relación con el matrimonio. Tal situación se había tácitamente anunciado al ocuparse el texto constitucional en artículos diversos del matrimonio (art. 32 CE) y de la familia (art. 39 CE).

¹⁵ STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1.

¹⁶ STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.

¹⁷ De ello me ocupé en 2008 en el discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*, publicado en Madrid ese mismo año.

¹⁸ STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1.

¹⁹ SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 154/2002, de 18 de julio, FJ 9; 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 5.

²⁰ En la STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 9.

A ello hay que añadir el curioso proceso de desjuridificación del matrimonio y de una paradójicamente paralela juridificación de las parejas de hecho²¹.

Las técnicas de reproducción asistida no implican, por otra parte, un menoscabo de la protección constitucional de la familia y “es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal”²². A su vez la noción constitucional de familia incluye las relaciones sin descendencia²³.

Se rechaza, respecto al cuidado de los hijos, que se parta “de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas”. Como consecuencia el descanso por la maternidad puede tener mayor alcance que los permisos de paternidad, sin perjuicio de que legislador pueda ir ampliando los segundos²⁴.

La transcendencia constitucional de la excedencia para el cuidado de hijos menores cobra un especial relieve. Los órganos judiciales no pueden limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute de ese derecho tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de analizar las circunstancias concurrentes en cada caso “de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde”²⁵; doctrina igualmente aplicable a la reducción de jornada para el cuidado de hijos menores²⁶.

Se trata de favorecer “medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares”²⁷. Cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no es necesario que se consume la lesión para poder limitar los derechos del progenitor; basta con la existencia de “un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse”²⁸. “El régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental”, debe adoptarse considerando “la situación más beneficiosa para el niño”²⁹.

Matrimonio y parejas de hecho se han contemplado como distintas “unidades de convivencia”³⁰, que no han de recibir necesariamente el mismo tratamiento jurídico. Mientras el art. 32.1 reconoce al “hombre y la mujer” un derecho constitucional a contraer matrimonio, la unión de hecho *more uxorio* ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de

²¹ Al respecto F.D’AGOSTINO *-Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, pág.57- y demás literatura que he comentado en *El matrimonio natural (Casatoria naturala)* “Revista Romana de Drept Privat-Romanian Review of Private Law” 2018 (3) págs. 357-371.

²² STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 13.

²³ SSTC 222/1992, de 11 diciembre, FJ 4 y 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5.

²⁴ STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 9. Se resalta que “la finalidad primordial que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad y el correspondiente subsidio económico de la seguridad social es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio”; mientras que “el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la seguridad social que se reconocen en nuestro ordenamiento social a partir de 2007 a los padres”, tienen una finalidad distinta: “favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos” -STC 111/2018, de 17 de octubre, FJ 5 y 8.

²⁵ STC 203/2000, de 17 de junio, FJ 4.

²⁶ STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 5.

²⁷ Con especial referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres -STC 26/2011, de 14 de marzo, FJ 5.

²⁸ STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 8. De acuerdo con estos criterios, la restricción temporal de los derechos de visita de un padre transexual, mediando pruebas periciales sobre riesgos relevantes para su hijo menor de edad, no puede ser calificada como un trato discriminatorio del progenitor” -STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 8.

²⁹ Si bien “se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, solo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional” -STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 8.

³⁰ STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 6 y 74/1997, de 21 de abril, FJ 4, entre otras.

modo jurídicamente necesario entre quienes mantienen una convivencia estable no basada en el matrimonio.

Tales diferencias son tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones. Así ocurre con la pensión de viudedad para quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio, dado el margen de libertad del legislador al administrar recursos limitados para atender gran número de necesidades sociales³¹. El Tribunal no ha considerado inconstitucional que el legislador extienda dicha pensión, a las parejas de hecho estables (tanto heterosexuales como homosexuales), sin llegar a una plena equiparación³². Exige para ello la previa inscripción registral de la pareja o su constitución en documento público³³, así como que sus integrantes no tengan vínculo matrimonial con otra persona³⁴, fijando un límite de ingresos, diferente en función de si existen o no cargas familiares³⁵.

No han faltado conflictos competenciales, al negarse capacidad reguladora a las comunidades autónomas sin derecho civil propio, como las de Madrid³⁶ o Valencia³⁷, mientras sí se le reconoce a la comunidad foral de Navarra la posibilidad de “regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho”³⁸.

Particularmente polémico fue el reconocimiento de la posibilidad de que sea el legislador quien introduzca el matrimonio entre personas del mismo sexo, incluso equiparándolo al contraído por heterosexuales, al tratarse de “una opción no excluida por el constituyente”. Para ello las habituales referencias hidrológicas a fuentes y lagunas jurídicas, se vieron en este caso sustituidas por otra de carácter novedosamente forestal³⁹.

La afirmación del artículo 39.2 CE de que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad” lleva al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad del art. 133 del Código civil, que confiere la acción de reclamación de la filiación, cuando faltara la respectiva posesión de estado, únicamente al hijo durante toda su vida, excluyendo de tal posibilidad al progenitor⁴⁰. La aparente contradicción con la previsión legal que garantiza en la reproducción asistida el secreto sobre la identidad del donante de gametos la resuelve el Tribunal, entendiendo que la “Constitución ordena al legislador que ‘posibilite’ la investigación de la paternidad”. El derecho a su averiguación quedaría supeditado a la no concurrencia de “causas justificativas que lo desaconsejen”⁴¹.

En todo caso, “la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores”. El demandado podría “legítimamente negarse a someterse a unas

³¹ STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3

³² STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 4.

³³ STC 51/2014, de 7 de abril.

³⁴ STC 44/2014, de 7 de abril.

³⁵ ATC 167/2017, de 12 de diciembre, con fundamento en la STC 41/2013, de 14 de febrero.

³⁶ STC 81/2013, de 11 de abril.

³⁷ STC 110/2016, de 9 de junio.

³⁸ STC 93/2013, de 11 de abril.

³⁹ “La Constitución es un ‘árbol vivo’ que, “a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad” -STC 198/2012, de 6 de diciembre, FJ 9, acompañada de cuatro votos particulares.

⁴⁰ STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5 a 7, reiterada en la STC 52/2006, de 16 de febrero, FJ 2. La STC 41/2017, de 24 de abril, ha realizado la misma declaración de inconstitucionalidad respecto del apartado b) del art. 71 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, aún más rígida, ya que ni siquiera en el caso de existir posesión de estado podrían los progenitores reclamar la declaración de la filiación no matrimonial.

⁴¹ STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 15.

pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye⁴²; en cuyo caso su negativa no podrá considerarse como una *ficta confessio*⁴³.

⁴² STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3 y 4.

⁴³ Aunque pueda ser valorada por el órgano judicial como un indicio razonable que, en conjunción con el resto de pruebas practicadas, le permita estimar acreditada la filiación que se reclama -SSTC 95/1999, de 31 de mayo, FJ 4, y 29/2005, de 14 de febrero, FJ 5.



3.^a CONFERÊNCIA QUADRILATERAL

LISBOA - PORTUGAL
10 A 12 DE OUTUBRO DE 2019

PORTUGAL · ESPANHA · FRANÇA · ITÁLIA

INTERVENÇÕES

*A Justiça constitucional
face aos desenvolvimentos tecnológicos*