



2 2010

ΑΛΕΤΗΙΩ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

lib
ere



αΛεθηια
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Comité Científico

SOSA WAGNER, FRANCISCO	GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN
SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS	GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE
SAIZ DE MARCO, ISIDRO	GALÁN JUÁREZ, MERCEDES
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	ESPEJO GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL
REQUENA LÓPEZ, TOMÁS	CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE
PALMA LÓPEZ, CRISTINA	CAMY ESCOBAR, JESÚS
MOREU SERRANO, GERARDO	CAIADO AMARAL, RAFAEL
MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO	BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS
MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS	BELADÍEZ ROJO, MARGARITA
MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ	ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER
SECRETARIO:	SECRETARIA ADJUNTA:
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	PARERA CARRETERO, SOLEDAD

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)



SUMARIO

DOCTRINA

Págs.

1-35 Bases competenciales en materia de investigación biomédica: del extravío al redescubrimiento del artículo 149.1.1.^a CE y de la dignidad de la persona como claves habilitantes de la regulación homogénea de la genética humana

Jesús Bobo Ruiz

36-50 [La opción fiscal y las reducciones del artículo 20 de la Ley 29/1987](#)

Victor Caro Robles

51-71 [Las reglas de adecuación de la sanción en la parte especial del Código Penal Cubano](#)

Aymara Jarrosay Veranes

72-85 [Derecho Penal del enemigo. ¿Solución o caos?](#)

Marien Piorno Garcell

JURISPRUDENCIA

Págs.

86-134 [Cuando el delito fiscal viaja a bordo de un caleidoscopio: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal por subsunción irrazonable de la conducta en el tipo penal \(STC 57/2010, de 4 de octubre\)](#)

José Luis Martín Moreno

135-146 [Indemnización por incumplimiento de contrato relativo a la publicación de un reportaje fotográfico de desnudos \(STS de 5 de octubre de 2010\)](#)

Cristina Español Fuensanta

147-159 [Consideración de la “regularización voluntaria tácita” como una contradicción conceptual, incompatible con el régimen de recargo con exclusión de sanciones del artículo 61.3 de la anterior LGT \(STS de 27 de septiembre de 2010\)](#)

José Luis Martín Moreno

160-169 [Prescripción de la acción responsabilidad extracontractual ejercitada por el actor frente a su esposa al descubrir que un hijo inscrito como matrimonial no era suyo. Resulta inaplicable al caso la jurisprudencia sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida \(STS 445/2010, de 14 de julio\)](#)

Cristina Español Fuensanta

**Bases competenciales en materia de investigación biomédica:
del extravío al redescubrimiento del artículo 149.1.1.^a CE y de la
dignidad de la persona como claves habilitantes de la
regulación homogénea de la genética humana**

RESUMEN: El artículo muestra que la dignidad humana como pórtico de los derechos fundamentales en la Constitución española, y por su vinculación con la genética humana en los tratados internacionales habilita al empleo de un título competencial estatal (149.1.1^a CE) para la regulación de la genética humana, que es ignorado en los nuevos textos legales españoles (Ley de Investigación biomédica de 2007 y otras). Se considera que ello rompe el concepto mismo de un ordenamiento único, aunque plural por permitir distintos conceptos de dignidad humana.

ABSTRACT: the article shows that human dignity as front door of the human rights in the Spanish Constitution and because of its link with human genetics in the international treaties allows the central authority to rule the human genetics by itself (under 149.1.1st CE). This is consciously ignored by the new Spanish acts passed recently (Biomedical Research Act, 2007 and others). The article considers that this decision breaks the very concept of unique legal system although plural.

PALABRAS CLAVE: Genética humana. Derechos humanos. Dignidad humana. Derechos constitucionales.

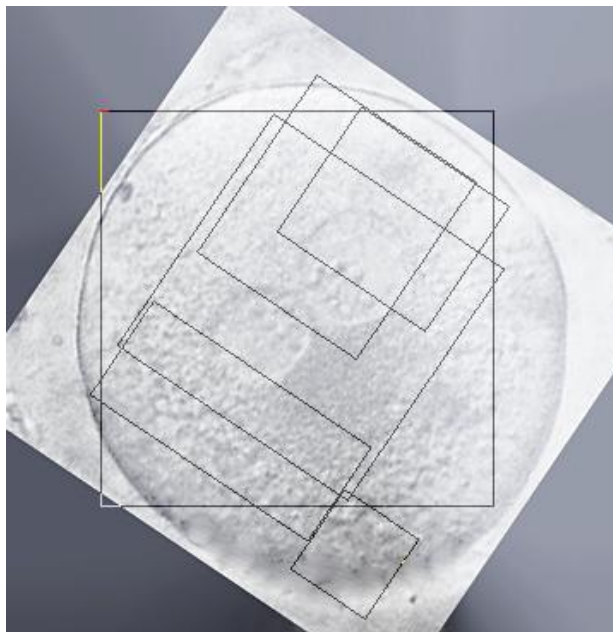
KEY WORDS: Human genetics. Human rights. Human dignity. Constitutional rights.

CDU: 342.7. Derechos humanos. 342. Derecho Constitucional.

BASES COMPETENCIALES EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA: DEL EXTRAÍO AL REDESCUBRIMIENTO DEL ARTÍCULO 149.1.1.^a CE Y DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO CLAVES HABILITANTES DE LA REGULACIÓN HOMOGÉNEA DE LA GENÉTICA HUMANA

Jesús Bobo Ruiz

SUMARIO. I. RAZÓN DE ESTE ARTÍCULO. II. DISFUNCIONES CRONOLÓGICAS ENTRE LA REVOLUCION GENÉTICA Y LA CONSTITUCIÓN: ¿UN DESORDEN GENÉTICO SIN SOLUCIÓN EN LA CARTA? A. El conocimiento en materia de genética hasta los setenta y la delimitación de la materia competencial. B. La ciencia genética en los setenta. c. el conocimiento genético asentado en los ochenta d. la percepción de la ciencia III. Relación entre genética humana y dignidad en los textos internacionales. III. EL PAPEL DE LA DIGNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN. A. Relación con los derechos fundamentales y sus garantías. B. Dignidad y regulación de las condiciones básicas. IV. LA REGULACIÓN DE REGULACIÓN DE LA VIDA HUMANA Y EL ARTÍCULO 81 CE: CONSECUENCIAS SOBRE EL TÍTULO COMPETENCIAL V. LA ELECCIÓN DE LA BASE JURÍDICA Y DEL TÍTULO COMPETENCIAL POR LA RECIENTE LEGISLACIÓN EN INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN.



“Cuando uno se habitúa a no tener más que nociones confusas y variables sobre las materias que más interesan a él mismo y a sus semejantes; las opiniones vacilan o se abandonan y como desespera de resolver por sí solo los mayores problemas que el destino humano plantea, se llega cobardemente a no pensar en ellos”.

Alexis de Tocqueville

I. RAZÓN DE ESTE ARTÍCULO

Cuanto más se separa el Derecho de la Justicia más hace al hombre dudar de él, y acaba este apartamiento no siendo conveniente ni para el individuo ni para la Democracia, e incluso cuando bajo un mismo ordenamiento se pretenden distintas justicias, no muy tarde la solución se torna en perjudicial para el poder político mostrándolo desnudo como puro instrumento de dominación.

Esta especulación es fruto de la lectura conjunta, por una parte, de las reflexiones que sobre el pensamiento de Alexis de Tocqueville y sobre la defensa de la dignidad humana preceden al presente artículo¹ y, por otra, de la Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación biomédica. Su lectura conjunta trae resultados útiles tanto para identificar el enfoque debido por el legislador, como para la práctica administrativa².

Mantuvo el politólogo francés que el abandono de nociones estables sobre la *naturaleza humana* (también sobre la existencia de un Creador, pero no es ése tema que yo me atreva a tratar) genera “*un estado*³ ... *que enervará las armas, aflojará los resortes de la voluntad y preparará a los ciudadanos para la servidumbre. Sucede entonces que no sólo se dejan arrebatar la libertad, sino que hasta a menudo prescinden de ella con gusto...*”⁴ En definitiva, “*cuando uno se habitúa a no tener más que nociones confusas y variables sobre las materias que más interesan a él mismo y a sus semejantes; las opiniones vacilan o se abandonan y como desespera de resolver por sí solo los mayores problemas que el destino humano plantea, se llega cobardemente a no pensar en ellos*”⁵.

En efecto, creo que un pensamiento dubitativo, o simplemente oportunista, sobre qué sea lo justo genera en la práctica jurídica y en la realidad social consecuencias devastadoras para todos aquellos que en esas arenas baten sus intereses.

Sin embargo, como advierte el título de este artículo, el objeto de mi análisis versa sobre un punto más cerrado y concreto: el reparto competencial en el ámbito de la genética humana. En definitiva, se trata de la distribución de la regulación y de las funciones de ejecución en materia de medicina reproductiva, tecnología genética, investigación biomédica y protección de datos genéticos humanos. A estas actividades me refiero cuando hablo, por compendiar de “genética humana”.

¹MACHADO GONÇALVES REIS, ANA MARÍA y BORGES DE MENESES, RAMIRO DÉLIO, “Dignidade do embrião humano: da reflexão jurídica à ética”. *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*. Núm.1, 2010. Págs. 13 a 33 y MARTÍN MORENO, JOSÉ LUIS: “Religión y democracia en el pensamiento de Tocqueville y Madison”. Págs. 34 a 58 del mismo número.

² En particular respecto a otros trabajos míos me han hecho reconsiderar su fundamentación desde un anclaje más ligado al concepto del estado y del hombre.

³ En el sentido de situación, no de organización política.

⁴ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol.2. Alianza Editorial. Madrid, 2002. Pág.34.

⁵ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol.2. Alianza Editorial. Madrid, 2002. Pág.34.

Adelanto ya aquí que, aunque me veo obligado en mi discurso jurídico a usar razonamientos concretos y estrechos para dar “respuesta técnica” a la discusión, la solución habrá de ser necesariamente coherente con los conceptos previos y fundadores del sistema jurídico. Se ve claro desde Popper⁶ que la asimetría es clara entre verificación y falsación en el desarrollo de las teorías científicas: un simple y único contratiempo de una teoría requiere la reformulación de la misma, pese a que hasta entonces se sustentase en una infinitud de argumentos lógicos. Con mayor efecto por tanto, debe derrumbarse una concepción dentro del sistema jurídico que permita un reparto competencial contrario a las premisas del mismo sistema. De suerte que o bien se alteran éstas o bien se expulsa del modelo a ese criterio interpretativo competencial.

Con esas premisas parto de los presupuestos que – desde una perspectiva más amplia que la mía – recoge Tocqueville al afirmar que es evidente que cuanto más se borran las barreras entre las naciones en el seno de la humanidad y a los ciudadanos en el interior de cada pueblo, más llega a concebir el espíritu humano por su propio impulso la idea de un Ser único y todopoderoso que dispensa *por igual y de la misma manera leyes generales a los hombres*. Aunque abandone, como vengo diciendo, el intento de acercarme a lo divino, no renuncio a la pieza esencial del razonamiento expuesto, y admito que el hombre contemporáneo - como ya hizo el moderno, en los “siglos democráticos” en las sociedades basadas en la igualdad - intuye que cuando ante iguales situaciones la norma trae distintas consecuencias demuestra con ello ser ajena a la idea de bien común. Estas afirmaciones de inmediato obligan a responder a estas cuestiones, que son en esencia el trabajo propuesto como tarea en este artículo:

¿Puede hablarse de un solo pueblo cuando su concepción de la persona (sea teológica – apoyada en cualquier creencia religiosa- , filosófica o de otra raíz) difiere de manera esencial para unos ciudadanos respecto de otros no sólo en su fuero interno sino en la norma escrita?

Para ser más precisos: ¿puede hablarse de *un único sistema jurídico* con distintas concepciones -positivizadas en sus normas - de la dignidad humana, y por tanto con distintas consecuencias jurídicas para quienes viven bajo él?

Expresa Tocqueville que la idea de unas *leyes generales comunes* a un pueblo no puede surgir más que en un marco sin barreras dentro del mismo, es decir es requisito que sea uno solo.

⁶ En general, “Lógica de la investigación científica” Tecnos, Madrid, 1985.

Sin necesidad de acudir a una discusión iusnaturalista o positivista del Derecho, bien parece que siendo éste un instrumento al servicio del hombre, en el mismo momento que lo cuestiona y aflora distintos conceptos de persona nos encontramos ante pueblos distintos, pues el *prius* del derecho sería distinto. Obviamente no pretendo discutir siquiera si ha de quebrarse el sistema jurídico y permitirse la separación de algunos pueblos, pues no es cuestión cuya primera decisión sea jurídica ni que a mí me alcance aquí, sino tan sólo investigar si en la lógica interna del sistema jurídico español es posible contestar afirmativamente las dos preguntas anteriores, y qué mecanismos interpretativos del reparto competencial permiten que haciéndolo el modelo sea coherente. Es decir dar una solución coherente a la idea de sistema jurídico dentro de nuestro Derecho positivo, en el ámbito concreto prefijado, la genética humana.

Es preciso pues, comenzar discutiendo lo siguiente: 1.º Si hay ya una solución concreta sobre el reparto competencial en materia de genética humana, y, de existir, analizar su lógica con el sistema. 2.º Debe seguirse, entiendo, con la investigación de la relación entre genética humana y dignidad en los textos legales. 3.º Existiendo dicha relación, como se mantiene en este trabajo, es preciso analizar la relevancia de la naturaleza jurídica de la dignidad humana en el modelo constitucional occidental y en concreto en el nuestro. 4.º Sobre la base de estas reflexiones y a la luz de la Constitución española, se realizará un pronunciamiento sobre el Derecho positivo vigente.

II. DISFUNCIONES CRONOLÓGICAS ENTRE LA REVOLUCION GENÉTICA Y LA CONSTITUCIÓN: ¿UN DESORDEN GENÉTICO SIN SOLUCIÓN EN LA CARTA?

Constato la falta de previsión tanto constitucional como estatutaria en lo referente a la genética humana, lo que entiendo se descubre con un simple análisis cronológico comparativo de la regulación positiva y de esta rama de la Ciencia. En efecto, si atendemos a la fecha de promulgación de la Constitución, se pueden ordenar temporalmente los descubrimientos sobre genética humana en un antes y un después de la misma. Para ser precisos se ha de distinguir entre un periodo previo y uno posterior al de la asimilación por los no versados en genética de esas nuevas realidades más que a la propia fecha del descubrimiento, es decir, atendiendo a la percepción del conocimiento científico por el lego aunque sea experto en otras materias, como es el caso de los juristas.

En efecto, desvelar el iter temporal de estos descubrimientos, y su significado, parece ser el único camino lógico para lograr discernir si las distintas competencias que inciden sobre la genética deben considerarse reservas estatales o autonómicas explícitas, tácitas o implícitas, y a su vez resolver cuál ha de ser el criterio más apropiado de los explicitados por el Tribunal Constitucional para deslindar las competencias. La realidad cronológica ha de ser un elemento a considerar como parámetro de interpretación de las normas sobre reparto competencial, como el propio Código Civil nos ha venido enseñando y venimos haciendo desde entonces, sin embargo, no debe llevarnos al *horror vacui* como trataré de demostrar en estas páginas.

He de advertir que para ello acudo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pero que lo hago por pura rutina, pues bien es sabido que el “Alto Tribunal” ha llegado últimamente en estas cuestiones de reparto a argumentaciones que un niño rechazaría, o casi mejor, que recuerdan al juicio y razonamientos de un párvulo cuando trata de defender con pueriles argumentos lo que no es más que su puro deseo⁷.

A. El conocimiento en materia de genética hasta los setenta y la delimitación de la materia competencial

Acotado nuestro propósito es patente que nos es relevante no toda la evolución del conocimiento en materia de genética humana sino aquella parte que revele en qué medida gracias a él el hombre puede incidir o profundizar esa incidencia sobre la realidad biológica humana o la realidad física en general que pueda luego alterar al hombre mismo. De este modo para nuestra concreta meta debe ser apartado el conocimiento que no permita dicha incursión modificativa, pues lo relevante es que exista actividad humana que regular: medicina reproductiva, tecnología genética, investigación biomédica y terapia génica⁸ y protección de datos genéticos. Cuando me

⁷ Obviamente me refiero a las ridiculeces a que ha llegado su doctrina en casos tan sorprendentes como la STC de 28 de junio de 2010, en las que el “tribunal” llega a romper las reglas más esenciales de la lógica. Por poner un ejemplo afirma la sentencia que cuando el Estatuto de Cataluña de 2006 atribuye como competencia autonómica la “inmigración” no quiere decir “inmigración”. Cito literalmente dado que parece inverosímil que esto suceda en mente de jurista alguno: “*En consecuencia, el artículo 138 EAC ha de interpretarse en el sentido de que la referencia a la “inmigración” no se corresponde con esta materia constitucional, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.2 CE), sino con otras materias sobre las que puede asumir competencias la Comunidad autónoma.*” (FJ.83). Entiendo que o los magistrados que votaron afirmativamente tienen una lógica distinta de la comúnmente aceptada o el Tribunal ha dejado de ser jurídico (como resulta de los votos particulares de Delgado Barrio y de Conde Martín de Hijas que se resisten a participar en estas y otras atrocidades) y atiende a otros intereses.

⁸ Empleo la sistematización de SCHWEIZER, RAINER J, “La garantía de la dignidad humana en el Derecho constitucional desde el año 2000”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 36. 2008.

refiero en estas páginas a “genética humana” me refiero a esas cinco parcelas de la actividad humana, delimitantes de una materia sustantiva como luego refiero.

Siendo eso lógico, no lo es menos que el conocimiento práctico va a depender del teórico. Desde esta concreta perspectiva han de resaltarse y datar los siguientes hitos científicos reveladores del conocimiento sobre genética humana adquiridos antes de promulgarse nuestra última Constitución, y de los que trataré dar algunas notas sobre su sentido práctico. Ordenémoslos primero:

En 1866, el monje GREGORIO MENDEL, mantuvo que unidades discretas hereditarias eran responsables de la transmisión de rasgos reconocibles en las líneas familiares, a estas unidades se refería llamándolas “factores”.

THOMAS HUNT MORGAN, en 1910 investigador de la Universidad de Columbia, basándose en sus estudios sobre la mosca de la fruta (*drosophila*), probó que los genes se portan en los cromosomas, manteniendo además su disposición lineal y la posibilidad de hacer un mapa de los mismos.

En 1926, HERMAN J. MULLER aprecia que existen inducciones directas de los rayos x sobre las mutaciones genéticas hereditarias en la mosca de la fruta.

AVERY, MacLEOD y McCarty, apuntaron en 1944, que el “principio transformante” causante de la transformación bacteriana es el ADN y no las proteínas, de modo que con ello lo que vinieron es a afirmar que el ADN es el material hereditario⁹

Desde la Universidad de Cambridge, JAMES D. WATSON y FRANCIS CRICK señalaron en 1953, que la estructura de la molécula de ADN está formada por dos cadenas de nucleótidos

⁹ En realidad es por tanto en 1944 cuando se produce el avance, el problema radica en que los biólogos y genetistas siempre habían defendido que los genes tenían que ser proteínas, y es en 1952 cuando la infección de bacterias con virus radioactivos permite reafirmar esos postulados. (LACADENA, JUAN RAMÓN, “Commemorando un siglo de Genética 1900-2000”, *Anales Real Academia de Farmacia*, núm.66. Págs. 484 a 540).

(azúcares, grupos de fosfatos y bases) enrolladas la una sobre la otra en forma de doble hélice, que puede enrollarse y desenrollarse¹⁰.

En 1960, SYDNEY BRENNER, con MATTHEW MESELSON y FRANCIS JACOB prueban la existencia del ARN mensajero, que realiza su labor llevando la información desde el ADN de las células hasta la elaboración de las proteínas por las mismas.

Tan solo un año después, de nuevo BRENNER y CRICK averiguan el mecanismo por el cual el ADN instruye a las células para la elaboración específica de las proteínas, y lo que reviste una extraordinaria trascendencia, ese código es universal, independientemente del organismo o del ser vivo de que se trate. La relevancia de este dato viene dada por el hecho de que va a permitir que este ADN sea transferido de un organismo a otro.

B. La ciencia genética en los setenta

En 1970, se descubren las *enzimas de restricción*, que permiten aislar el ADN en determinadas regiones. Coloquialmente se hace referencia a ellas como “tijeras moleculares”, con gran importancia pues para la operatoria en los laboratorios. Éste constituye sin duda un hecho relevantísimo en la práctica y en la capacidad modificativa del hombre sobre la naturaleza humana, máxime sabiendo como sabemos desde BRENNER Y CRICK que el código es universal.

En breve, tras el anterior descubrimiento, ya en 1973, se comienzan a emplear las enzimas de restricción para cortar ADN animal y tras ello incorporar los segmentos a bacterias con la idea de que el gen desarrolle en ellas su función¹¹. Surge pues la operatoria práctica del descubrimiento de 1970, y ya puede adivinarse por los expertos, o mejor, afianzarse en el convencimiento de que podrán alterar las cadenas del ADN del hombre alterando sus funciones¹². Sin embargo, pensar así en 1970 no es claro, pues en esta fecha aún se trabaja a

¹⁰ WATSON Y CRICK (“A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid”, *Nature*, núm.4356, publicado el 25 de abril de 1953). En un fabuloso artículo del que muchos académicos deberíamos aprender: una sola página, una sola cita, y un párrafo de vertiginosas conclusiones.

¹¹ Nace con ello la ingeniería genética.

¹² Un ejemplo práctico de la relevancia jurídica de estas técnicas puede encontrarse en las prohibiciones que la propia Constitución helvética (1999) recoge en su artículo 119.2.b al prohibir, en sede constitucional, introducir o fusionar elementos genéticos o embrionarios no humanos en patrimonio embrionario humano.

nivel bacteriológico, pero si se quiere podría marcarse este hito como la primera que permitiera una discusión entre los científicos del laboratorio con los juristas. Se hablaría sin duda desde una perspectiva abstracta y sobre futuribles no muy ciertos. En todo caso sí es indiscutible desde este momento la percepción de la capacidad para alterar la realidad biológica en su código más íntimo.

En el mismo año, se transfieren genes a bacterias que luego se reproducen, en definitiva se trata de la clonación a nivel molecular. Podemos hablar ya aquí, de nuevo, esta vez sin duda, de una incidencia extraordinaria sobre la realidad biológica que nos rodea. Estamos sin embargo en 1973, y aún en un entorno en el que la divulgación o la traslación de estas actividades de laboratorio no trascienden de una manera ni rápida, ni mucho menos amplia.

En 1977, FREDERICK SANGER y WALTER GILBERT (independientemente) desarrollan una técnica para leer las bases químicas del ADN (los cuatro nucleótidos que lo componen: adenina, timina, citosina y guanina). En ese mismo año, se logra la secuencia completa de un virus.

C. El conocimiento genético asentado en los ochenta

En 1983, KARY MULLIS desarrolla la reacción en cadena de la polimerasa, que permite obtener millones de copias de ADN en cuestión de horas. Este hecho es relevantísimo desde la perspectiva jurídica, en materia de protección de datos, pues permite una incidencia clara en su tratamiento.¹³

En 1984, el Departamento de Energía de los Estados Unidos, comienza la andadura (y las inversiones) para descifrar el genoma humano.

En 1990, CRAIG VENTER (del NIH) desarrolla un método más eficiente para encontrar fragmentos concretos del ADN, lo que permite la identificación de los genes un avance notabilísimo pues en la recogida de la información, con extraordinarias consecuencias jurídicas.

¹³ Un primer reflejo de su análisis molecular con fines jurídicos y su trascendencia en el ámbito del Derecho administrativo: BOBO RUIZ, JESÚS, *Intervención y gestión en la Genética humana*. Edit. Universidad de Granada, Granada, 2005. Pág. 593.

En 1995, HAMILTON O. SMITH Y VENTER logran la secuencia completa de una bacteria. Para lograrlo primero cortaron el ADN, y tras secuenciarlo procedieron a reensamblarlo.

En 1998, se secuencian, por primera vez, enteramente el genoma de un animal. Este hecho atribuido a los equipos DE JOHN E. SULSTON y ROBERT H. WATERSON, muestra que la secuenciación a gran escala es una realidad alcanzable, redimensionando la magnitud del problema.

En marzo de 1999, el consorcio público formado por el *Sanger Center* de Inglaterra así como varias universidades y los NIH anuncian que adelantan sus previsiones temporales para lograr el primer borrador del genoma humano.

En junio de 2000, *Celera* y el consorcio público anuncian que disponen de un borrador ya operativo del genoma humano. El 26 de junio Clinton pronunciaba en presencia de Collins y Craig Venter su ya conocida frase: “*Hoy estamos aprendiendo el lenguaje con el que Dios ha creado la vida*”¹⁴, haciéndolo con motivo de la presentación del primer borrador por los dos equipos que lograron descifrar el genoma. Collins señalaba: “*hemos vislumbrado las primeras luces de nuestro libro de instrucciones, hasta ahora sólo conocido por Dios.*”¹⁵

D. La percepción de la ciencia

Con esta triple ordenación temporal (antes, en los años previos y después de la promulgación de la Constitución) se quiere poner de manifiesto que cabe afirmar que en el momento de aprobarse la Constitución el conocimiento del que disponían los constituyentes en nada les podía hacer pensar en la realidad que se avecinaba y que sí es hoy para el jurista, y ya para la sociedad entera, una preocupación digna de ser contemplada y regulada por el ordenamiento jurídico; en absoluto se podía apreciar en aquel entonces la trascendencia ontológica de la revolución que la genética iba a suponer para la medicina. La clonación, o incluso la mera transferencia de material genético de unos organismos a otros de modo artificial en los laboratorios es una realidad que aparece unos cinco años antes que la promulgación de la Constitución (piénsese que los enzimas

¹⁴ NICHOLAS WADE, “Genetic Code of Human Life Is Cracked by Scientists”, *New York Times*, de 27 de junio de 2000. “Today we are learning the language in which God created life”.

¹⁵ “We have caught the first glimpses of our instruction book, previously known only to God”. NICHOLAS WADE, “Genetic Code of Human Life Is Cracked by Scientists”, *New York Times*, de 27 de junio de 2000.

de restricción se comienzan a emplear en 1973 y que la primera secuenciación completa de ADN se realiza sobre un virus, en 1977) , en definitiva, pues, la Constitución no contempla la genética no porque -como pudo y de hecho pasó con otras muchas materias- no quiso, sino porque no existía como tal con la autonomía que reclama y la categorización ética y moral que hoy le corresponde. *Es decir, su no inclusión en el texto no fue una decisión, fue simplemente una imposibilidad cronológica. La Genética molecular como disciplina con virtualidad práctica es coetánea a la Carta.*

Por tanto, no parece acertado –como luego trato de precisar- pensar que las grandes decisiones que han de tomarse sobre ella se quisieran englobar dentro de los parámetros más ordinarios y difusos de la *sanidad* y la *protección de la salud* o la *protección de datos* o la *investigación*. Simplemente se desconocían las preguntas que hoy nos formulamos -y de las que ni siquiera ahora tenemos todas las respuestas-.

Sin embargo, la realidad ontológica del hombre no es ajena a los textos legales, y no lo es tampoco a la Constitución por ello la concepción de la naturaleza humana, a la que se refiere Tocqueville, de algún modo u otro subyace en estas normas.

En efecto, pese a la fecha de su promulgación, la referencia a la naturaleza y especificidad del hombre es doble: Primero sus referencias a la *dignidad*, donde descansa, como luego veremos nuestra materia, y así figura en los tratados y convenios internacionales, al igual que en la práctica totalidad de los autores especializados en bioética y cada vez más, entre los juristas. Segundo, siendo evidente que la configuración misma del hombre es el parámetro, es el *prius* del Derecho, es pues, al menos, condición básica para asegurar *la igualdad en el ejercicio de los derechos* constitucionales, pues define su soporte subjetivo, pese a como veremos los sorprendentes razonamientos del Tribunal Constitucional.

III. RELACIÓN ENTRE GENÉTICA HUMANA Y DIGNIDAD EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

Dentro pues de este intento de ubicación, o de categorización de la genética en el marco del derecho positivo español se hace imprescindible, ante la “insuficiencia histórica” de la Constitución para resolver esta cuestión, el acudir a los tratados internacionales.

Las realidades a las que se ha hecho referencia en los anteriores párrafos, que evidencian ciertamente una sucesión de hechos que corren una velocidad “vertiginosa”¹⁶, muestran que el conocimiento científico sobre la genética, permite al hombre situarse en la posición de actor, de interviniente pero también de sujeto pasivo, pudiendo actuar sobre él mismo, sobre su descendencia y sobre el entorno biológico. No se puede aislar la biotecnología -que ya de entrada no es uniformemente definida¹⁷-, ni siquiera, limitándola entre las cuerdas de la genética aplicada directamente al hombre, es decir, en el concreto marco de la biomedicina, sin abordar los derechos que resultan afectados.

En esencia la relación entre genética y derechos descansa en la idea de persona, y este es un concepto que escapa ya al jurista mismo. Quizás pueda, como hace MARTÍNEZ MORÁN centrarse el objeto en la vida humana y así poder sistematizar las corrientes interpretativas en dos, una tendencia *unitaria* que postula como esencial la sacralidad de la vida humana y otra *reduccionista* que busca la defensa de la calidad de vida¹⁸ o sistematizar de manera casi

¹⁶ MARTÍNEZ MORÁN, NICOLÁS, “Presentación” en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada 2003. Dirigida por el mismo. Pág. X.

¹⁷ Véase en este sentido DE CASTRO CID, BENITO, “Biotecnología y derechos humanos, presente y futuro” en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada 2003. Pág. 68. “Así, mientras que para una notoria mayoría de autores el rasgo diferencial de la biotecnología es la utilización de agentes dotados de vida en determinados procesos industriales, para otros el carácter que la define sería precisamente el hecho de que las actuaciones tecnológicas incidan en el equipamiento y en los procesos profundos que sostienen y dirigen la vida de los seres, con independencia de cuál sea la naturaleza de los instrumentos empleados”. En la página 70, el mismo autor concluye que en lo que respecta a su discurso identifica “la biotecnología con el conjunto o sistema de conocimientos y procesos técnicos que posibilitan las actuaciones sobre el equipamiento biológico de los seres vivos”. Obviamente esta discusión es mucho más amplia de lo que aparece en estas escuetas líneas, GRUBB, con la precisión que requiere la definición de la biotecnología desde la perspectiva del derecho de la propiedad enfocada sobre las patentes escribe “What is Biotechnology? Classical biotechnology may be defined loosely as the production of useful products by living micro-organisms, and as such it has been with us for a long time. The production of ethanol from yeast cells is as old as history, and over 50 years ago the production of various industrial chemicals such as acetic acid and acetone by fermentation processes was well known. Indeed, even the word “biotechnology” is not recently coined. In 1920 a Bureau of Bio-Technology was established in Leeds, and published a journal dealing with fermentation technology and related topics. Back in 1873, Louis Pasteur obtained a US patent claiming “yeast, free from organic germs of disease, as an article of manufacture”, an early case of a patent for living organisms. (...) What may be described as modern biotechnology, as distinct from the classical fermentation technology, began in 1970s with the two basic techniques of recombinant DNA technology and hybridoma technology. In the first of these, also referred to as gene splicing or genetic engineering, genetic material from an external source is inserted into a cell in such a way that it causes the production of a desired protein by the cell; in the second, different types of immune cells are fused together to form a hybrid cell line producing monoclonal antibodies. More recently, the techniques of genetic engineering have been applied to higher organisms to produce transgenic animals and plants, and even to humans (gene therapy)...” GRUBB, PHILIP W. *Patents for Chemicals, Pharmaceutical and Biotechnology. Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy*, Oxford, 1998. Págs. 224 y 225. En definitiva lo que interesa recalcar es no sólo la amplitud y posible controversia del concepto sino su dinamismo. El concepto mismo encierra una realidad que es cualquier cosa menos algo estático.

¹⁸ MARTÍNEZ MORÁN, NARCISO, “Persona, dignidad humana e investigaciones médicas” en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, Granada, 2003. Pág.18.

semejante distinguiendo entre una visión *objetivista* y una *utilitarista*.¹⁹ Más sencillamente JUNQUERA DE ESTÉFANI distingue entre dos “posturas extremas: la supervaloración de la vida y la infravaloración.”²⁰

Interesa a nuestros efectos pues, traducir aquellas concepciones del hombre y de la vida humana a elementos o a principios éticos que nos permitan acercarnos un poco más a los conceptos jurídicos que han de llenar los conceptos constitucionales que luego, desde el Derecho Administrativo, han de ser protegidos en el ámbito de la realidad práctica de los hechos. Desde esta aproximación, la visión *reduccionista* o *utilitarista* parece que se traduce en los principios de beneficencia, autonomía y justicia, mientras que la visión *unitaria* u *objetivista* descansaría directamente sobre la *dignidad humana*²¹, sin perjuicio de que los principios de la visión reduccionista también se apoyen, mediatamente, en la idea misma de dignidad humana.

En cierto modo desde la biología, y con independencia de que se adopte una u otra de las posturas antes mencionadas podemos destacar que el *Homo sapiens*, desde esa visión biológica insistimos, tiene un elemento distinto y configurador específico. “Sin abordar tampoco qué tipo de sujeto es aquel que posee las notas descritas por la biología, podemos concluir que el carácter de persona, y con ello el fundamento de la dignidad humana, no es otorgado por las acciones del sujeto, sino que es algo previo a éstas. En cuanto se inicia un viviente humano (una realidad material que tiene la configuración propia del fenotipo cigoto humano, o dicho de otro modo, se inicia la emisión de un nuevo mensaje genético humano) existe un ser personal. Con independencia de las creencias religiosas, la misma biología humana, como ciencia, reconoce la presencia en los individuos de la especie *Homo sapiens* de un dinamismo vital abierto e

¹⁹ La utilitarista “enraizada en el mundo sajón (...) que es la dominante en los universos científicos de los países más desarrollados, que parte de una exigencia limitadora de carácter finalista: el juicio valorativo con arreglo a los fines. Su enunciado moderno es el fin de la “calidad de vida” que ha permitido justificar, en ciertas posturas, la muerte en aquellas vidas sin calidad” y la objetivista “enraizada en la tradición kantiana, (que) parte de un presupuesto contrario. El hombre posee una dignidad que le es consustancial y, en consecuencia, constituye un bien que debe ser protegido. Esta dignidad exige, entre otras cosas, la negación de su valor instrumental”. AYLLÓN, JESÚS, “Biotecnología y dignidad humana en la jurisprudencia” en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada 2003. Págs. 83 y 84.

²⁰ JUNQUERA DE ESTÉFANI, RAFAEL, “Las técnicas de reproducción humana asistida y la dignidad en el inicio de la vida” en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada 2003. Pág. 138. Luego menciona los factores determinantes que sirven de base a tales posturas. Entre los factores favorables a la supervaloración de la vida inicial cita la tradición cristiana, algunas aportaciones de la biología que permiten afirmar una vida biológica diferente del padre y de la madre, la medicina embrional y la fuerza de la imagen. Entre los factores favorables a la infravaloración recoge el nuevo enfoque del hijo como gratificación afectiva y factor de realización de los padres, la exaltación del bienestar, el elogio de la autonomía, el feminismo radical, el rechazo social de la deficiencia, el poder de la ley - como configuradora de mentalidades -, la consideración del embrión y del feto como objetos codiciados por los científicos y la secularización. (Págs. 139 y 140).

²¹ AYLLÓN, JESÚS, “Biotecnología y dignidad humana en la jurisprudencia” en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada 2003. Pág. 85.

indeterminado propio de los individuos de esa especie”²². Por otro lado no son sólo razones biológicas tan directas como la expuesta, sino más amplias como incluso la *biodiversidad*, las que quedan estrechamente vinculadas a la aplicación de la biotecnología al hombre²³, pero también especialmente la idea de *identidad*. En realidad parece que puede así identificarse una relación estrecha entre la biotecnología y la *dignidad tanto del individuo como de la humanidad*.

No corresponde, desde luego, aquí definir la *dignidad* sino tan sólo, como se ha venido haciendo, mostrar que está estrechamente ligada a nuestro objeto, aunque bien parece razonable repetir, sin afrontar ahora grandes definiciones doctrinales, con MARCOS DEL CANO, que “de la dignidad todos tenemos una intuición fundamental, que la filosofía podrá quizás reforzar, pero no activar”²⁴. Lo que sí parece ser de aceptación general es que no son estas cuestiones que puedan dejarse fuera de las normas, por razones obvias entre las que destacan las presiones económicas.²⁵

Para el análisis concreto que buscamos interesa detenerse en las normas positivas que relacionan nuestro objeto con la dignidad. Es preciso ya anunciar que esa parece ser la opción acogida por los tratados internacionales, y es por tanto ese el cauce que entra en nuestra estructura constitucional a través de la compuerta abierta del artículo 10 de la Carta Magna, y es por tanto el modelo que ha de tenerse en cuenta junto a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la dignidad para configurar el reparto competencial y para la elección de la base jurídica.

En efecto, de una lectura de los tratados internacionales, diversas declaraciones, y un conjunto variado de instrumentos internacionales, se pueden destacar los siguientes en su referencia a la dignidad en relación con la genética humana:

El artículo 1 de la Declaración Universal sobre el Genoma y los derechos humanos dice:

²² LÓPEZ MORATALLA, NATALIA, “El problema de la investigación con embriones y células madre y la dignidad humana”, en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada, 2003. Pág.210.

²³ VIDAL GARCÍA, MARCIANO, “La clonación humana reproductiva. Realidad científico-técnica y discernimiento ético” en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Pág.231.

²⁴ MARCOS DEL CANO, ANA MARÍA, “Dignidad humana en el final de la vejez y cuidados paliativos” en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Pág. 240. Muy interesante es, desde una perspectiva jurídico administrativa, la obra de PRIETO ÁLVAREZ, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de las libertades públicas*. Madrid, 2005. Además de la de GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*. Madrid, 1986.

²⁵ MARTÍN SANJUAN, CRISTINA, “Cribado genético” en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Pág. 330.

“El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su *dignidad* intrínseca y su biodiversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es patrimonio de la humanidad”.

En su artículo 2 se lee:

“a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su *dignidad* y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.

b) Esta *dignidad* impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter genético de cada uno y su diversidad”.

En el artículo 6 se dice:

“Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su *dignidad*”.

En el artículo 10 se determina:

“Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la *dignidad* humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos.”

El artículo 11 es claro:

“No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la *dignidad* humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que correspondan, para asegurarse que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración”.

El artículo 12 señala:

“a) Toda persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, respetándose su *dignidad* y derechos.”

El artículo 14 repite:

“Los Estados tomarán las medidas apropiadas para favorecer las condiciones intelectuales y materiales propicias para el libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano y para tener en cuenta las consecuencias éticas, legales, sociales y económicas de dicha investigación, basándose en los principios establecidos en esta Declaración”.

El 15 añade:

“Los Estados tomarán las medidas apropiadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano respetando los principios establecidos en la presente Declaración, a fin de garantizar el respeto a los Derechos humanos, las libertades fundamentales y la *dignidad* humana y proteger la salud pública. Velarán por que los resultados de esas investigaciones no puedan utilizarse para fines no pacíficos”.

El artículo 21 prescribe que:

“Los Estados tomarán las medidas adecuadas para fomentar otras formas de investigación, formación y difusión de la información que permitan a la sociedad y a cada uno de sus miembros cobrar mayor conciencia de sus responsabilidades ante las cuestiones fundamentales relacionadas con la defensa de la *dignidad* humana que puedan plantear la investigación en biología, genética y medicina y las correspondientes aplicaciones...”

Incluso tiene prescripciones para el Comité Internacional de la UNESCO en referencia a la *dignidad*, así el artículo 24 dice:

“El Comité Internacional de la UNESCO contribuirá a difundir los principios enunciados en la presente Declaración y a profundizar el examen de las cuestiones planteadas por su aplicación y por la evolución de las tecnologías en cuestión. Deberá organizar consultas apropiadas con las partes interesadas, como por ejemplo los grupos vulnerables. Presentará de conformidad con los

procedimientos reglamentarios de la UNESCO, recomendaciones a la Conferencia General y prestará asesoramiento en lo referente al seguimiento de la presente Declaración, *en particular por lo que se refiere a la identificación de prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana*, como las intervenciones en la línea germinal”.

Como se acaba de comprobar, once artículos de los veinticinco que componen la Declaración hablan directamente de la dignidad, pero no son sólo ellos pues prácticamente todos los demás se refieren explícitamente a los principios de la Declaración, que como se ha visto tiene por norte la protección de la dignidad humana.

Obviamente, además todos los preceptos están impregnados de ese principio básico. En definitiva la dignidad es la piedra clave del sistema, lo cierto es que esto se lee ya en los mismos considerandos de la Declaración cuando parte de esta afirmación : “teniendo presente también el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica del 5 de junio de 1992 y destacando a este respecto que el reconocimiento de la diversidad genética de la humanidad no debe dar lugar a ninguna interpretación de tipo social o político que cuestione ‘la dignidad intrínseca y (...) los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana’ de conformidad con el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”

El Convenio para la Protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, demás Estados y la propia Comunidad Europea como signatarios) ya en su artículo primero -además de en su propio título- muestra con claridad cual es el objeto de protección:

“Las partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su *dignidad* y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biotecnología y la medicina”.

El artículo once, primero de la rúbrica “Genoma Humano” (Capítulo IV), dice “Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético”.

Por su parte la Recomendación 1046 (1986) del Parlamento del Consejo de Europa ya habla directamente en sus considerandos del vínculo entre nuestro objeto y la dignidad: *“considering that human embryos and fetuses must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity, and that use of materials and tissues there from must be strictly limited and regulated to purposes which are clearly therapeutic and for which no other means exist”*.

La Recomendación 1100 (1989) del Parlamento del Consejo de Europa también recoge esta conexión en sus considerandos, al decir ya en el primero que *“considering that science and technology, and especially the biomedical sciences and biotechnology, continue to advance and develop as an expression of human creativity, and that their freedom of action cannot be restricted arbitrarily, but only on the basis of, inter alia, professional, legal, ethical, cultural and social principles for the protection of human rights and the dignity of man as an individual and social being.”* En el considerando número tres vuelve a incidir: *“Nothing the desirability of implementing the various parts of the Council of Europe’s Parliamentary Assembly Recommendation 1046 (1986) on the use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes, in particular paragraphs 2, 3, 4.A, as well as the necessity of ensuring: e. that the human embryo and foetus are treated in conditions appropriate to human dignity...”*

El Parlamento Europeo en su Resolución de 16 de marzo de 1989 sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, es también claro al establecer la conexión esencial entre la manipulación genética y la dignidad humana y por ello al hablar de los límites de la investigación dice que *“9. Reconoce como derechos que determinan dichas restricciones, ante todo, la dignidad del individuo y la dignidad del conjunto de todos los individuos”*.

Ya en el Primer programa específico de investigación y desarrollo tecnológico en el campo de la salud : análisis del genoma humano (1990-1991) (Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de junio de 1999 (93/395/CEE) se recoge esta consideración : *“Considerando que el derecho a la identidad genética forma parte de la integridad y dignidad de la persona, y que estos principios son reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados miembros y por el ordenamiento jurídico comunitario como parte integrante de los derechos fundamentales cuyo respeto garantizan”*.

El Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, dice en sus considerandos que “la instrumentalización de los seres humanos mediante la creación deliberada de seres humanos genéticamente idénticos es contraria a la *dignidad* humana y constituye un abuso de la biología y la medicina”. Esa es la razón misma del documento, por ello su máxima prohibición es la intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto”, que reza ya en su artículo primero.

III. EL PAPEL DE LA DIGNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

A. RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS

En definitiva, con todo esto lo que pretendo poner de manifiesto es que en la regulación de la investigación biomédica, de las terapias génicas, de la reproducción asistida y la protección de datos genéticos, el objeto especial de protección es precisamente la *dignidad*²⁶. Con la doctrina bioeticista y con el Derecho positivo internacional que acabamos de leer, no resta sino de deducir cuál sea el papel de la dignidad en la Constitución española para determinar así el régimen aplicable.

Sabido es sin embargo que la dignidad en el marco constitucional español no es un derecho fundamental²⁷. Así es ya un clásico PEREZ LUÑO afirmando esta postura que por otro lado es prácticamente común en la doctrina constitucionalista²⁸, aunque la doctrina e incluso los votos particulares, comienzan a apuntar le relevante papel que le corresponderá²⁹.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto es bastante clara. La STC 12/1990, dice: “Conviene así advertir, en primer término, que aun cuando en la demanda se interese que de forma autónoma se declare la violación de los artículos 10.1 PIDCP, 2.2 de la Convención

²⁶ El hombre mismo.

²⁷ Y obviamente, mucho menos un título competencial.

²⁸ Véase por ejemplo, PECES BARBA, G., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Madrid, 1988. PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 3ª edición, 1988. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona humana*, Discurso como Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1986 (5 de mayo). También GONZÁLEZ ENCINAR, J.J. *Diccionario de sistema político español*. Madrid 1984. PAREJO ALFONSO, L. *Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid, 1990. ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución española de 1978*, Tomo II. Madrid, 1983. BASILE, S. “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas” en PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Madrid, 1980. Págs. 253 y 305.

²⁹ Sirva de ejemplo el voto particular de Delgado Barrio en la STC referida, relativa al Estatuto de Cataluña de 2006.

contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y 3 CEDH, no le corresponde a este Tribunal, al conocer en recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 C.E y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art.10.2 C.E. deban tales preceptos ser interpretados *de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

De esta suerte los tratados en sí no pueden fundamentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, esta misma circunstancia es predicable del artículo 10 CE. Así es, la misma Sentencia de la que antes se reprodujo su F.J.3, dice en el cuarto que : “Y, finalmente, otro tanto cabe decir en relación con la supuesta infracción, por violación de la dignidad de la persona, del art.10.1 C.E. En efecto, que de acuerdo con este precepto, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes sean, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, *fundamento del orden político y de la paz social*, no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sea *in toto* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria conexas que padecen quienes son condenadas a una pena privativa de libertad”.

Pero puede entenderse, con base en el fundamento anteriormente citado, que en el caso de las intervenciones genéticas, cuando quede trabado algún derecho fundamental necesariamente lo va a ser precisamente en su íntima conexión con la dignidad, pues el artículo 10 C.E. nos obliga a interpretar de acuerdo con los tratados internacionales, y así tal y como ha quedado expuesto en líneas anteriores lo entienden esas normas. En ese sentido sí son derechos inviolables (como a *sensu contrario* se lee en el último fundamento jurídico recogido). En la Carta Fundamental de Bonn, puede apreciarse por la lectura conjunta del artículo 1.1 (“La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”) y 2.2 (“Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán se restringidos en virtud de una ley”), la trascendencia de negar la vinculación de la vida con la dignidad, pues el alcance de la protección no es el mismo, y es que

“las tentativas de acoplamiento –también aplicadas por las constituciones de otros países- aun no convencen a primera vista, puesto que, con la protección de la vida del óvulo fecundado se admite que se trata de vida humana. El legislador no dispondrá de ningún argumento irrefutable para intervenir en la vida del óvulo fecundado, ya que en la vida humana sólo se debe intervenir si ésta se ve amenazada por la vida de otra persona y la amenaza no puede ser evitada más que con un sacrificio”³⁰.

En efecto, dentro de la misma sentencia y F.J.4 se puede leer que “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1 C.E. implica que, en cuanto *valor espiritual y moral inherente a la persona*³¹ la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria (...)-, constituyendo en consecuencia, un mínimun invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelares del amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan.”

De estas últimas líneas puede inferirse que ciertos derechos fundamentales tienen un estrato compuesto por el respeto a la dignidad, a la que antes el Tribunal Constitucional ha calificado como inviolable, y en esa medida ese derecho fundamental así compuesto no puede sufrir merma. Pero al pedir amparo ante el Tribunal Constitucional hay que acudir a ese derecho fundamental, pues en caso contrario no cabe ese recurso. Por otra parte, o mejor, desde el otro lado de esa misma moneda, resulta que a juicio de nuestro Tribunal la dignidad pese a ser un mínimo inviolable que todo estatuto jurídico ha de respetar, no puede ser alegada directamente. En esto pues, el máximo intérprete de la Constitución no deja de reafirmar su posición. Ahora bien, ello no impide, sino antes al contrario, impone que ese sustrato del derecho fundamental

³⁰ STARK, Christian, “Garantía de la dignidad humana en la práctica de la biomedicina”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 36, 2008. Pág. 13.

³¹ STC 53/1985, a la que luego se hace referencia.

ligado a y delimitado por la dignidad produzca unos concretos efectos a la luz del 149.1.1 CE, pues así se deduce necesariamente de los anteriores razonamientos del tribunal.

Cabe recordar por supuesto, que en el Derecho comparado se llega a conclusiones contrarias a las anteriores del Tribunal Constitucional y ello con modelos constitucionales casi similares al nuestro en este punto, considerando que siendo el pórtico de los derechos fundamentales no sufre merma en su eficacia, sino antes al contrario. Sirvan de ejemplo estas palabras de Schweizer³² analizando el artículo 7 de la Constitución helvética, quien también recoge a Haller:

“En el marco de la revisión constitucional, no clasificar el respeto a la dignidad humana meramente como principio general constitucional y del estado de derecho entre las disposiciones generales del Título I (arts.1-6), sino encabezando el Título II con el catálogo de derechos fundamentales, expresa, tal y como subraya Walter Haller, <por una parte, la voluntad de la asamblea constituyente de reforzar la dignidad humana como derecho individual justiciable, generador directo de derecho. Por otra, el alcance de la garantía de la dignidad humana supera el de los derechos constitucionales específicos, que en cierto sentido fundamenta. Representa un valor básico, sobre el que debe organizarse el ordenamiento jurídico general, y conforma las bases del catálogo de derechos fundamentales>”³³.

Llega el alto Tribunal suizo incluso a afirmar que “la dignidad humana puede llegar a tener un contenido propio” tratándola no sólo como principio, núcleo y base de las libertades sino también como derecho fundamental³⁴.

B. Dignidad y regulación de las condiciones básicas

a) El artículo 149.1.1 como último remedio. Ubicación de la dignidad en la doctrina sobre competencias implícitas y nociones intrínsecas.

³² SCHWEIZER, RAINER, J, “La garantía de la dignidad humana en el Derecho constitucional desde el año 2000” pág. 6. *Revista catalana de derecho público* núm. 36, 2008.

³³ HALLER, WALTER, “Menschenwürde Recht anf Leben und persönliche Freiheit”, núm. 16, pág. 205 y 206, citado por el anterior.

³⁴ (BGE 132, I, p.49; 127, I, p.6. ampliación 5b). Citada por SCHEWEIZER.

Reordenado todo lo anterior desde los parámetros clásicos –tan tranquilizadores- para entender y clasificar la distribución competencial, se puede afirmar que el título competencial exclusivo a favor del Estado en el artículo 149.1.16.^a CE: “bases y coordinación general de la sanidad” no contiene implícitamente la terapia génica ni las técnicas de reproducción humana asistida por las dos siguientes principales razones:

La primera de ellas ha quedado manifiesta en el relato cronológico de la investigación genética y el análisis de sus resultados, su singularidad conceptual y muy particularmente por las potencialidades que encierra incluso sobre la línea germinal, mostrándose de modo obvio la especificidad de la genética.

La segunda, que ha de anudarse a la anterior, resulta de la interpretación conjunta derivada de los efectos interpretativos que los tratados internacionales *ex* 10.2 CE confieren a la dignidad como clave de la genética humana. Lo que necesariamente ha de concatenarse con la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto al valor que a la dignidad le infiere en materia de derechos fundamentales, reconociéndola como elemento nuclear de los mismos, asegurando su intangibilidad y su condición igual para todos los hombres.

Es cierto que esta interpretación conlleva una limitación de la autonomía de las regiones. Pero no conviene en sede lógica resolver por criterios que no sean los estrictamente jurídicos, sin perjuicio de que se puedan revisar las premisas del Derecho positivo por quien tiene esa potestad según el rango normativo, que no es en nuestro caso otro que el propio constituyente, ni siquiera el Tribunal Constitucional³⁵.

Sobre la idea de *nociones intrínsecas*, se hace difícil seguir la pauta del Tribunal (véase por ejemplo la STC 35/1982, de 14 de junio), por las razones históricas expuestas cuándo lo que se pretende es el empleo de la sanidad como parámetro. Sin embargo, sí es posible admitir, y parece lo más ventajoso desde un punto de vista práctico por la seguridad jurídica que aporta y desde un punto de vista conceptual, entender como más apropiado el parámetro de la dignidad. Siendo que el Tribunal admite criterios ajenos a la constitución (pues es preferible, pero no excluyente, la noción intrínseca) y coexistiendo un artículo 10.2 de remisión explícita para la interpretación de

³⁵ Sobre este punto GARCÍA DE ENTERRÍA, “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”, Ed .Civitas, Navarra, 1981. Utilizo la 4^a ed. 2006 *in totum*, en particular la pág.64 al referirse a la Escuela libre del Derecho y el modelo austriaco como remedio. Sin olvidar que nuestro modelo no es el de justicia constitucional concentrada.

los derechos fundamentales en los tratados es fácil admitir que la interpretación de la dignidad como pieza esencial del 149.1.1 CE no es ajena al modelo constitucional. Cuestión distinta es considerar la dignidad una materia. Creo que es elemento que delimita dentro del perímetro de la investigación, la sanidad y la protección de datos un ámbito particular y distinto por su trascendencia,- perímetro que es coincidente con el ámbito de la genética humana cuando ésta se entiende desde el conocimiento molecular del gen- abarcando pues la terapia génica, la medicina reproductiva, la investigación y el tratamiento de datos genéticos. En definitiva cuando se puede alcanzar a alterar el patrimonio genético.

Por otra parte quizás quepa admitir en cierta medida, la solución que reporta la doctrina sobre la *materia conexa*, en virtud del *vínculo lógico-normativo*, para el que la jurisprudencia constitucional requiere una conexión real y efectiva, siempre que se resuelva admitiendo que al afectar a distintas materias de las explicitadas en la Constitución, ha de resolverse como impone el Tribunal Constitucional por el criterio de la *mayor especificidad* y que como ha quedado demostrado es el título autónomo del 149.1.1 CE, dada la fundamentación jurisprudencial que lo refiere a las posiciones previas de los derechos fundamentales vinculándolos con la dignidad, lo que arrastra la sanidad, la investigación y la protección de datos en nuestro ámbito a la primera regla del 149.1.

El artículo el 149.1.1 CE se constituye pues, como título competencial específico, por resultar así por la conjunción simultánea de dos razones esenciales anteriormente expuestas y con apoyo incluso en la doctrina sobre las materias conexas.

b) Parámetros del artículo 149.1.1 CE

En nuestro Derecho sistematiza DOLORS TELLA la imprecisión del Tribunal Constitucional en relación al artículo 149.1.1 CE recogiendo como aquél lo interpreta en algunas ocasiones como una proyección singular del principio de igualdad, en otras como un límite a las competencias autonómicas, en otro como un elemento interpretativo del sistema, o como un título competencial destacando en este caso su carácter normativo o para reforzar una

competencia estatal más específica. En definitiva, se trata señala la autora, de perspectivas configurativas parciales³⁶.

En línea con la doctrina constitucional más constante, La STC 239/2002, de 11 de diciembre dice claramente que: “en relación con el alcance del art. 149.1.1 CE hemos declarado que “sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario... quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento”. Sobre este presupuesto, el art. 149.1.1 CE “permite al estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico”, lo que conlleva que dicho título competencial “no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica” (STC 61/1997, de 2 de marzo, FJ 7b)”.

En definitiva, la STC 239/2002, de 11 de diciembre no se aparta del temor reverencial hacia las comunidades autónomas y sus competencias.

Sin embargo, si se vincula, como mantengo, la genética humana con la dignidad, se hace por sí una materia específica, y no transversal, sino que aquellas actividades de la biomedicina que permiten alterar la configuración del hombre, o que permiten alterar el proceso de gestación, o afectar a la protección de datos de líneas familiares son por sí una materia conceptualmente distinta, autónoma por sí por su categorización específica como rama de actividad con particular potencial. Pues bien, esta materia configuradora del hombre mismo sólo aparece definida en la Constitución por la dignidad, y es necesariamente el *prius* del ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones.

Es en definitiva un sector por sí, una materia específica, integrada en el concepto de hombre y su dignidad, parámetro intérprete de los derechos constitucionales y *prius* mismo de ellos, que ha de fijar así su perímetro. La materia genética humana lo es en cuanto a la capacidad que deriva del conocimiento molecular del gen, su funcionamiento y las técnicas que facilita.

³⁶ DOLORS TELLA, “El artículo 149.1.1 de la Constitución española. Aproximación a su contenido y a su aplicación”. *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 22, julio 1998. Págs. 216 y 217, que desarrolla en las posteriores.

Creo que subyace esta interpretación en la Constitución helvética, hija de nuestro tiempo, que decide no sólo no tolerar que sean los cantones quienes sobre ella legislen, sino que directamente asume ella la regulación, con detalle de legislador ordinario. Al igual que nuestro texto magno regula directamente la pena de muerte, sin que distintas concreciones permitan escudarse en negarle un carácter transversal, porque no lo es, es sencillamente autónoma.

IV. LA REGULACIÓN DE LA VIDA HUMANA Y EL ARTÍCULO 81 CE: CONSECUENCIAS SOBRE EL TÍTULO COMPETENCIAL

En concreto y en relación a la vida, sin abandonar la anterior sentencia, como derecho fundamental que es, y reiterando la ya paradigmática Sentencia 53/1985, el Tribunal Constitucional recuerda que la vida “en su dimensión objetiva, es *un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible*”. Estas notas habremos de recogerlas al vincular la dignidad en la materia de nuestro objeto, tanto con la vida como con la integridad física (y psíquica) de las personas³⁷.

Así es, la STC 53/1985 dice explícitamente que “indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos *que le son inherentes*. La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que la encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art.10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art.15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.”

³⁷ Es interesante en esta misma sentencia el voto particular que emitió TOMÁS Y VALIENTE: “Nunca he sido un entusiasta de la filosofía de los valores. Tal vez por ello no comparto (y aquí comienzan mis discrepancias) las abundantes consideraciones axiológicas contenidas en los fundamentos 3, 4 y 5. Al margen de imprecisiones o titubeos terminológicos que contienen y que sería prolijo e inútil referir aquí, no encuentro fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar como se hace, que la vida humana *es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional* (fundamento jurídico 3) o *un valor fundamental* (fundamento jurídico 5 o *un valor central* (fundamento jurídico 9). Que el concepto de persona es el soporte y el prius lógico de todo derecho me parece evidente y así lo sostengo.” En definitiva, y en lo que a nuestro discurso interesa incluso los magistrados discrepantes con la vertiginosa argumentación del Tribunal Constitucional en esta sentencia, todos coinciden en ver el concepto de persona como un prius. (Sobre la idea recién expuesta atacando al modo de argumentar de esta sentencia, puede leerse además del voto particular del que se acaba de citar un extracto, el de DÍEZ PICAZO y el de RUBIO LLORENTE en buena medida coincidente con el anterior

Pero la dignidad no se relaciona exclusivamente con el derecho a la vida, antes al contrario se manifiesta en muy distintos y variados derechos como el propio Tribunal Constitucional reconoce: “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art.10) y los derechos a la integridad física y moral (art.15), a la libertad de ideas y creencias (art.16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art.18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general” (STC 53/1985). Precisamente una de las muestras de la íntima relación de nuestro objeto con la dignidad es que las manifestaciones de la aplicación de las nuevas tecnologías biomédicas al hombre se expresan en prácticamente todos los derechos concretos antes expresados.

Si se lee la STC 107/1984 encontramos la siguiente afirmación que unido a lo anteriormente enunciado va a ser de gran trascendencia: “Derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.” Por tanto, ¿qué derechos son los que no dependen de ser o no ciudadano sino que son inherentes a toda persona? Aquellos que parten de la dignidad. De este modo en la jurisprudencia constitucional, el concepto de persona se une a la idea de dignidad. La delimitación de la persona es un *prius*, el derecho no es más que un instrumento al servicio de la persona, para ser precisos, nace para su protección. La delimitación jurídica de la dignidad es el *prius* de los derechos fundamentales, que no son más que instrumentos de la dignidad, para ser exactos, de su defensa.

De todo lo anteriormente expuesto podemos deducir, que la genética humana no está explícitamente prevista en la Constitución (tal y como se ha defendido al relatar el *iter* de los avances científicos), resultando también que su régimen no puede quedar incluido exclusivamente en el reducido ámbito del derecho a la vida, a la integridad física o a la

protección de la salud. Antes al contrario, se relaciona con esos y con más derechos y valores. Pero como también ha resultado de las líneas anteriores, nuestro objeto se relaciona con la dignidad, sin ser esta un derecho subjetivo ni un título competencial. Y como se aprecia en la doctrina del Tribunal Constitucional, la dignidad es ese sustrato primero de muchos derechos fundamentales, no abarcándolos necesariamente en su plenitud pero sí en lo directamente vinculado a su núcleo, lo que hace de ese núcleo predicable no sólo de los ciudadanos sino también de todas las personas, aunque no ocurra necesariamente con todos los derechos, ni tampoco en la misma intensidad. El caso es que de este modo persona y dignidad corren parejos. La persona es el presupuesto del derecho y éste no es sino mero instrumento para ella. De igual modo los derechos fundamentales, en cuanto a ese sustrato antes citado, no son más que instrumento al servicio de la protección de la dignidad. Parece también concluirse que la delimitación jurídica de la dignidad es un presupuesto necesario para asegurar la igualdad ya no sólo de todos los españoles en las diversas partes del territorio español, sino de todas las personas. Si se añade a este argumento que las aplicaciones de la biotecnología al hombre están, como reiteran todos los instrumentos internacionales que versan sobre la genética y la biomedicina, directamente fundadas en los valores humanos y principalmente en la dignidad, resulta que la regulación de la genética humana en términos homogéneos es condición necesaria para asegurar la igualdad de las personas en todo el territorio español, como también de los extranjeros, pues además de estar vinculada al sustrato último de algún derecho fundamental, es condición necesaria para lograr esa igualdad, tan profundamente arraigada con la dignidad que esta también se predica para los “de fuera”.

Por tanto, se puede concluir que nuestra materia no está prevista explícitamente, o mejor dicho bajo un coincidente “*nomen iuris*” en la Constitución por razones puramente cronológicas, pero tampoco tiene cabida plenamente en una aplicación del régimen competencial de aquellas materias no previstas en la Constitución (art. 149.3 CE³⁸), sino que entra fundamentalmente en el

³⁸ De todas formas el artículo 149.3 de la Constitución señala que “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades autónomas, *en virtud de sus respectivos Estatutos*”. De ello resulta, atendiendo al anteriormente expuesto relato histórico de los descubrimientos en materia de genética humana, que lo que quede fuera de la competencia estatal derivada del artículo 149.1.1^a al día de hoy también será competencia del Estado en virtud del artículo 149.3 C.E. ya que los Estatutos hacen menciones a la sanidad, la salud, etc., pero no a la realidad que centra nuestro estudio, que podemos calificar más que como simple objeto como materia con entidad propia. Y considero no podrán entrar en ello, ya que operará el límite del 149.1.1, pero dada la interpretación que de este hace el TC, conviene que el legislador estatal vincule las normas que dicta a dicho título.

concepto mismo del artículo 149.1.1 CE. Un simple razonar lleva a iguales conclusiones si se tiene conocimiento del sentido de las “condiciones básicas”.

La STC 61/1997, que en este punto se refiere a la STC 154/1988, señala que las citadas “condiciones básicas” hacen referencia al “contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, *ciertas premisas o presupuestos previos...*). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta.”

Leyendo la STC 53/1985 que categoriza la vida como “punto arranque”, “prius lógico”, “prius ontológico” necesarios para “la existencia y especificación de los demás derechos”, y a la dignidad humana como “germen o núcleo”, no cabe sino pensar que dentro de las condiciones básicas ha de estar necesariamente la regulación jurídica de aquéllas actividades que afecten o puedan afectar a la configuración genética de las personas o incidir de una u otra suerte en ramas familiares biológicas a resultas del conocimiento sobre genética molecular.

Sin embargo el Tribunal Constitucional en su doctrina ha extraído en alguna ocasión el elemento subjetivo de los derechos escindiéndolo, negándoles de este modo en la reserva de ley orgánica. Aplica esta doctrina “disociadora” el Tribunal Constitucional en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida. En efecto, la STC 116/1999, de 17 de junio sigue el criterio de la STC 212/1996 anteriormente estudiada. Manteniendo la primera la improcedencia de extender dicha reserva más allá del ámbito propio del derecho fundamental. En efecto, mantiene nuestro tribunal que, si el artículo 15 C.E. reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los *nascituri*³⁹, es claro que la Ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15.1. C.E.

³⁹ Algunos autores van más allá señalando que el preembrión no viable no es un *nasciturus* añadiendo que los preembriones viables son *nascituri* cuando se implante. (MONTORO CHINER, MARÍA JESÚS, “Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos”, *Documentación Administrativa*, núm.265-266, enero-agosto 2003. Nota a pie de la página 353). No parece razonable esta posición, porque entre otras razones, obviando ahora otras más profundas, habría hacer también esta distinción jurídica en el seno materno.

Los votos particulares contra este criterio no fueron pocos. No deja de ser sorprendente que la configuración última del titular del derecho a la vida se la arrogue el Tribunal Constitucional en la sentencia 50/1983 que tenía por finalidad enjuiciar la despenalización del aborto, y que a partir de esa elaboración entienda que los presupuestos de la vida no hayan de regularse por ley especialmente cualificada. Parece razonable que si la Constitución no delimita con precisión ese “todos” no lo llene el Tribunal Constitucional⁴⁰ de manera definitiva, sino la Ley, que es la verdadera expresión de la voluntad popular.

Deslindar el ámbito subjetivo del derecho fundamental, separándolo de lo esencial en su regulación para ley orgánica es lo que hace el Tribunal Constitucional, de una manera que es difícil compartir, pues el elemento subjetivo es parte configuradora elemental del derecho subjetivo. El Tribunal no lo entiende así: “la referencia del art. 81.1. C.E. no se hace a los contenidos generales de los preceptos afectados sino, directamente a los derechos fundamentales y libertades públicas, de tal modo que ha debido ser este Tribunal quien interpretase qué debe entenderse por tales a los precisos efectos de esta reserva de ley orgánica (...). No basta, pues, con que una determinada exigencia dirigida al legislador, como las que hoy nos ocupan, se encuentre comprendida en uno de los preceptos constitucionales en los que al mismo tiempo se contenga también alguno de estos derechos fundamentales y libertades públicas para que se extienda a aquéllos también el ámbito de la citada reserva de ley orgánica ; el entendimiento estricto de esta reserva que viene haciendo este Tribunal impide que la misma se amplíe, más allá del ámbito propio del derecho fundamental, en este caso de derecho fundamental de todos a la vida, a otras exigencias dirigidas al legislador contenidas en los preceptos de la mencionada Sección 1., en este caso, al bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del nasciturus, tal como ha quedado recogido más arriba” (STC 212/1996). Las contradicciones son manifiestas, primero porque esa misma sentencia, como se vio en líneas anteriores, señala como sustrato esencial de los derechos fundamentales especialmente garantizados y predicables en todo caso a los vinculados con la dignidad, y el Tribunal Constitucional debe interpretar los derechos atendiendo a los tratados internacionales, que como se ha visto no hacen más que relacionar todas estas materias con la dignidad. Segundo, si el legislador decidiese penar el aborto, habría de ser ley orgánica su norma reguladora por una doble razón, primero por afectar

⁴⁰ Y mucho menos él, que tiende –como ya hemos visto– a operar con criterios políticos y de oportunidad más que jurídicos, lo que obviamente le deslegitima, pues asume funciones de legislador positivo que en ningún caso le son propias ni tolerables.

al derecho a la libertad, pero segundo y previo, porque si introduce dentro del concepto “todos” al embrión está delimitando subjetivamente el derecho, y eso no está “fuera del ámbito propio del derecho fundamental”. Que el legislador no haya optado por penar el aborto no implica - como ya ha repetido el Tribunal Constitucional -, más que no se condena tal acción, no más. Pero no está definido en el Código Penal el concepto “todos”, ni le corresponde al Tribunal dar una definición a la que luego el legislador quede sujeto.

V. LA ELECCIÓN DE LA BASE JURÍDICA Y DEL TÍTULO COMPETENCIAL POR LA RECIENTE LEGISLACIÓN EN INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN

Sin embargo, y pese a todo el contexto internacional a que se ha hecho referencia, de manera errónea a mi juicio, por las razones aquí expuestas⁴¹ las siguientes leyes se manifiestan de este modo:

a) La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (vigente hasta el 28 de mayo de 2006), en su disposición final segunda recoge como título competencial de modo expreso el 149.1.15.^a y el 149.1.16.^a: “Esta ley se aprueba al amparo del artículo 149.1.15 y 16 de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica y en materia de bases de la sanidad”.

b) La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica en su disposición final primera, recoge como título competencial el 149.1.15.^a y 16.^a de este modo: “Esta Ley se aprueba al amparo del artículo 149.1.15.^a y 16.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica y en materia de bases y coordinación general de la sanidad”

c) La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida en su disposición final primera fija los títulos competenciales precisando incluso para distintos preceptos de la ley del siguiente modo:

⁴¹ Anteriormente a esta regulación que ahora vengo a criticar, con carácter general vinculaba la dignidad como título tanto en investigación, como en salud y en protección de datos en BOBO RUIZ, JESÚS, *Intervención y gestión en la Genética humana*. Edit. Universidad de Granada, Granada, 2005.

“Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo del artículo 149.1.16.^a de la Constitución. Se exceptúa de lo anterior su capítulo IV, que se dicta al amparo del artículo 149.1.15.^a de la Constitución, y los artículos 7 a 10, que se dictan al amparo de su artículo 149.1.8.^a”

Se aparta así – conscientemente – el legislador estatal del soporte del 149.1.1 CE, abandona así –conscientemente- las ventajas que le puede reportar en el caso de conflictos. Sorprende que sea así por muy distintas razones, además de las ya expresadas:

a) Primero, porque con anterioridad las normas a las que las anteriormente sustituyen o complementan recogían el 149.1.1 CE de modo explícito:

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su disposición adicional primera, al fijar la competencia la recoge como competencia exclusiva del Estado fijando su carácter básico lo hace bajo el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, además de conforme al 16.º

b) Porque salvo el Estatuto de Autonomía de Aragón, ninguno ha pretendido arrogarse la competencia.

Sucede esto, pese a existir la común convicción de que la protección de la dignidad es el obligado punto de partida. El propio legislador subraya en la exposición de motivos de la Ley 14/2007, de 3 de julio, que dicha Ley se construye sobre los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano en cualquier investigación biomédica, destacando también que con relación al sistema de garantías se recoge una relación precisa que pone los límites del principio de libertad de la investigación en la defensa de la dignidad e identidad del ser humano y en la protección de su salud. Ya hemos visto también la coincidencia de los instrumentos internacionales que se citan en este punto, siendo claro que el objetivo de la protección de la dignidad humana guía -como no podía ser de otro modo- la actividad de los comités nacionales e internacionales de bioética.

Sin embargo, quizá el carácter vacilante del legislador y la contención que se observa en la jurisprudencia constitucional de los últimos años al interpretar el ámbito y alcance del título

competencial del artículo 149.1.1.^a de la Constitución expliquen esta situación. Resulta paradójico que se proceda con olvido del artículo 149.1.1.^a CE en un campo como el de la regulación estatal relacionada con la genética humana, propio para extraer todo el potencial del mismo, aunque la regulación que se pudiera dictar a su amparo no tendría que se agotadora

La conflictividad entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha pesado sin duda en este panorama. En este sentido, el dictamen 35/2004 del Consejo Consultivo de Andalucía relativo al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, señala que si la investigación con preembriones⁴² se autoriza, con las limitaciones previstas en la norma examinada, valorando sus posibles aplicaciones terapéuticas frente a la alternativa de la destrucción de los mismos, con la finalidad de evitar el sufrimiento humano y desarrollar acciones tendentes al restablecimiento de la salud o la prevención de enfermedades, ello nos sitúa indubitadamente en el ámbito de la sanidad, sobre la cual la Comunidad Autónoma ostenta competencia en virtud de los dos referidos títulos estatutarios⁴³. Título competencial que ampara el dictado de bases que tengan una regulación normativa uniforme y, de vigencia en toda la Nación, porque con ellas se proporciona al sistema normativo, en este caso el de la sanidad nacional, un denominador común, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias (STC 32/1983, FJ 21). Más adelante, y con relación al ámbito de la investigación, destaca dicho dictamen que la Constitución Española ha optado por un régimen competencial en términos de concurrencia, sin que la competencia exclusiva atribuida al Estado en materia de “fomento y coordinación general de la investigación”, en virtud del artículo 149.1.15.^a de la

⁴² Es evidente que esta expresión tiene un sentido finalista: separar jurídicamente en dos una realidad que se presenta continua en la biología, con el propósito de legitimar las intervenciones durante ese supuesto estadio preembrionario. No analizo esto aquí, pues me separa de mi objeto, sin perjuicio de manifestar que con ello se produce otra separación del Derecho, ya no sólo de la justicia, sino también de la realidad biológica.

⁴³ Constatando que ninguna de las disposiciones de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, identificó los títulos competenciales que le sirvieron de sustento, afirma que “no resulta discutible la afirmación de que su contenido ha de explicarse, fundamentalmente, en función de las competencias estatales en materia de sanidad e investigación, como evidencian las técnicas objeto de regulación y sus fines, los centros y equipos que las han de aplicar, y las posibilidades de experimentación e investigación que en dicha Ley se reconocen bajo determinados requisitos. Así lo reconoce expresamente la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que modifica la Ley 35/1988, puesto que los dos títulos competenciales invocados por ella (disposición final segunda) se refieren a las competencias que la Constitución atribuye al Estado en el artículo 149.1.15.^a y 16.^a, que atribuyen la competencia exclusiva al Estado en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica y la competencia exclusiva en materia de sanidad exterior, y bases y coordinación general de la sanidad, así como a la legislación sobre productos farmacéuticos. Hay que hacer notar, en relación con este último, que la mentada disposición final segunda sólo apela a las atribuciones en materia de bases de la sanidad, aunque tal omisión no autoriza, como es lógico, a desconocer la posible incidencia de las facultades de coordinación general de la sanidad.”

Constitución, pueda impedir ni interferir la que decida desarrollar la Comunidad Autónoma (STC 90/1992, de 11 de junio).

Pero el referido dictamen aborda también, tratando de apurar la cuestión, el alcance del título competencial que el Estado ostenta para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a de la CE), precisamente porque fue invocado en anteriores ocasiones en el ámbito material aquí considerado (v.gr., en relación con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, denominada Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica); título competencial que finalmente se descarta porque el Tribunal Constitucional (sentencia 61/1997, de 20 de marzo) ha delimitado su significado y alcance en unos términos tales que explicarían el silencio del legislador sobre el mismo.

Entre las disposiciones más recientes, el Real Decreto 1527/2010, de 15 de noviembre, por el que se regulan la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y el Registro de Proyectos de Investigación, dada su orientación más específica y siendo como es desarrollo de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, deja claro que “se dicta al amparo del artículo 149.1.15.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de fomento y coordinación de la investigación científica y técnica”.

En definitiva, las prevenciones con respecto al artículo 149.1.1.^a, hechas valer en numerosas ocasiones con motivo de recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencia, sobre todo desde posiciones nacionalistas, han terminado por hacer mella en la doctrina del Tribunal y en el propio legislador estatal. Propongo por ello el redescubrimiento de este título competencial a la hora de fundamentar la base jurídico-constitucional de aquella regulación estatal que exija la fijación de normas homogéneas en todo el territorio nacional para la protección de los bienes jurídicos que deben tutelarse en esta materia.

La concepción de un solo Estado parece estar más presente en los propios estatutos de autonomía que en la mente del legislador estatal y sobre todo que en la de los magistrados (que no jueces) integrantes del Tribunal Constitucional. Los estatutos no han querido buscar

disparidad en la concepción de la dignidad humana, que de haber sido admitida – y con las interpretaciones a los efectos del 149.1.1.^a y los derechos fundamentales que hemos visto en el Tribunal Constitucional así debiera ser en pura lógica- nos habría obligado a afirmar que definitivamente –y más allá de las terminologías– el ordenamiento jurídico no sería ya uno plural, sino varios desconectados entre sí.