

# Bienes jurídicos o derechos: ilustración «in vitro»\*

Andrés Ollero

Catedrático de Filosofía del Derecho.

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

*SUMARIO:* I. UN BIEN JURÍDICO CON HONORES DE DERECHO.—II. BIENES JURÍDICOS SIN CONTENIDO ESENCIAL.—III. ¿ES DIGNO DE PROTECCIÓN QUIEN NO ES PERSONA?

«Ilustración es la salida del hombre de la minoría de edad de la que él mismo es culpable. Minoría de edad es la incapacidad de servirse de su entendimiento sin la dirección de otro. Esta minoría de edad es culpa propia porque su causa no radica en la falta de entendimiento, sino de decisión y ánimo de servirse de sí sin la dirección de otro. Sapere aude! ¡Atrévete a servirte de tu propio entendimiento! es pues el lema de la Ilustración».

*Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* en IMMANUEL KANT. *Werke*, Frankfurt am Main, Insel-Verlag, 1964, t. 6, p. 53.

«El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como fin al mismo tiempo, y no solamente como un medio».

*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* en IMMANUEL KANT. *Werke*, Frankfurt am Main, Insel-Verlag, 1964, t. 4, p. 61.

Atrévete a saber; la persona debe ser siempre considerada como fin y nunca como medio. Resulta particular-

---

\* Texto que recoge la ponencia presentada en el Simposio Internacional «Inicio de la vida humana, ciencia y ética», celebrado en Valencia en noviembre de 1999.

mente oportuno evocar a Kant si queremos resumir en su plenitud el legado de la Ilustración; este doble imperativo —teórico y práctico— formulado con la convicción de que ambos elementos estaban llamados a confluír pacíficamente. La razón, liberada de las trabas que ya denunciara Francis Bacon, abriría las vías de un iluminador progreso, acompañado de la renuncia a todo intento de instrumentalizar a la persona al servicio de fines presuntamente superiores a ella.

Un modo de saberse posmoderno —por acudir a la etiqueta en boga— puede, a veces, consistir en reconocer que el doble legado de la Ilustración ha entrado, tiempo ha, en mutuo conflicto. Bastaría hojear la prensa diaria para constatarlo.

Norberto Bobbio —para tantos, ejemplo viviente de ilustrado contemporáneo— no ha dudado en señalar, desde la atalaya de sus noventa años: «si me pregunta por criterios en razón de los cuales podamos decidir en qué punto tenemos que parar la investigación científica y cuándo debemos continuar, no tengo ninguna respuesta». «Si hemos de preocuparnos por el futuro de la humanidad debemos ocuparnos del conocimiento científico, no de las filosofías»; «siempre han existido disputas filosóficas». «Lo que hoy pudiera representar un peligro para la humanidad es la evolución científica y tecnológica»; «hace tiempo que ha superado todos los límites, su velocidad no tiene freno»<sup>1</sup>.

También Edgar Morin nos dirá que «o bien la técnica nos domestica a nosotros, o bien nosotros domesticamos a la técnica. De ahí que los grandes problemas del siglo XXI estarán relacionados con la vida humana»; «hoy día, la ciencia está desarrollando poderes enormes, poderes de destrucción y de manipulación»<sup>2</sup>.

El ecologismo posmoderno logra a duras penas —en nombre de una progresista defensa del medio ambiente— plantear ciertos límites a las aplicaciones técnicas. Tien-

---

<sup>1</sup> Entrevista en «Die Zeit», reproducida por «El País» el 9.I.2000.

<sup>2</sup> Entrevista en «El Mundo» 30.I.2000.

de, sin embargo, a considerarse utópico —o incluso, por reaccionario, rechazable— sugerir un ecologismo personalista, capaz de condicionar a la investigación científica hasta hacerle renunciar a convertir a seres humanos en mera materia prima de sus experimentos, en nombre de un dogmático “progreso” con atisbos de huida hacia adelante.

La fe progresista, que defiende celosamente la incondicionable autonomía de la razón científica, se ve así falta de su imprescindible complemento ético: un imperativo categórico capaz de formular ese veto a la instrumentalización de la persona, sin el que el legado de la Ilustración pierde una parte esencial de su contenido.

Es, sin duda, imposible proporcionar desde una argumentación jurídica respuestas a tan difíciles interrogantes sin asumir principios éticos. El intento de derivar de probadas constataciones biológicas soluciones jurídicas precisas nos llevaría a incurrir en la ya tópica falacia naturalista. Pero no parece menos indudable que los hallazgos de las ciencias de la vida invierten, al menos, la carga de la prueba: obligan a quien realiza o patrocina determinadas investigaciones, a exhibir argumentos —de no menor calado ético— capaces de justificarlas.

No cabe concebir falacia mayor que la pragmática tendencia a considerar que, una vez demostrado que algo se «puede» —de hecho— realizar, sería irracional sugerir que no se «pueda» —por razones éticas— llevar a cabo; el noble fin justifica cualquier medio. El progresismo cientifista llega falazmente a postular —al margen, se nos dice, de toda opción ética— que todo lo que la ciencia pueda hacer debe consumarse. Este, tan novedoso como tácito, imperativo categórico permitiría enriquecer el horizonte de una humanidad que se autoevalúa con criterios meramente cuantitativos e instrumentales. Progresar consistiría en facilitar científicamente que se hagan *más* cosas, porque de ello sólo pueden derivar consecuencias buenas, por definición; esforzarse por descubrir éticamente lo *mejor*, y llevarlo a cabo, encubriría fácilmente un empeño reaccionario.

La argumentación jurídica se vio ya obligada, al surgir la polémica sobre la despenalización del aborto, a enfrentarse a cuestiones radicales:

1. ¿Cuándo comienza la vida «humana»? De no proporcionar la ciencia fronteras plausibles, ¿qué otros puntos de referencia cabría utilizar, para marcar un antes o un después en su obligada protección jurídica?
2. ¿Existen seres humanos a los que —por no ser personas— quepa tratar como objetos, o de los que quepa servirse como meros instrumentos? La pregunta suena a dislate, pero la esclavitud queda, históricamente, a la vuelta de la esquina; si es que llegó a quedar...
3. ¿A quién —y desde y hasta cuándo— cabe considerar como titular del derecho a la vida?
4. ¿Qué protección merece, en cualquier caso la vida humana; se considere o no —jurídicamente— a su sujeto como “persona física”? Mientras —como es bien sabido— la “persona jurídica” puede no coincidir con un ser humano en sentido propio, se pretenderá paradójicamente establecer —por vía jurídica— un concepto de “persona física” que da la espalda a la ciencia experimental...

#### I. UN BIEN JURÍDICO CON HONORES DE DERECHO

En lo que a la jurisprudencia constitucional española se refiere, el Tribunal —al anular la primera ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos, antes de que llegara a entrar en vigor— brinda ya en 1985 una primera respuesta a tan agudas cuestiones:

1. Parece claro cuándo comienza la vida humana. «Desde el inicio de la gestación» se ha puesto en marcha un proceso «continuo», tras haberse «generado un *tertium*» existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta». Se sugiere, de

modo poco preciso, que ulteriores «cambios cualitativos» pueden influir «en el status jurídico público y privado del sujeto vital», ya —por tanto— considerado existente<sup>3</sup>.

2. Se admite, a la vez, de modo implícito la existencia de individuos humanos que no son personas. La «vida independiente» —que sería condición para adquirir «plena individualidad humana»<sup>4</sup>— no parece, en principio, exigir que se haya dado a luz, ya que se constata el citado “tertium” como pre-existente. Pero —como se verá— eso no llevará a ese «sujeto vital» a verse reconocido como sujeto titular de derechos.
3. El Tribunal evita precisar un concepto constitucional de “persona”. Hasta diez años después, perdurará en el ámbito jurídico-penal un concepto pre-natal de la misma, al incluirse al aborto entre los «delitos contra las personas». Parece, sin embargo, optarse por suscribir el viejo concepto post-natal propio del derecho civil, que aplaza el reconocimiento de la personalidad hasta veinticuatro horas después del alumbramiento; amén de exigir al nacido viabilidad y ciertas condiciones —no se sabe, a estas alturas, si biológicas o estéticas— en lo que a figura se refiere. Sólo entonces sería el ser humano titular de derechos; incluido el de la vida, que condiciona obviamente el ejercicio de cualquier otro.
4. La vida humana merecerá, no obstante, protección jurídica. Se constata «que el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el “nasciturus” está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular de derecho fundamental» alguno; pero, «en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del “nasciturus” es un *bien jurídico constitucionalmente pro-*

<sup>3</sup> STC 53/1985 de 11 de abril, F.5,a) - «Boletín de Jurisprudencia Constitucional» (en adelante «BJC»), 1985 (49), p. 532; subrayados nuestros.

<sup>4</sup> STC 53/1985 de 11 de abril, F.5,b) - «BJC» 1985 (49), p. 532.

tegido por el artículo 15 de nuestra Norma Fundamental»<sup>5</sup>.

Surge —ante una ponderación, previsiblemente inevitable, entre este tipo de *bienes* y posibles *derechos* ajenos— la duda de si debe o no establecerse una gradación jerárquica entre ellos. Quedará, en esta ocasión, relegada a un voto particular la convicción de que los derechos habrían de primar en todo caso sobre los bienes jurídicos. Para quien la formula, cualquier jurista conoce la «enorme diferencia entre ambos conceptos», lo que se traduciría en este caso en que «sólo es titular de derechos quien es persona y el “nasciturus” no es persona». El Tribunal opta, sin embargo, por considerar a bienes y derechos como teóricamente equivalentes, asumiendo en el futuro —caso por caso— la responsabilidad de «ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado»<sup>6</sup>.

Como ejemplo del alcance de dicha propuesta, se aludiría a la obligación del Estado de «establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma»; ello exigirá que «incluya también, como última garantía, las normas penales»<sup>7</sup>.

Eran, no obstante, fácilmente predecibles las consecuencias de esas futuras ponderaciones de unos derechos, vinculados a un sujeto determinado, y unos bienes que —por más que se los hubiera considerado, quizá sólo biológicamente, «sujetos vitales»— no pasan de ser objetos, todo lo valiosos que se quiera; meras cosas, en cualquier caso, al no verse reconocidos como personas<sup>8</sup>.

Para dar respuesta a estas cuatro cuestiones la argumentación jurídica se ha ido apoyando en una serie de términos cuyas peripecias valdrá la pena seguir con atención:

<sup>5</sup> STC 53/1985 de 11 de abril, F.5 - «BJC» 1985 (49), pp. 532-533; subrayado nuestro.

<sup>6</sup> Epígrafe 3 del voto particular de F. TOMÁS Y VALIENTE, y F.9 de la STC 53/1985 de 11 de abril - «BJC» 1985 (49), pp. 538 y 534.

<sup>7</sup> STC 53/1985 de 11 de abril, F.7 - «BJC» 1985 (49), p. 533.

<sup>8</sup> Sobre todo ello nuestras reflexiones en los trabajos recogidos en *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreto desarrollo del artículo 15 de la Constitución* Madrid, Rialp, 1994; especialmente en las pp. 23-42.

vida humana, gestación, sujeto vital, vida independiente, persona, bienes jurídicos, derechos, "nasciturus"...

## II. BIENES JURÍDICOS SIN CONTENIDO ESENCIAL

Más de un decenio después, el Tribunal tendrá oportunidad de volver a argumentar sobre similares cuestiones, al abordar —tras siete años y medio de presunta reflexión...— el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 42/1988 de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos.

1. Tras su anterior constatación como un «continuum», la vida humana parece comenzar a trocearse. Aparte de la citada alusión a una vida «independiente» de la madre, reentrará ahora en escena el concepto de vida «viable», pero en un contexto bien distinto del planteado por las exigencias jurídico-civiles para el reconocimiento de la personalidad: «la cuestión relativa a la viabilidad o no de los embriones y fetos humanos cuyo régimen aborda la Ley ocupa lógicamente una posición central», teniendo en cuenta que «viable» es adjetivo cuyo significado el diccionario describe como «capaz de vivir»<sup>9</sup>. Capaz de vivir «humanamente», sin duda, ya que desde un punto de vista biológico nada invita por el momento a plantear la cuestión.

El «continuum» ha desaparecido. No nos hallamos ante un bien jurídico —ser humano vivo o «sujeto vital»— destinado a convertirse en persona —titular de derechos—, de no mediar una acción —por lo demás penalmente sancionada— que lo impida. El calado de la cuestión ética central se ha multiplicado. Lo que ahora se somete a discusión no es ya si existen seres humanos que no sean personas, sino si es lícito fabricar seres humanos o incluso —si los términos se consideran equivalentes— si es lícito fabricar personas.

<sup>9</sup> STC 212/1996 de 19 de diciembre, F.4 - «BJC» 1997 (189), p. 75.

Al no haberse rechazado éticamente la fabricación de seres humanos «in vitro», surgirán nuevos problemas jurídicos. No habrá, en tales circunstancias, motivo para dar paso a una sanción penal de dicha acción. Tendremos ahora un ser humano vivo, que —de no mediar una acción (la implantación en un útero), que no es concebible convertir en jurídicamente obligatoria— jamás podrá convertirse en persona titular de derechos. ¿Seguirá constituyendo tal vida un «bien jurídico» de valor similar al ya reconocido a la del «nasciturus»? Antes de sugerir cualquier respuesta, resulta obvio lo poco que el derecho podrá hacer para neutralizar las consecuencias —fácilmente previsibles— que derivarán de esta nueva situación; llevada, por cierto, a cabo sin más público debate ético que el indirectamente suscitado en sede parlamentaria.

Que el bien jurídicamente protegido no parece ya tan valioso al Tribunal queda claro cuando —al recordar que la ley incluye, en principio, entre los seres vivos no «viables» a «los embriones abortados, espontáneamente o no»— pasa a considerarlos como mera «estructura celular sin posibilidad de ulterior desarrollo». El «sujeto vital» se ha esfumado; para los Magistrados de la mayoría, no nos hallamos ante «embriones con *expectativa*, valga la expresión, de “*personalidad*”». La consecuencia no es irrelevante: desaparece «la protección que la Constitución exige para la vida del “nasciturus”, puesto que de tal no se trata»<sup>10</sup>.

El dilema entre una dimensión pre/post-natal de la personalidad sufre una anticipada gemación. La vida prenatal podrá a su vez estar o no en condiciones de aspirar a alcanzarla.

Con la fecundación «in vitro» surge, pues, la novedosa figura del “moriturus”: un ser humano fabricado para morir, una vez cumplida la función meramente instrumental a la que estaba destinado; todo un progreso, dudosamente “ilustrado”. «No viable» significaría precisamente «que

<sup>10</sup> STC 212/1996 de 19 de diciembre, F.6 - «BJC» 1997 (189), p. 76; subrayados nuestros.

nunca va a “nacer”, en el sentido de llevar una propia “vida independiente de la madre”<sup>11</sup>. Se sienta así, de paso, una interpretación del concepto de vida «independiente» más restrictivo del que la sentencia que se cita parecía sugerir.

Que una cosa pueda donarse —por “buena” que sea, o precisamente por serlo...—, no parece pueda escandalizar a nadie. Lo que no deja de ser significativo es que, cuando los recurrentes argumentan que se está así abriendo paso a una «patrimonialización de seres humanos», «incompatible con la dignidad de la persona», el Tribunal, en vez de recordar que los embriones (incluso los viables) no son personas —lo que zanjaría drásticamente la cuestión—, dedique un notable esfuerzo a argumentar que la donación prevista por la ley se refiere a «embriones o fetos muertos o, en todo caso, no viables». Se van sucediendo inesperadas conclusiones en cadena: se acaba de establecer una neta identidad jurídica entre los seres humanos ya muertos y los “morituri”.

2. Argumentar la posible existencia de seres humanos que no sean personas implica, sin duda, una opción ética de tan notable alcance como para invitar a pensárselo despacio. Aunque la cuestión ya había quedado drásticamente despejada en ocasión anterior, continúa —por lo que parece— resultando arduo asumirla con desenvoltura. El problema va a cobrar, en consecuencia, una nueva dimensión.

Los embriones en cuestión pasarán a verse, al menos tangencialmente, equiparados a meros «órganos humanos», con lo que se les comienza a regatear —inicialmente sólo por analogía— incluso la categoría de seres humanos. Un órgano no es un sujeto vital sino una cosa viva; de ahí que se pueda donar, o incluso —mal que le pese al derecho— pueda acabar siendo vendido. Mientras al «nasciturus» se le reconocía como ser humano o sujeto vital sin

<sup>11</sup> STC 212/1996 de 19 de diciembre, F5 - «BJC» 997 (189), p. 76. El Abogado del Estado prefiere aludir a un «oriturus» -*ibidem*, Antecedente 6.A); p. 73.

personalidad, al “moriturus” —en clara previsión de determinadas consecuencias jurídicas— se le niega —aun a costa de ignorar evidencias científicas— incluso la condición de ser humano.

Se nos pone, en efecto, de relieve que el término «no viable» hace referencia a la «incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una “persona” en el fundamental sentido del artículo 10.1 CE»<sup>12</sup>. La existencia —éticamente repugnante— de seres humanos que no son personas va a ser solventada con una drástica argumentación que volverá la oración por pasiva: en adelante sólo a las personas —en sentido jurídico-civil— cabrá considerarlas seres humanos; diga la ciencia lo que diga.

La *ciencia constata* unos hechos: hay vida humana desde la concepción, sin que quepa luego observar saltos propiamente cualitativos. La *ética valora*; lo que le pone en condiciones de derivar una relevancia cualitativa de situaciones, para un científico, no especialmente significativas. El *derecho* no valora menos; pero se verá obligado además —por imperativos de seguridad— a establecer de forma *precisa* momentos a partir de los cuales quepa derivar consecuencias relevantes.

Ni la argumentación ética ni la jurídica han de considerarse determinadas por las constataciones científicas; pero, cuando las ignoran, sus valoraciones o previsiones pierden inevitablemente solidez y dejan en evidencia un posible transfondo —por voluntarista— irracional. La vieja afirmación anglosajona —desbordada hoy con entusiasmo progresista— de que el Parlamento podría hacer todo lo que estimara oportuno, menos convertir a un hombre en mujer —o viceversa, sería políticamente correcto añadir...— reflejaba esta ecuación.

Planteada así la cuestión, una actitud ilustrada obligaría a decantar con precisión lo científico y lo ético, para asumir la responsabilidad de las valoraciones en juego. Negar los hechos —de modo directo o recurriendo a cam-

<sup>12</sup> STC 212/1996 de 19 de diciembre, F5 - «BJC» 1997 (189), p. 75.

biar el sentido de las palabras que de ellos nos dan noticia— nos retrotraería más bien a la magia. En el caso que nos ocupa se admite, por lo visto, que la ciencia registra la existencia de determinadas realidades, pero se pretende que ello no implica que se trate de “seres”; la ciencia constatará que comparten la identidad genética de nuestra especie, pero sólo el Código Civil permitirá considerarlas «humanas». Se condena, pues, a los científicos a afrontar novedosos problemas terminológicos; ¿podrían seguir sosteniendo en adelante, dando la espalda al Código Civil, la existencia de “células humanas”?

El «Sapere aude!» ilustrado exigiría, por una parte, reconocer sin ambages que admitimos la existencia de seres humanos que no son personas; pero, por otra, el categórico imperativo ético heredero de la Ilustración experimenta ante dicha hipótesis repugnancia tal como para acabar contraargumentando —por vía jurídica— que sólo las personas son seres humanos. El derecho se ve así degradado a instrumento mágico; con lo que se ratifica, por una vez, lo acertado de las críticas planteadas en su día por Comte, al considerar a los juristas como brazo armado de unos metafísicos pre-positivos decididos a justificar el desprecio a los resultados científicos.

Esta remisión de la personalidad al ámbito jurídico-civil —y el artificioso doble lenguaje a que acaba empujando— encontrarán cumplida crítica, por vía de voto particular. Se nos recordará, por ejemplo, lo desfasado de las veinticuatro horas de espera, cuando ya nadie medianamente ilustrado ignora que «la figura humana y su entera organización la tiene el feto mucho antes de nacer»<sup>13</sup>.

No se ha incurrido sin duda en falacia naturalista, pretendiendo convertir expeditivamente el dato científico en prescripción jurídica; pero se nos presenta como obligado progreso dar la espalda al dato, para regresar al pensamiento mítico. ¿Qué sentido puede hoy tener el transcurso

---

<sup>13</sup> Epígrafe 2 del voto particular del Magistrado J. GABALDÓN LÓPEZ a la STC 212/1996 de 19 de diciembre - «BJC» 1997 (189), p. 80.

de un día desde el alumbramiento, para derivar de él consecuencias jurídicas? Mantener, en la era del ADN, ese lapso de tiempo antes científicamente necesario para cerciorarnos de si nos encontrábamos o no ante un ser humano («figura» incluida...), no deja de constituir un pintoresco atavismo. Con ello, lejos de garantizar jurídicamente los derechos de la persona, se la está situando en un artificioso umbral de incerteza, que contribuirá más bien a hacerlos peligrar.

Se argumente científica o jurídicamente, parece racionalmente exigible dejar fuera de discusión que «la vida humana, desde su comienzo embriológico, es una realidad de hecho demostrable y demostrada». Nos hallaríamos, pues, ante una «vida en gestación», «que corresponde a un ser vivo que no puede ser otra cosas que hombre». Todo ello invitaría a pensar que, ya en la sentencia del decenio anterior, se «contiene una doctrina apta para fundamentar una verdadera definición constitucional de la personalidad jurídica»<sup>14</sup>.

Sin duda; pero con una inevitable consecuencia: poner freno jurídico a la posible creación artificial de seres humanos, destinados a convertirse en materia prima de investigación y en objeto de comercialización; demasiado esfuerzo para una Ilustración que se nos ha quedado coja, incapaz ya de sostenerse a la vez sobre sus dos originarios puntos de apoyo.

**3.** Decididamente, los embriones condenados —por su no «viabilidad»— a acabar abortados no llegarán nunca a convertirse en sujetos con personalidad jurídica, titulares de derecho. Es más, ni siquiera se les considerará ya cosas tan valiosas como para merecer el tratamiento de bienes jurídicamente protegidos. Se está reconociendo implícitamente la existencia de vidas humanas (quizá «vida humana», para que suene más biológicamente neutro y menos vinculado a sujetos...) que no son

---

<sup>14</sup> Epígrafe 2 del voto particular del Magistrado J. GABALDÓN LÓPEZ a la STC 212/1996 de 19 de diciembre - «BJC» 1997 (189), p. 80.

dignas de, no merecen o —al menos— no exigen protección jurídica.

Surgen, en efecto, «frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión, que hace de los mismos un “bien jurídico”». A nadie podrá, pues, extrañar que sean «susceptibles de utilización»; puesto que Kant hablaba de personas, quizá no debiera siquiera darse por aludido. Sólo queda a estos seres humanos abierta una expectativa, meramente refleja: que «la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) pueda tener una determinada proyección» sobre aspectos de su regulación. Así ocurre, ciertamente, con los cadáveres<sup>15</sup>; pero éstos, al fin y al cabo, han sido personas. Por qué se sigue mostrando similar generosidad con quienes —a fuerza de no ser personas— no serán siquiera reconocidos como bienes jurídicos debe responder a algún residual regomeyo ético.

4. La argumentación jurídica de la protección de la vida humana se había refugiado en la polémica distinción entre bienes y derechos. Al convertirse en misión imposible seguir manteniendo, a estas alturas, la equiparación entre ambos conceptos, el propio «nasciturus» resultará afectado.

Se explicita ahora —con efecto retroactivo— que, aun mereciendo el no nacido la consideración de «bien jurídico constitucionalmente protegido», no cabe invocar en su favor «una garantía normativa, la del contenido esencial, que la Constitución reserva precisamente a los derechos y libertades». El presunto equilibrio entre bienes y derechos se ha acabado rompiendo con estrépito: como no cabrá ya hablar en rigor del «*contenido esencial* de un *bien jurídico* constitucionalmente protegido»<sup>16</sup>, se le situará —a la hora de protegerlo— en una notoria desigualdad ante cualquier posible ponderación con un *derecho*.

<sup>15</sup> STC 212/1996 de 19 de diciembre, F5 y 8 - «BJC» 1997 (189), p. 76.

<sup>16</sup> STC 212/1996 de 19 de diciembre, F3 - «BJC» 1997 (189), p. 75; subrayados nuestros.

### III. ¿ES DIGNO DE PROTECCIÓN QUIEN NO ES PERSONA?

Un trienio más habrá que esperar para que el Tribunal Constitucional —tras haber podido emplear casi diez años y medio en el empeño— se anime a argumentar de nuevo sobre estas cuestiones, con ocasión del recurso presentado —un mes antes que el precedente...— contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida; que es precisamente la que había prestado aval jurídico a la fabricación de embriones «in vitro».

1. Como si volviéramos a la Grecia clásica, el ser humano parece fatalmente destinado a una curiosa reencarnación biológica asumiendo sucesivas “vidas”, más o menos humanas. La argumentación jurídica riza el rizo sin miedo a las paradojas. Para dejar hacer a la ciencia, encadena subterfugios lingüísticos, fabricando conceptos contradictorios con lo científicamente establecido...

Gracias a ellos se intentarán asumir de modo más llevadero arduas opciones éticas; las exigidas para dar vía libre a un presunto progreso científico, cuyas constataciones resulta a la vez obligado ignorar. La imprecisa alusión —formulada catorce años antes— a la posible existencia de «cambios cualitativos» dentro de la gestación, como continuo proceso vital, va a encontrar ahora eco en un artificioso concepto.

Ningún razonamiento científico parece justificar —como aquí y hoy un prestigioso experto nos ha recordado...— el reconocimiento de cambio cualitativo alguno entre los días decimocuarto y decimoquinto de la gestación. La argumentación plasmada en la Exposición de Motivos de la ley no duda, sin embargo, en establecer —por sí y ante sí— que «el momento de la implantación es de necesaria *valoración* biológica».

Se atribuyen sin rubor a la biología funciones valorativas, para mitigar la responsabilidad derivada de una muy personal valoración ética de los hechos. El resultado será biológicamente sorprendente: sólo producido el evento «se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad bioló-

gica que es el embrión» (sic)<sup>17</sup>. Tan inesperado hallazgo científico encontrará oportuna argumentación jurídica; se ha creado “ope legis” una nueva realidad biológica: el “preembrión”.

Cuando los recurrentes rechacen esta «indebida distinción entre preembriones y embriones propiamente dichos, que conduce a un distinto “status” jurídico», el Tribunal encuentra fácil respuesta: en los textos legales, «las exposiciones de motivos carecen de valor normativo, por lo que no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad». Los biólogos pueden respirar aliviados; ni siquiera los juristas parecen tomarse tan sofisticadas argumentaciones demasiado en serio.

Los novedosos «preembriones» —según nos aclara el Tribunal— son «no viables, es decir, incapaces de vivir», si no se les implanta; comparten así una condición ya atribuida a los embriones «no viables», que los convierte automáticamente en «abortados en el sentido más profundo de la expresión»: la «incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una “persona” en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E.»<sup>18</sup>. Se reincide, pues, en no admitir más seres humanos que los que el derecho considere personas. La argumentación jurídica se presta a tranquilizar conciencias, eludiendo el severo y ya añejo argumento ético de que habría seres humanos que no son personas.

El término jurídico «preembrión» no corresponde a realidad física alguna. Se trata de un concepto meramente funcional, necesario para argumentar con apariencia de legitimidad ética las consecuencias jurídicas perseguidas. Los preembriones no son sino el disfraz biológico de aquella novedosa categoría jurídica de los “morituri”, pues —como nos reitera con loable rigor el Tribunal— no son

<sup>17</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F.2 - Suplemento 162 al «Boletín Oficial del Estado» (en adelante «BOE») de 8.VII.1999, p. 71; subrayado nuestro.

<sup>18</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F.9,B) y C) - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 74; donde figuran igualmente las alusiones que citamos en el párrafo siguiente.

«susceptibles de ser considerados, siquiera, nascituri»; de ahí que se los reconozca de antemano tan «frustrados» como a los «embriones o fetos humanos abortados». Al proceder argumentativamente a tan expeditiva identificación, se olvida —no se sabe bien por qué— que bastaría que una mujer lo deseara para que, implantados, pudieran convertirse en viables. Se produciría en tal caso un nuevo fenómeno mágico: superada su congénita «frustración», los preembriones se verían “des-abortados”; para inesperada ilustración de los científicos...

La previsión legal de que la mujer pueda decidir en cualquier momento la suspensión de este artificioso proceso ha dado paso —a juicio de los recurrentes— a otra novedosa figura: el aborto «in vitro». El Abogado del Estado —entrando de lleno en la más creativa interdisciplinariedad— contrargumenta aportando otro misterioso descubrimiento jurídico: la gestación no comienza hasta que se haya producido la implantación. Previamente sólo tendríamos «células germinales anteriores al inicio del proceso gestativo»<sup>19</sup>.

La arbitraria diferenciación entre preembriones y embriones impone este voluntarismo paralelo: la argumentación jurídica va a dar paso a un nuevo concepto funcional, gemando el de gestación hasta dar paso a dos «gestaciones»; para mayor mérito, sucesivas: una fabricada «in vitro» —que desarrolla una vida sin gestarla— y otra reencarnada con posterioridad. Fabricar no es gestar...

La pregunta radical se hace insoslayable: ¿desde cuándo hay dignidad humana? ¿desde que hay vida humana o desde que ésta anida en la pared de un útero? La respuesta exigirá, una vez más, argumentar por pasiva: no habrá dignidad donde no hay vida. El preembrión, en consecuencia, no carecerá sólo de dignidad sino que ni siquiera deberemos reconocer en él vida humana. Sólo esta transubstanciación jurídica de la realidad biológica permitirá asu-

<sup>19</sup> Antecedente 5.C) a la STC 116/1999 de 17 de junio - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 70.

mir que su tratamiento legal no implique desarrollo alguno del artículo 15 de la Constitución.

Se desborda inesperadamente el individualismo posesivo, que venía legitimando el aborto con el argumento de que la mujer tendría un indiscutible derecho a disponer de su cuerpo, del que no en vano sería propietaria. Ahora lo que se argumenta es que la mujer puede decidir sobre algo que no es su propio cuerpo; e incluso que solamente podrá hacerlo mientras ese algo se halle fuera de ella: «hasta el momento de la transferencia de los embriones al útero materno o, en todo caso, hasta que se considere iniciado el proceso de gestación»<sup>20</sup>; obviamente, en segunda convocatoria...

2. Hay, pues, seres humanos que pueden ser instrumentalizados como meros objetos. El ya indicado carácter funcional del concepto clave aflorará, al reconocerse sin ambages que «los preembriones no implantados» no «son, a estos efectos, “persona humana”». Ello justificará que el «quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo», no pueda considerarse «contrario al derecho a la vida (art. 15 C.E.) o a la dignidad humana (art. 10 C.E.)»<sup>21</sup>.

Este concepto funcional no niega, sin embargo, la existencia de un substrato real que merece —por razones no explicitadas— si no protección, al menos respeto. Sólo ello ayudaría a entender la entrada en juego de un «principio de manipulación e intervención mínima en el proceso de reproducción», bastante menos inteligible si de otra especie animal se tratara.

Cabrá pues instrumentalizar o manipular, pero lo imprescindible. Aquí es donde el segundo legado de la Ilustración resulta atropellado por el primero; el progresismo se ha hecho inhumano. Porque si nos encontráramos ante una vida humana habría que reconocerla intangible; y si

---

<sup>20</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F10 - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 74.

<sup>21</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F11 - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 75; subrayado nuestro.

no es el caso, resulta esotérico el consejo de manipular «ma non troppo». El principio de manipulación mínima de lo humano encierra un contrasentido rebotante de mala conciencia. Constituye un argumento sintomático de la incertidumbre en que el Tribunal se mueve, cuando reclama de modo implícito a científicos, éticos y políticos que le despejen tanta incógnita irresuelta: «no es función de este Tribunal establecer criterios o límites en punto a las determinaciones que, con apoyo en dicha directriz [la promoción de la ciencia], pueda establecer el legislador, máxime en una materia sometida a continua evolución y perfeccionamiento técnico»<sup>22</sup>.

El principio de manipulación mínima lleva a establecer prohibiciones legales que afectan no sólo a los preembriones sino incluso al mismo inicio de su proceso de fabricación, al excluirse «la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana». Igualmente se autorizará «el denominado “test del hamster” exclusivamente para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos, obligando a la interrupción del test desde que se produzca la división celular»<sup>23</sup>. La sensación de estar pisando terreno minado resulta indisoluble.

No se disimulará tampoco que si se arrostran tales riesgos es para evitar a cualquier precio toda barrera constitucional a la investigación científica. De ahí que se nos recuerde que la legislación positiva ha de verse informada por el «principio rector del artículo 44.2»; de acuerdo con el cual «los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general»<sup>24</sup>.

Para aclarar a los recurrentes que el procedimiento en discusión «no implica en modo alguno la “patrimonializa-

---

<sup>22</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F.6 - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 73.

<sup>23</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F.11 y 6 - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, pp. 75 y 73.

<sup>24</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F.6 - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 73.

ción”, que se pretende, de la persona», se recuerda que la ley prevé «la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora». De ahí habría que derivar que «los preembriones en ningún caso puedan ser jurídicamente considerados como bienes comercializables»<sup>25</sup>. La fe en la capacidad persuasiva de la argumentación legal es muy de resaltar.

No deja de ser curioso que este debate sobre la posible patrimonialización de la persona se suscite a propósito de una ley de «reproducción asistida»; no en vano tal práctica estaba teóricamente destinada a posibilitar tanta maternidad frustrada. Esa dimensión altruista protagonizó ante la opinión pública —más aún que los sagrados fueros de la ciencia— la argumentación favorable al proyecto. No resultaba fácil imaginar que tales técnicas, de costos nada irrelevantes, pudieran llevarse a la práctica de modo gratuito; al margen, por tanto, de una relación comercial. Excluir que ésta se extendiera a otras fases del proceso implicaba un nuevo voluntarismo.

La dinámica real acaba desenmascarando más de una sutileza de la argumentación jurídica. El proyecto de «reproducción asistida» precedía, como ya señalamos, al de «donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos». Dispuestos ya a instrumentalizar seres humanos, «de la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones». Lo que, obviamente, se había puesto en marcha era la ulterior utilización —se quiera o no, también comercial— de los resultados de algo admitido, con aire resignado, «como un hecho científicamente inevitable»: «la eventual existencia de preembriones sobrantes». Se da así vía libre, no sólo a su posible «crioconservación» —«para mejor *utilizar* los preembriones ya existentes, y evitar fecundaciones innecesarias»<sup>26</sup>— sino también a su posterior uso discrecional.

---

<sup>25</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F.11 - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 75.

<sup>26</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F.11 - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 75.

Calificar de «sobrantes» a determinados «preembriones» desborda con mucho la constatación científica, para implicar una nueva valoración ética de notable calado. De no menor calado que el reconocimiento de la paralela existencia de embriones «sobrantes», implícito en el ya rutinario consejo —ayer en Huelva, hoy en Puerto Rico— planteado sin previa solicitud a toda mujer sometida a tratamiento contra la esterilidad a la que se anuncia que podría ser madre de seis o siete hijos de un golpe: aborte, al menos, cuatro, si quiere salvar al resto. La resistencia a someterse a tan «científico» consejo tropezó en ambos casos con las convicciones de la hoy ya madre de tan numerosa familia y de la que en un futuro inmediato puede verse en situación similar.

Plantear tal situación como un dilema entre unos neutrales consejos técnicos y sus pre-rationales (¿irrationales incluso?) planteamientos confesionales encerraría un burdo maniqueísmo. Nos hallamos, más bien, ante dos planteamientos éticos alternativos; sin mayor diferencia que el carácter inconfesado —y blindado con ello a toda crítica— del primero.

Asumir que pueda llegar a convertirse en real «la taxativa prohibición de fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana»<sup>27</sup> recogida por la ley y reconocer, a la vez, que toda fecundación llevará inevitablemente consigo la existencia de preembriones «sobrantes» crioconservables, supone traspasar el cielo de los conceptos —sobre el que ironizara Ihering— para perderse en la estratosfera de una presunta ingenuidad.

Si se da por bueno que todo lo que científicamente se pueda hacer debe poder éticamente hacerse, pretender que no ocurra lo mismo en el ámbito económico exige un acusado doctrinarismo. También toda actividad —no eficazmente impedida por vía jurídica— susceptible de generar beneficio económico acabará llevándose a la práctica con tal fin; fuera cual fuera la presunta o real «mens legis-

---

<sup>27</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F.7 - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 73.

latoris». El Tribunal se había mostrado con anterioridad —al pronunciarse sobre la despenalización del aborto— muy sensible respecto a las efectivas consecuencias prácticas de las previsiones legales, obligando —no sin ardua polémica— a retocarlas en clave garantista; ahora abandona esa argumentación. Tanto la experimentación científica como la posterior utilización industrial de los preembriones acabará quedando abierta; y, desde luego, no «gratis et amore».

3. A quién cabe reconocer derecho a la vida es pregunta que contaba ya con respuesta consolidada: «son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los “nascituri”». En consecuencia, una ley «en la que se regulan técnicas reproductivas referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano»<sup>28</sup> no implicaría en rigor un desarrollo del artículo 15 de la Constitución.

La cuestión se replanteará a raíz de una polémica de alcance aparentemente formal: si el proyecto en cuestión habría o no vulnerado la reserva de ley orgánica, exigida por el artículo 81.1 del mismo texto constitucional. El voto particular que la sentencia acaba provocando demostrará en qué medida lo formal y lo substancial son de difícil deslinde dentro de la realidad jurídica. La solemne argumentación con que arranca uno de sus epígrafes ya permite vislumbrarlo: «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»<sup>29</sup>.

La consecuencia inmediata sería que, si «el Estado tiene la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, concediéndoles la mejor tutela posible», «la

<sup>28</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F.4 - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 72; la primera de las citas nos remite al F.3 de la ya comentada STC 212/1996.

<sup>29</sup> Epígrafe 3 del voto particular del Magistrado M. JIMÉNEZ DE PARGA, al que presta su adhesión F. GARRIDO FALLA, a la STC 116/1999 de 17 de junio - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 79; la referencia recogida en el siguiente párrafo *ibidem*, p. 80.

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»; ya que «no resulta lógico negar al tronco la cobertura constitucional que se otorga a las ramas».

¿Goza, pues, la vida humana de dignidad desde su inicio? ¿Cuándo y por qué surgiría, en caso contrario, tal dignidad? Reincidiendo en la forzada vuelta por pasiva —sólo las personas serían seres humanos— ¿hay que entender que el ser humano sólo goza de dignidad cuando se ve reconocido como persona? Habría quedado, en tal caso, obsoleta la argumentación que justificaba el reconocimiento de la vida del no nacido como bien jurídico digno de protección constitucional. El Tribunal no se permite el lujo de abordar frontalmente tan peliagudo giro argumental, sino que se acogerá a lo que los discrepantes consideran un «discernimiento formalista»: «descartar de nuestro análisis toda referencia» sobre el particular<sup>30</sup>.

El Abogado del Estado ya había argumentado, en sus alegaciones, la obligada «consideración restrictiva» de la reserva constitucional de ley orgánica, recordando que la salud —que sería el bien realmente afectado—, al ser objeto de un derecho contemplado con rango no fundamental en el artículo 43 de la Constitución, no exigiría tan preciosa garantía<sup>31</sup>. Esta habría de reservarse estrictamente a los derechos incluidos en los artículos 1 a 29, con el añadido del 14 y el 30.

Ya vimos cómo los *bienes* dignos de protección jurídica —tales como la vida del no nacido— veían comprometida su declarada equivalencia con los *derechos*, al argumentarse que no tienen ese *contenido esencial* que sería exclusivo de éstos y de las libertades públicas. La diferencia de trato parece encontrar nuevo apoyo en la argumentación

<sup>30</sup> Epígrafe 4 del voto particular a la STC 116/1999 de 17 de junio, y F.4 de la misma - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, pp. 80 y 72.

<sup>31</sup> Antecedente 5.A) de la STC 116/1999 de 17 de junio - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 70.

del Tribunal: no sólo no nos encontramos ante un desarrollo del derecho fundamental a la vida del artículo 15, sino que ha de descartarse toda referencia a la dignidad de la persona, ya que —contemplada en el artículo 10— estaría a su vez privada de la *reserva de ley orgánica*, pues ésta debería también «entenderse referida a los derechos y libertades públicas» de modo exclusivo.

Los Magistrados discrepantes argumentarán su convicción de que «la dignidad de la persona es un *valor* jurídico fundamental». Al elegir cuidadosamente un término ajeno a la polémica diferenciación entre bienes y derechos, no hacen sino repetir lo ya afirmado por el Tribunal en 1985, en la sentencia que abre la serie que venimos examinando. En realidad, el artículo 1.1 de la Constitución no incluye a la dignidad humana entre los valores «superiores» —que no fundamentales...— del ordenamiento jurídico, mientras el artículo 10.1 la considera (¿habríamos de decir “sólo”?) «fundamento del orden político y de la paz social». Por lo demás, la dignidad a la que el Tribunal se refería catorce años antes no era la del no nacido sino la de la madre: «un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida»<sup>32</sup>.

La necesidad de una interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica va a dar paso a un interesante quiebro argumental. Ante la tendencia a extender con abusiva generosidad tan excepcional garantía, el Tribunal había establecido que «tales reservas resultan de carácter material y no formal». No sería la mera adscripción formal a un precepto situado en determinada sección del texto constitucional la que la justificara, sino el contenido material digno de protección realmente afectado.

Serán ahora los discrepantes quienes argumenten por pasiva: si la «concepción material de la reserva sirve para excluir a lo que sea ajeno al derecho fundamental, aunque figure en una ley que desarrolle ese derecho», debería

<sup>32</sup> Epígrafe 1 del voto particular a la STC 116/1999 de 17 de junio - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 79; subrayado nuestro.

llevar «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»<sup>33</sup>.

Conviene, a fin de cuentas, no olvidar que el texto constitucional no define qué derechos son o no «fundamentales»; ha sido la doctrina la que se ha inclinado por identificar expeditivamente tal rango con la posibilidad de apelar en su defensa al recurso de amparo. Con ello se acabaría privando de carácter «fundamental» a la dignidad humana; sin negar que ella sea el fundamento de los derechos fundamentales...

Queda en el voto particular fuera de discusión, desde una óptica «material», que la dignidad humana —que «se vertebra con derechos inviolables, que, como tales, son inherentes a ella»— merece verse garantizada por la reserva de ley orgánica; sin perjuicio de que sean los derechos que de ella derivan los accionables por vía de amparo. Sólo una distancia meramente «formal» —como la que separa al artículo 14 del 10, que le sirve de fundamento— podría justificar una interpretación abusiva; con efecto restrictivo, en este caso.

El enjundioso alegato jurídico no acabará aquí, sino que aportará un nuevo elemento, repescado del campo de la argumentación ética. Se ha hecho habitual en ella reclamar el mayor *consenso* posible a la hora de regular cuestiones susceptibles de generar particular *polémica* en la pública opinión. Dado que la reserva de ley orgánica lleva consigo la exigencia de una mayoría cualificada —plasmada en un “quorum” específico— negar tal garantía supone restringir el consenso capaz de saldar por vía legislativa una ardua polémica social.

Se habría imposibilitado la entrada en juego —prevista por la Constitución— de «una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas»; bien distinta de la «petrificación abusiva en beneficio de quienes

---

<sup>33</sup> Epígrafe 2 del voto particular a la STC 116/1999 de 17 de junio - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 79.

en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado»<sup>34</sup>. Cuando en la bioética se ha convertido en tópico la remisión a soluciones consensuadas, se nos propone una argumentación jurídico-formal que restringe el consenso...

4. Mientras a la vida del no nacido se la consideró, sin asomo de duda, merecedora de protección penal, ahora «el intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos», se verá tipificado —hasta que el nuevo Código Penal contemple siete años después estos problemas<sup>35</sup>— sólo como «infracción administrativa muy grave». Igualmente «la competente autoridad administrativa» acabará autorizando que «los preembriones obtenidos por fecundación “in vitro”» sean «utilizados con fines científicos de experimentación»<sup>36</sup>.

Por si fuera poco, se reproduce una circunstancia que ya había llevado al Tribunal a dictaminar la inconstitucionalidad de un artículo similar de la ley posterior: la genérica remisión a la Ley General de Sanidad, «con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada», a la hora de determinar el alcance de estas sanciones administrativas. El dictamen reiterado es drástico: tales términos «no se compadecen con las exigencias derivadas del principio de legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE», ya que configuran una «cláusula relativizadora» que «deja en la más completa indeterminación el ré-

---

<sup>34</sup> Epígrafe 4 del voto particular a la STC 116/1999 de 17 de junio - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, p. 80.

<sup>35</sup> El artículo 161 castiga con pena de prisión de uno a cinco años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez, a «quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana», y con idéntica pena «la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza». El artículo 162 prevé pena de prisión de dos a seis años, y similar inhabilitación de uno a cuatro, a «quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento», mediando denuncia de la agraviada.

<sup>36</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F. 7 y 8 - Suplemento 162 al «BOE» 8.VII.1999, pp. 73 y 74.

gimen sancionador que el legislador ha querido imponer en esta materia»<sup>37</sup>.

Una vez más —ahora en el ámbito de su efectiva protección jurídica— los *bienes*, desprovistos, a estas alturas, de «contenido esencial» y privados de la garantizadora reserva de ley orgánica, acaban viéndose tratados de modo bien distinto que los *derechos*, a la vez que se corre un tupido velo sobre la posible existencia de unos valores jurídicos en los que unos y otros encontrarían sentido<sup>38</sup>.

\* \* \*

La argumentación jurídica nos ha mostrado una variante particularmente rica de lo que se ha dado en llamar la dimensión «performativa» (¿por qué no configuradora?) del lenguaje, al exhibir su envidiable capacidad de crear o modificar realidades sirviéndose de palabras. Los términos se diversifican y arraciman moldeando la realidad, más que expresándola.

La vida pasa a calificarse como independiente o viable, hasta hacernos dudar si sigue siendo humana.

El ser humano vivo deja de ser persona titular de derechos, e incluso se nos queda reducido a embrión sin expectativa de personalidad: preembrión, al que sería provocativo empecinarse en calificar de «humano»; aunque sí sea políticamente correcto motejar todavía de tales a óvulos y espermatozoides.

Al atribulado «nasciturus», tratado como valioso objeto hasta que logre ver la luz, le ha sucedido un «moriturus» (¿«oriturus»? ) que ya no es siquiera sujeto vital sino preembrión sobrante; objeto transferible, si no comercializable.

<sup>37</sup> STC 116/1999 de 17 de junio, F.16 - Suplemento 162 al «BOE» de 8.VII.1999, pp. 77-78. También STC 212/1996 de 19 de diciembre, F.13 - «BJC» 1997 (189), p. 78.

<sup>38</sup> A la relación entre derechos y valores —y a la dimensión mediadora de principios y normas— me he referido en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 157 y ss.

Se niega a la dignidad humana —aun reducida a calidad exclusiva de la persona nacida— el carácter fundamental propio de los derechos a los que fundamenta. Funcionalmente se le acabará negando dignidad a quien no sea ya titular de derechos; con su contenido esencial y su garantizadora reserva de ley orgánica.

Si no sonara demasiado macabro, habría quizá que plantearse si no se habrá dado vía libre al concepto de vida indigesta, tras diversificar el término «gestación» hasta dejarlo irreconocible.

Denominador común de todo este aparato argumental es la radical dimensión teleológica de la realidad jurídica; se construyen conceptos adivinando siempre una consecuencia práctica. Se tergiversa la realidad para hacer más llevadera una valoración ética arduamente asumible. El derecho podrá ceder paso a algo que difícilmente merecerá considerarse bueno; pero no podrá permitirse el lujo de que deje de aparentarlo, porque la confianza ciudadana se alimenta de valoraciones éticas.

Ni siquiera la jurisprudencia constitucional —explicitadora del «núcleo duro» del derecho— acierta a disimular esta perplejidad posmoderna ante el dilema irresuelto del legado de la Ilustración: quién debe prevalecer en la imprevista e indeseada confrontación entre progreso técnico y dignidad humana.



# **ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS**

**NUEVA ÉPOCA  
VOLUMEN 1**

**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS**

**FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE  
MADRID, 2000**