

ya se declaró en la STC 100/1993 antes citada, no cabe extender sin más esta doctrina sobre la titularidad de las Entidades públicas del derecho a la tutela judicial efectiva a otros derechos fundamentales susceptibles de ser invocados en amparo. Por consiguiente, la presente alegación de trato desigual entre la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma y la de la Administración General del Estado, carece de relevancia constitucional, pues el principio de igualdad del art. 14 C.E., cimentado en la dignidad de la persona como fundamento del orden político (art. 10.1 C.E.) y que está en la base de la noción misma del derecho fundamental, es de todo punto ajeno a la cuestión.

La afirmación anterior no se ve empañada por la STC 302/1994 (fundamento jurídico 5.º), mencionada por la parte demandante. Esa Sentencia rechazó la alegación de igualdad que había suscitado la Generalidad de Valencia, sin entrar a analizar su aplicabilidad, por la simple razón de que no se postulaba ninguna igualdad de tratamiento sino, al contrario, un trato diferente, *prima facie* ajeno al art. 14 C.E.; pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la igualdad consagrado en el citado precepto constitucional no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato (SSTC 52/1987, fundamento jurídico 3.º; 136/1987, fundamento jurídico 6.º; 48/1989, fundamento jurídico 5.º). Por consiguiente, siendo ajena al ámbito del art. 14 C.E. la llamada «discriminación por indiferenciación» (SSTC 86/1985, fundamento jurídico 3.º; 19/1988, fundamento jurídico 6.º y 308/1994, fundamento jurídico 5.º), la supuesta quiebra del principio de igualdad que se aduce por este motivo debe ser rechazada.

Finalmente, cabe añadir que la doctrina que niega que la Constitución pueda respaldar la exigencia de un trato igual a las distintas Administraciones públicas—exigencia cuya oportunidad, utilidad y acierto debe ser valorada por los cauces políticos y administrativos pertinentes, no por los de protección constitucional de los derechos fundamentales—encuentra su respaldo en la misma razón de ser de la propia jurisdicción de amparo. Como ha subrayado la STC 257/1988, el recurso de amparo «no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares» (fundamento jurídico 4.º, en el mismo sentido que el ATC 139/1985, y la STC 123/1996).

La conclusión alcanzada priva de significado a las restantes alegaciones formuladas por la recurrente en este proceso.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Vicente Gimeno Sendra.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Pedro Cruz Villalón.—Carlos Viver Pi-Sunyer.—Enrique Ruiz Vadillo.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Rubricados.

**1180** Pleno. Sentencia 212/1996, de 19 de diciembre de 1996. Recurso de inconstitucionalidad 596/1989. Promovido por 79 Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, en su totalidad y subsidiariamente contra diversos preceptos de la citada Ley por contradecir los arts. 9, 10, 15, 25, 53 y 81 de la C.E. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente; don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carlos Viver Pi-Sunyer, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón y don Pablo García Manzano, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 596/89, promovido por don Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, comisionado por 68 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, en su totalidad y subsidiariamente contra los artículos 1, 2, 3, apartados 2 y 3; 5, apartados 1 y 3, y 7, 8, 9 y disposición adicional primera, apartados d) y e), por contradecir los artículos 9, 10, 15, 25, 53 y 81 de la C.E. Ha comparecido el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pedro Cruz Villalón, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Por medio de escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 31 de marzo de 1989, don Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, comisionado por 78 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, en su totalidad y subsidiariamente contra los arts. 1, 2 y 3, apartados 2 y 3; 5, apartado 1; 7, 8 y 9 y disposición adicional primera, apartados d) y e), por contradecir los arts. 9, 10, 15, 25, 53 y 81 de la C.E.

2. Basan su impugnación los recurrentes en las siguientes alegaciones:

A) En primer lugar, se sostiene que la Ley 42/1988 quebranta la protección constitucionalmente exigible de la vida humana. La Ley impugnada se refiere a embriones y fetos humanos, considerados desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante, remitiéndose a la Ley de técnicas de reproducción asistida para todo lo referido a la donación y utilización de embriones humanos antes del día decimocuarto que sigue al de su concepción. Pues bien, a pesar de estas referencias, contenidas en la Exposición de Motivos y en una disposición final, en el texto articulado de la Ley no se define con claridad qué se entiende por embrión y feto, lo que vulnera el principio de seguridad jurídica en temas de tan alta trascendencia.

En el articulado de la Ley se distingue entre embriones y fetos a efectos de su distinta protección y de permitir la investigación o experimentación sobre ellos, pero sin que, en ningún momento, se establezca cuándo debe entenderse que se produce el paso del embrión al feto; la distinción entre ambos, sin embargo, puede ser tan seria como la que se deduce del art. 5, apartados 3 y 4, pues los embriones abortados son objeto de una especie de presunción de no viabilidad, mientras que los fetos son acreedores de tratamiento con fines de favorecer su desarrollo.

En el mismo sentido, atenta la Ley al principio de seguridad jurídica en la disposición final primera, al utilizar como criterio de delimitación entre esta Ley y la de reproducción asistida el decimocuarto día desde la fecundación, mientras que en la Exposición de Motivos el criterio utilizado es el de la implantación estable del embrión en el útero. Dado que ambos criterios no coinciden necesariamente, se crea un ámbito de indeterminación de modo que determinados embriones o fetos no es claro que estén incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley o en el de la de reproducción asistida, o en ninguna de las dos.

Tal como declaró la STC 53/1985, fundamento jurídico 5.º, la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación. Con ella se genera un *tertium* existencialmente distinto a la madre. La vida del *nasciturus*, en cuanto encarna un valor fundamental, el de la vida humana garantizada en el art. 15 C.E., constituye un bien jurídico cuya protección encuentra su fundamento constitucional en dicho precepto. Por ello, en esta Ley se regulan algunas de las consecuencias del art. 15 C.E., es decir, se está definiendo el *status* de la vida humana en sus primeros meses de desarrollo. En este sentido, la Ley en su conjunto —y específicamente alguno de los preceptos que luego se enunciarán—, deviene inconstitucional por no respetar el contenido esencial del derecho a que hace referencia el art. 15 C.E.

Ello, en primer lugar, porque hace susceptibles a los embriones y fetos humanos del contrato de donación. Éste, en nuestro Derecho, es un término preciso, definido por el art. 618 C.C. como «acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta», y que constituye uno de los modos de adquirir la propiedad. Tal patrimonialización del embrión y del feto no es admisible en nuestro Derecho constitucional por ser contrario al respeto inherente a la persona humana, reconocido en el art. 10 C.E. y en los Tratados Internacionales suscritos por España.

En segundo lugar, la Ley posibilita autorizar actuaciones sobre embriones o fetos cuando estén aún vivos, y con fines no terapéuticos, lo que puede conducir a su muerte, no respetando, por tanto, el tratamiento jurídico a que constitucionalmente es acreedora la vida humana. Precisamente, si el legislador ha considerado oportuna la promulgación de esta Ley existiendo ya la Ley 30/1979, de 7 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, es porque en ésta no se permite la extracción y trasplante que supusieran la muerte del donante, exigiéndose su libre consentimiento hasta el extremo de vedar, en todo caso, la donación por disminuidos psíquicos o que por cualquier otra causa no puedan otorgar su consentimiento de forma expresa, libre y consciente. Ello contrasta abiertamente con lo establecido en la Ley 42/1988, suponiendo una arbitrariedad cuya interdicción, como reiteradamente ha establecido el Tribunal, alcanza también al legislador. Siendo evidentemente legítimo que el legislador pueda distinguir el tratamiento del ser humano en sus distintas fases de desarrollo, hay mínimos imprescindibles que necesariamente se imponen, y, entre ellos, que se garantice el derecho al desarrollo, la vida y la dignidad del

ser humano. Ello no se respeta en esta Ley, que supone una deshumanización por vía legislativa de los embriones y fetos humanos en los casos que la Ley prevé, a fin de que puedan ser utilizados para fines ajenos a su propio desarrollo o a su propia terapéutica.

B) Asimismo vulnera la Ley impugnada la reserva de Ley Orgánica establecida en el art. 81 C.E., en cuanto afecta al ámbito de protección de lo dispuesto en el art. 15 C.E. Por Ley ordinaria se está integrando el estatus jurídico de la vida humana en su fase de embrión y feto, sin modificar paralelamente el Código Penal —y téngase en cuenta que alguna de las conductas que se prevén como autorizables en la Ley son delitos tipificados en el Título VIII del Código Penal.

A este respecto, resulta especialmente llamativa la remisión que la disposición adicional primera e) hace a una norma reglamentaria para determinar los criterios de viabilidad o no del feto fuera del útero. Con ello no sólo se vulnera la reserva de Ley Orgánica, sino que se procede a una clara deslegalización de los criterios para determinar la existencia de vida humana susceptible de protección o de feto muerto a efectos de poder llevar a cabo sobre él actuaciones no terapéuticas. Tal disposición contrasta llamativamente con lo previsto para acreditar la muerte en la Ley 30/1979, sobre extracción y trasplante de órganos, en la que claramente, y con rango legal, se exige la comprobación del fallecimiento estableciéndose los adecuados criterios y garantías. En ésta, además, remite al Gobierno la regulación del procedimiento y comprobaciones necesarias para diagnosticar la muerte cerebral, pero no la determinación de cuándo existe propiamente la muerte. Tal disparidad, de nuevo, implica una arbitrariedad constitucionalmente vedada.

La Ley igualmente vulnera la Constitución al no establecer la necesaria regulación penal. Las garantías consagradas en el art. 25 C.E., además, no sólo requerirían la salvaguardia de la Ley formal, sino, por imperativo del art. 81, de Ley Orgánica.

Puede discutirse cuál deba ser el grado de la sanción penal que corresponda a los atentados contra el derecho a la vida y al desarrollo de embriones y fetos, pero lo que no es constitucionalmente admisible es la inexistencia de alguna garantía penal.

Asimismo, el Capítulo cuarto de la Ley 42/1988, dedicado al Derecho sancionador en la materia, realiza la tipificación de las faltas y sanciones por remisión a otra Ley, la General de Sanidad, «con las adaptaciones que requiera la materia»; tal remisión, claramente indeterminada, vulnera el propio principio de legalidad en materia sancionatoria, máxime si se tiene en cuenta que, aunque se tipifiquen algunas infracciones, no se hace lo mismo con su sanción, siendo así que aquel principio se extiende tanto a las conductas vedadas como a la sanción que les corresponda.

C) Más concretamente, el recurso tacha de inconstitucionales los siguientes preceptos específicos:

1.º Art. 1, que vulnera el principio de seguridad en cuanto establece que «sólo podrá autorizarse en los términos que establece la presente Ley» la donación y utilización de embriones y fetos humanos, lo que parece excluir de su ámbito utilizaciones no autorizadas. En contraste con este precepto, el art. 1 de la Ley 30/1979 requiere que las prácticas allí reguladas sólo podrán realizarse con arreglo a lo dispuesto por la propia Ley. En consecuencia, en cuanto el art. 1 define el ámbito de la Ley 42/1988 sin referencia a la realización de prácticas no autorizadas, supone un atentado al principio de seguridad jurídica y a la reserva de Ley, incluso de Ley Orgánica.

Igualmente resulta inconstitucional el precepto en cuanto contempla la donación de embriones y fetos, lo que supone una patrimonialización de la vida humana completamente opuesta al principio de dignidad de la persona, recogido en el art. 10 C.E.

2.º Por el mismo motivo últimamente apuntado se señala la inconstitucionalidad del art. 2, en todos sus párrafos, en cuanto reiteradamente se refiere a la donación de embriones y fetos. Especialmente se denuncia la inconstitucionalidad del apartado e), en cuanto equipara a efectos de donación fetos y embriones muertos, de una parte, y clínicamente no viables, de otra, desconociendo la relevancia del hecho de que mientras estén vivos, sean o no viables, son merecedores de la protección a que se refería la STC 53/1985. En todo caso, esa equiparación es arbitraria y contraria a la dignidad de la persona humana. Asimismo, los apartados b) y f) del mismo artículo, en cuanto permiten la donación por menores de edad, aun completando su consentimiento, de embriones y fetos de los que sean procreadores, resultan inconstitucionales por incurrir en arbitrariedad, lo que se hace patente si se comparan con sus correlativos de la Ley 30/1979.

3.º El art. 3, apartados 2 y 3, es igualmente contrario a la seguridad jurídica, por consagrar como práctica permitida una categoría, la interrupción del embarazo, que no tiene significado jurídico más que en el ámbito penal, como conducta delictiva. Asimismo, dichos apartados parecen pretender establecer una prohibición de vinculación entre la llamada «interrupción del embarazo», es decir, el aborto, por un lado, y, por otro, una prohibición de que un mismo equipo médico practique una aborta y utilice el fruto del mismo a los efectos previstos en la Ley. Estas conductas, en cuanto son descritas como prohibidas en la Ley sin establecer la sanción procedente en caso de violación de la prohibición son contrarias al art. 25 C.E.

Igualmente resulta inconstitucional el apartado 2, en cuanto, de nuevo, utiliza la expresión donación para referirla a embriones y fetos.

4.º Art. 5.1, en su inciso final «de conformidad con las disposiciones normativas vigentes», referencia indeterminada que viola la reserva de Ley formal. Asimismo, de los antecedentes parlamentarios resulta que con tal inciso se quiere hacer referencia a la Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis C.P., por lo que el precepto supone una deslegalización de una materia reservada a la Ley formal por afectar a derechos consagrados en el Título I de la Constitución.

5.º Art. 5.3, en cuanto establece la presunción legal de no viabilidad de los embriones abortados, espontáneamente o no. Las normas jurídicas que pretendan, mediante presunción, negar el carácter de «ser humano» al «hecho biológico humano» constatable en la realidad como tal, suponen un arcaísmo que nos devuelve a épocas primitivas del Derecho, absolutamente incompatible con el respeto a la dignidad del ser humano.

Asimismo, resulta completamente arbitraria la distinción entre embriones abortados, que se presumen no viables, y fetos expulsados espontáneamente pero sí viables, a los que se refiere el apartado 4, así como embriones o fetos muertos, a los que se refiere el art. 6, en cuanto tal distinción implica para unos el derecho a la vida y para otros su supresión. Tales distinciones, que pretenden establecer un régimen jurídico distinto del ser humano según su grado de desarrollo, y medido éste por criterios establecidos con carácter reglamentario, suponen una deslegalización de la definición conceptual del ser humano, y, por tanto, de las consecuencias de

la protección constitucional a que es acreedora la vida humana por el hecho de existir.

6.º Art. 7, por las razones expuestas, en cuanto se refiere a la donación de embriones y fetos y no subordina las prácticas allí recogidas al derecho a la vida y al desarrollo de sus sujetos pasivos.

7.º Art. 8, en cuanto la normativa que establece respecto a la tecnología genética, no garantizan el derecho a la vida del fruto de la concepción, remitiéndose como único límite a una autorización administrativa y a lo dispuesto por la propia Ley recurrida, que no garantiza, sino más bien lo contrario, la protección constitucionalmente exigible de la vida humana, en los términos del art. 14 C.E.

8.º Art. 9.1, en cuanto se remite, con las adaptaciones que requiere la materia, a la L.G.S., por los motivos señalados en el anterior apartado B), *in fine*. En particular, resultan de palmaria inconstitucionalidad los apartados a), b) y e) del párrafo segundo, en cuanto tipifican como meras infracciones administrativas gravísimas conductas atentatorias no sólo del valor vida humana sino del patrimonio genético humano en general. Asimismo se denuncia la inconstitucionalidad del empleo del concepto de donación para referirlo a fetos y embriones.

9.º Disposición adicional primera, apartados d) y e), en cuanto de nuevo se refieren a la donación de embriones y fetos, y en cuanto remiten al Gobierno la fijación a nivel reglamentario de los criterios de viabilidad del feto, por las razones recogidas en el anterior apartado B), párrafo segundo.

3. Concluyen su escrito los impugnantes suplicando se declare la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la totalidad de la Ley y subsidiariamente de los preceptos recogidos, así como, de conformidad con el art. 39 LOTC, la de aquellos otros a los que el Tribunal considere oportuno extenderse por conexión o consecuencia. Mediante respectivos otrosíes se suplica la remisión de los antecedentes legislativos, la práctica de prueba para determinar la trascendencia para la vida humana de las conductas a que se refiere la Ley y la suspensión de su aplicación en tanto se tramita el presente recurso.

4. Mediante providencia de la Sección Segunda, de 17 de abril de 1989, se acordó admitir a trámite el recurso, dar traslado de la demanda al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno; recabar, conforme al art. 88.1 LOTC, el expediente de elaboración de la Ley recurrida y publicar la formalización del recurso en el «Boletín Oficial del Estado». En cuanto a la práctica de la prueba, se acuerda remitir cualquier decisión a un momento ulterior. Asimismo se acuerda denegar la petición de suspensión que se formula en el tercer otrosí, por no estar prevista tal posibilidad respecto de recursos de inconstitucionalidad relativos a Leyes del Estado, y carecer, por tanto, este Tribunal de facultades para acordarla.

5. Por escrito de 25 de abril de 1989, el Presidente en funciones del Congreso de los Diputados comunica el Acuerdo de la Mesa de la Cámara por el que se decide su no personación en el procedimiento y trasladar al Tribunal el expediente de tramitación de la Ley recurrida. Mediante escrito de 4 de mayo de 1989, el Presidente en funciones del Senado comunica el acuerdo por el que se tiene por personada a la Cámara, y por ofrecida su colaboración a los efectos previstos en el art. 88.1 de la LOTC.

6. Por escrito de 10 de mayo de 1989, el Abogado del Estado suplica la concesión de una prórroga de ocho

días para formular alegaciones, lo que se le concede por providencia de la Sección Segunda de 16 de mayo.

Tales alegaciones se presentan el 24 de mayo de 1989 en el Registro General del Tribunal. En ellas, como consideración preliminar, y tras fijar el objeto del recurso, se señala cómo el primero de los motivos, en realidad, no se refiere a la totalidad de la Ley, sino sólo a determinados preceptos que, de forma subsidiaria, resultan igualmente impugnados en el motivo tercero. La argumentación aquí incluida se limita a reiterar las razones que se invocan en el motivo primero, pero en relación con los diversos preceptos de la Ley que se incluyen en la súplica y constituyen el objeto de la pretensión subsidiaria. Por ello articula el Abogado del Estado sus alegaciones refiriéndose, en primer lugar, al único motivo que se aduce contra la totalidad de la Ley, por violación de la reserva de Ley Orgánica del art. 81 C.E., pasando a continuación a examinar la constitucionalidad de los concretos preceptos impugnados subsidiariamente. En la medida en que la supuesta vulneración del art. 25 C.E., aducida en el segundo y general motivo, sólo es referible, en realidad, al art. 9 de la Ley, será asimismo contestada en las alegaciones sobre dicho artículo.

A) Comienza el Abogado del Estado su alegato en favor de la no violación por la Ley recurrida de la reserva de Ley Orgánica describiendo pormenorizadamente su contenido, pues sólo tras ello será posible determinar si la Ley 42/1988 desarrolla o no algún derecho fundamental de la Sección Primera, Capítulo Segundo, Título I C.E., que, obviamente, habría de ser el proclamado en el art. 15 C.E. La Ley, relativa a embriones y fetos humanos, los considera como tales «desde el momento en el que se implantan establemente en el útero —lo que tiene lugar a partir del día catorce que sigue al de su fecundación, cf. disposición final primera, y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante» (Exposición de Motivos de la Ley recurrida). Trata de propiciar las actuaciones biomédicas y de garantizar la libertad científica e investigadora «condicionándola a los valores reconocidos en la Constitución, como son la protección del cuerpo y de la vida, la capacidad de decisión del afectado y la dignidad humana» (Exposición de Motivos). En congruencia con este propósito, se distribuye en cuatro capítulos, dos disposiciones adicionales y dos finales, siendo los primeros relativos a los principios generales, actuaciones con embriones y fetos, investigación, experimentación y tecnología genética, e infracciones y sanciones; las disposiciones adicionales habilitan al Gobierno para el desarrollo de la Ley y ordenan la creación de un Registro Nacional de Centros y Servicios autorizados en los que se utilice e investigue con material genético; en fin, la disposición final primera delimita el ámbito de aplicación de la Ley en relación a la de técnicas de reproducción asistida, para fijar, en la segunda, su momento de entrada en vigor.

A partir de este recorrido por su articulado, el Abogado del Estado concluye que la Ley 42/1988 no constituye desarrollo del art. 15 C.E., ni de ninguno de los derechos fundamentales a que se refiere la reserva de Ley Orgánica. Con cita de la STC 5/1981, hace hincapié en la necesidad de interpretar restrictivamente la reserva del art. 81.1 C.E., para evitar una petrificación abusiva del ordenamiento jurídico. En esta misma línea, la STC 160/1987 restringe la forma de Ley Orgánica a la regulación de aquellas materias previstas de manera expresa por el constituyente, de modo que la noción de «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas» ha de ser restrictivamente entendida. No cabe, por tanto, presumir que cualquier regulación legal que incida en alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas constituya «desarrollo» de ese

derecho o libertad (STC 67/1985). Asimismo, la STC 140/1986 (reiterada en las SSTC 159/1986, 160/1986, 17/1987, 32/1987 y 122/1987) declaró que el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas. La STC 95/1988, por último, advierte que sólo determinados derechos, no otros, requieren para su ejercicio una normativa de desarrollo que especifique sus límites respecto a otros derechos y provea las condiciones para su efectividad.

Pues bien, a juicio del Abogado del Estado, el derecho a la vida que proclama el art. 15 C.E. se agota con su aplicación, sin necesidad de norma alguna que lo desarrolle o precise las condiciones de su ejercicio. No cabe, por ello, entender que la Ley 42/1988 desarrolle ninguno de los enunciados constitucionales del art. 15 C.E., pues el derecho a la vida no requiere, ni admite, ninguna norma de desarrollo.

En su criterio, la Ley recurrida no integra el estatuto jurídico de la vida humana en su fase de embrión y feto, como quiere el escrito impugnatorio. Su motivación y contenido es administrativo, científico y sanitario. Sólo autoriza la donación y utilización de embriones o fetos que sean clínicamente no viables (i.e., potencialidades humanas que no tienen posibilidad de desarrollo embriológico y, por tanto, no son en estricto sentido *nasciturus*, sino *oriturus*) o estén muertos. Con ello no se vulnera la protección que la C.E. dispensa a la vida humana en formación y prohíbe que se obstaculice o interrumpa el proceso natural de gestación, así como cualquier actuación que en el útero se realice sobre ellos que no tenga como finalidad su propio bienestar o se haga por indicación legal. En definitiva, garantiza que las prácticas y actuaciones que regula sólo se realicen con materiales embriológicos cuando se hayan frustrado sus posibilidades de desarrollo, de modo que no pueda ya hablarse de *nasciturus* porque aquellas células germinales no van a seguir tomando corpórea y sensitivamente configuración humana.

B) Tampoco deben prosperar, a juicio del Abogado del Estado, las sucesivas alegaciones sobre cada uno de los concretos preceptos impugnados:

1.º El atentado a la seguridad jurídica que se imputa al art. 1, es indemostrado, limitándose la alegación, a este respecto, a su contraste con el art. 1 de la Ley 30/1979, de 7 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. Conforme a la doctrina del Tribunal (SSTC 27/1981, 99/1987 y 227/1988), es evidente que dicho precepto no es incierto ni oscuro; tampoco contradice la jerarquía normativa y ha sido formalmente publicada, por lo que ningún reproche de inconstitucionalidad le es oponible.

2.º En cuanto al art. 2, en primer lugar, se le reprocha una patrimonialización de la vida humana incompatible con el respeto a la dignidad de la persona. Pero tal razonamiento, a su criterio, parte de un error, pues los materiales embriológicos que la Ley contempla no son seres humanos en desarrollo, sino embriones o fetos clínicamente no viables o que están muertos, por lo que en nada se vulnera el art. 15 C.E.

Tampoco se encuentra base constitucional para la tacha de arbitrariedad de ese mismo precepto, en cuanto permite la donación de embriones o fetos gestados por menores de edad. La Ley 30/1979 no es, desde luego, canon de constitucionalidad, ni tampoco se demuestra, como sería preciso para tachar el precepto de arbitrario, la falta de proporción entre los fines perseguidos y los

medios empleados para su persecución (SSTC 99/1987 y 70/1988).

3.º No cabe asignar al art. 3.2 el significado que los recurrentes le atribuyen. En él no se consagra la interrupción del embarazo como práctica permitida, ni hay violación alguna del principio de seguridad jurídica. El recurso olvida la necesidad de una interpretación *toto systema perspecto*, pues la Ley 42/1988 no deroga ni modifica los arts. 411 y ss. C.P. El sistema penal de protección de la vida, mantiene en todo su vigencia. El art. 3 tan sólo permite recoger algunos aspectos de la recomendación núm. 1.046 del Consejo de Europa y, naturalmente, no impide que las conductas que infrinjan su mandato sean sancionadas con arreglo a las normas penales.

4.º Del art. 5.1, último inciso, no se desprende la deslegalización que se denuncia, como tampoco se alega frente a él precepto o principio constitucional alguno. El embrión abortado, a que se refiere el apartado 3 del art. 5, es una célula germinal sin posibilidad de desarrollo ulterior, sin vida, ya que el aborto —espontáneo o no— supone la desaparición de la vida en formación.

5.º En cuanto a los arts. 7 y 8, al referirse a embriones o fetos clínicamente no viables, o muertos, no son tampoco inconstitucionales, por consideraciones ya realizadas respecto a otros preceptos de la Ley.

6.º El art. 9 tampoco es inconstitucional. La Ley 42/1988 no desarrolla el derecho a la vida que consagra el art. 15 C.E. Por otra parte, no cabe olvidar que los atentados contra la vida del feto constituyen delitos tipificados en el Código Penal, que no es desplazado, modificado ni suprimido por la que es objeto del presente recurso.

7.º Ninguna tacha de inconstitucionalidad, por último, puede oponerse, a juicio de la Abogacía del Estado, a la disposición adicional primera, apartados d y e). Para ello, bastará con entender que el precepto sólo se refiere a los procedimientos de comprobación que deban utilizarse para determinar la viabilidad o no del feto, como resulta de los debates parlamentarios.

7. Por providencia de la Sección Segunda de 12 de febrero de 1990, se acordó volver a recabar del Gobierno el expediente de elaboración de la Ley impugnada, ya reclamado el 17 de abril anterior. En escrito del Ministro de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno de 27 de febrero, se comunica la inexistencia de ningún expediente al respecto, toda vez que la mencionada Ley tuvo su origen en una Proposición de Ley tomada en consideración por la Cámara.

8. Por providencia de 26 de abril de 1990, la Sección Segunda dio traslado a las partes del anterior escrito, dándoles, además, vista por diez días del expediente de elaboración remitido por el Congreso de los Diputados, que comprende también lo actuado en el Senado.

9. Por escrito registrado el 17 de mayo de 1990, el Abogado del Estado, a la vista del expediente trasladado, señala el error contenido en el primer otrosí del escrito de interposición del recurso, toda vez que la Ley impugnada deriva de la propia iniciativa parlamentaria. Asimismo, respecto a las actuaciones remitidas por el Congreso de los Diputados, manifiesta que, consistiendo tan sólo en varios ejemplares del «Boletín Oficial de las Cortes Generales», ya fueron conocidos y tenidos en cuenta por esa representación, por lo que nada tiene ahora que añadir.

10. Por providencia de la Sección Segunda de 22 de noviembre de 1994, y en atención al segundo otrosí de la demanda, se acordó conceder a las partes plazo de diez días para que alegaran lo pertinente en orden al recibimiento a prueba del recurso. Dicho trámite sólo fue cumplimentado por el Abogado del Estado, que en escrito de 29 de noviembre de 1994 interesa se dicte Auto denegando la práctica de la prueba propuesta.

11. Por Auto del Pleno del Tribunal de 31 de enero de 1995, se tuvo por decaída la pretensión relativa al recibimiento a prueba del proceso, que consiguientemente se deniega, toda vez que los recurrentes dejaron transcurrir sobradamente el plazo otorgado al efecto.

12. Por providencia de 17 de diciembre de 1996, se acordó fijar para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos (en adelante designada por su número), y como su mismo nombre indica, ha venido a regular dicha donación y utilización considerando a tales embriones y fetos «desde el momento en que se implantan establemente en el útero» (Exposición de Motivos de la Ley), quedando la regulación del momento previo («hasta el día catorce que sigue al de su fecundación») confiada a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 35/1988, de 22 de noviembre), según lo previsto en la disposición final primera de dicha Ley 42/1988.

2. Los Diputados del Grupo Parlamentario Popular que suscriben el presente recurso consideran, resumidamente, que la Ley 42/1988, en primer lugar, ha quebrantado la protección constitucionalmente exigible de la vida humana (art. 15 C.E.); en segundo lugar, se le imputa una vulneración de la reserva de Ley Orgánica establecida en el art. 81 C.E. para las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, en este caso del derecho a la vida (art. 15 C.E.), al igual que las reservas de Ley establecidas en los arts. 25.1 (principio de legalidad penal) y, más generalmente, 53.1 C.E. (leyes reguladoras del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución); finalmente, los Diputados recurrentes entienden que los distintos preceptos de la Ley vulneran los principios constitucionales de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 C.E.). La dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) aparece invocada también a lo largo del recurso.

3. Con diversas fórmulas, los Diputados recurrentes hacen de la vulneración del art. 15 C.E. el reproche central que dirigen a la Ley 42/1988, ya sea con argumentos sustantivos, en definitiva la transgresión del derecho fundamental como tal, ya sea con argumentos conectados al sistema de fuentes, concretamente la vulneración de la reserva de Ley Orgánica. De ahí la importancia de analizar, antes que otra cosa, la medida en la que la Ley 42/1988 pueda estar condicionada por los mandatos del art. 15 C.E.

La Ley 42/1988, debe ante todo recordarse, pretende la regulación de la donación y utilización de los embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos. La Exposición de Motivos de la Ley es suficientemente expresiva de sus objetivos: Abordar la regulación de una materia no comprendida en la Ley sobre extracción y trasplante de órganos (Ley 30/1979) cual es la utilización de los embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos o de investigación, previniendo

la manipulación y el tráfico con los mismos, y posibilitando a la vez la investigación científica, de modo acorde con la dignidad de la persona.

El art. 15 C.E. reconoce, como es sabido, y entre otros, el derecho fundamental de todos a la vida. En relación con este fundamental derecho dictamos en su día una Sentencia de innegable trascendencia para la resolución del presente caso, la STC 53/1985, recaída en el entonces recurso previo de inconstitucionalidad sobre el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal. Todo ello hace muy conveniente el que este Tribunal parta aquí, de modo expreso, del recordatorio de algunas de las fundamentales afirmaciones entonces proclamadas.

El art. 15 C.E., en efecto, 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*. Así, «los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida» (fundamento jurídico 7). Esta afirmación, reiteradamente proclamada en la STC 53/1985, nos lleva ya a una primera conclusión de particular alcance a los presentes efectos. En esta Ley, por su propio objeto y desarrollo, no se encuentra implicado el derecho fundamental de todos, es decir, de los nacidos, a la vida, a diferencia de lo que puede ser el caso de otra Ley, frecuentemente utilizada como término de comparación, la ya citada Ley 30/1979, sobre extracción y trasplante de órganos.

Siendo ello así, debe decaer ya la objeción general a la Ley 42/1988 basada en la vulneración de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental de todos a la vida (art. 53.1 C.E.). Es de tener en cuenta, a este respecto, que, como ya se ha señalado, en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 C.E. De ahí que no quepa invocar una garantía normativa, la del contenido esencial, que la Constitución reserva precisamente a los derechos y libertades mismos, reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (art. 53.1 C.E.). No cabe por tanto, en rigor, hablar de un contenido esencial de un bien jurídico constitucionalmente protegido en el sentido del art. 53.2 C.E., todo ello con independencia de lo que a continuación se diga.

La Ley 42/1988 solo contempla, pues, y ello en el mayor de los supuestos, a los *nascituri*, siendo respecto de los mismos como debemos examinar las exigencias que para el legislador puedan derivarse a partir del art. 15 C.E. Pues, ciertamente, los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como en seguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Este es, muy particularmente, el caso del art. 15 C.E. Con independencia y sin perjuicio de la afirmación según la cual dentro del derecho fundamental de todos a la vida no cabe comprender, como titulares del mismo, a los *nascituri*, la STC 53/1985 ha declarado repetidamente que «el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución» (fundamento jurídico 5.º); «la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta Sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el

art. 15 de nuestra Norma fundamental» (fundamento jurídico 7.º); «esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus*» (ibid.).

En este contexto se sitúa, en buena medida, la Ley 42/1988, en cuanto regula determinados extremos relativos a embriones y fetos humanos que, en algunos casos, pueden o han podido tener una oportunidad de nacer, es decir, que han podido incorporar a un *nasciturus*, por tanto, a un ser que en su día puede llegar a ser titular del derecho a la vida, al igual que de los restantes derechos humanos.

La propia STC 53/1985 se ocupaba ya de especificar en qué puede consistir la protección constitucional de la vida del *nasciturus*: «Partiendo de las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico 4, esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales». En conclusión, del art. 15 C.E. se deriva lo que se ha calificado como un deber de protección por parte del Estado, incluido por tanto el legislador, deber que en este caso se proyecta sobre los *nascituri*.

Estos habrán de ser, pues, los criterios generales con arreglo a los cuales, y en algunos de sus supuestos, habremos de enjuiciar los reproches que se hacen a la Ley 42/1988 desde la perspectiva del art. 15 C.E., en sí mismo considerado. En este sentido, abordaremos en primer lugar los reproches sustantivos que podemos considerar conectados a la primera de las mencionadas obligaciones del Estado, para tratar a continuación el reproche formulado a partir de la segunda de las mismas.

4. Los Diputados recurrentes centran su primer motivo de inconstitucionalidad en el quebrantamiento de la protección constitucionalmente exigible de la vida humana. Como advierte, sin embargo, el Abogado del Estado, este primer motivo viene fundamentalmente a adelantar los reproches que individualmente se hacen a los distintos artículos como «tercer motivo de inconstitucionalidad», ya sea desde la perspectiva del art. 15 C.E., o desde la de otros preceptos constitucionales. Desde la concreta perspectiva del art. 15 C.E., habremos de examinar, por tanto, los distintos reproches singulares efectuados a distintos preceptos de la Ley.

5. En este marco, la cuestión relativa a la viabilidad o no de los embriones y fetos humanos cuyo régimen aborda la Ley ocupa lógicamente una posición central y en ella convergen las objeciones efectuadas por los recurrentes en relación con diversos preceptos y, singularmente, con el art. 5.3 y con la disposición adicional primera, letra e). A cuyos efectos conviene comenzar con una consideración de alcance general.

La regulación que en la Ley se contiene de la donación y utilización de embriones y fetos humanos parte de un presupuesto fundamental, implícito pero no por ello menos constante, cual es el carácter, cuando menos, no viable de dichos embriones y fetos humanos. «Viable» es adjetivo cuyo significado el diccionario describe como «capaz de vivir». Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como «no viable» hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E. Son, así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos «un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto» (el art. 15 C.E.) «fundamento cons-

titucional» (STC 53/1985, fundamento jurídico 5.º), por más que la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos, como más adelante veremos. La Ley parte, por tanto, de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de *nasciturus* toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión «no viables», que nunca van a «nacer», en el sentido de llevar una propia «vida independiente de la madre» (STC 53/1985, fundamento jurídico 5.º). Puede decirse, así, que la Ley se enfrenta con la realidad de la existencia de embriones y fetos humanos, ya sea muertos o no viables, susceptibles de utilización con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, pretendiendo abordar en todo caso esta realidad de modo acorde con la dignidad de la persona. Las puntuales referencias a fetos humanos viables van todas ellas dirigidas, en principio, a preservar su viabilidad, es decir, a prevenir o evitar que ésta pueda frustrarse.

6. Esta consideración permite ya desechar la impugnación proyectada sobre el art. 5.3 de la Ley 42/1988. Dispone la misma que «los embriones abortados, espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo a los efectos de esta Ley». Entienden los recurrentes que este precepto incorpora una presunción de inviabilidad contraria al art. 15 C.E. por cuanto supone negar el derecho a la vida a dichos embriones abortados, todo ello a diferencia de lo que ocurre, lo que la demanda designa como «salto de embrión a feto», con los fetos prematuramente expulsados en el supuesto de que sean considerados biológicamente viables.

El art. 5.3 de la Ley 42/1988 no tiene el alcance que resulta del escrito impugnatorio. Ante todo, por cuanto específicamente se refiere a «embriones» abortados, lo que de suyo implica la frustración de cualquier expectativa de viabilidad fuera del útero; lleva razón en este punto el Abogado del Estado cuando advierte que el embrión abortado no es sino una estructura celular sin posibilidad de ulterior desarrollo. No hay, por tanto, en este precepto contradicción con la protección que la Constitución exige para la vida del *nasciturus*, puesto que de tal no se trata. Tal conclusión se refuerza con la precisión relativa a «su grado de desarrollo». La remisión añadida a «su grado de desarrollo», como noción médico-natural que excluye la viabilidad de estos embriones abortados, impide que puedan producirse, con amparo en la Ley, intervenciones con finalidades de investigación científica o aplicación tecnológica en embriones con expectativa, valga la expresión, de «personalidad».

7. Problema distinto es el del art. 5.4 de la Ley que dispone respecto de los fetos expulsados prematura y espontáneamente, «y considerados biológicamente viables», que los mismos serán tratados clínicamente con el único fin de favorecer su autonomía y desarrollo vital. Este precepto no es impugnado singularizadamente, pero tiene relevancia desde la perspectiva de lo previsto en la disposición adicional primera, letra e), si recurrida, que encomienda al Gobierno el establecimiento, en el plazo de seis meses a partir de la promulgación de la Ley, de «los criterios de viabilidad o no del feto fuera del útero, a los efectos de esta Ley», efectos que son, muy destacadamente, los del art. 5.4 citado. Los Diputados recurrentes, en efecto, entienden que esta habilitación vulnera tanto la reserva de Ley Orgánica como la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. El Abogado del Estado entiende que el precepto es constitucional, con tal que se entienda que el mismo se refiere a los «procedimientos de comprobación» que deben utilizarse para determinar la viabilidad o no del feto.

Ahora bien, es de tener en cuenta que el presente recurso de inconstitucionalidad ha perdido su objeto en lo que a la impugnación de este precepto se refiere. En efecto, a diferencia de la remisión contenida en la disposición adicional segunda («Reglamentariamente se creará un Registro Nacional de Centros o Servicios autorizados en los que se utilice o investigue material genético»), la disposición adicional primera contiene un mandato al Gobierno para el desarrollo, entre otros, del concreto extremo de la Ley 42/1988 que nos ocupa, es decir, la concreción en alguna mayor medida de lo que deba entenderse por «viabilidad», mandato este efectuado por el preciso espacio temporal de seis meses a partir de la fecha de la promulgación de la Ley. El sentido de la cláusula, pues, no se agotaba en ordenar dicha actuación por parte del Gobierno, sino el que ésta tuviera además lugar en el indicado plazo. En consecuencia, una vez que ha transcurrido, como con exceso lo ha hecho, el señalado plazo, cualquier disposición reglamentaria que en el futuro pudiera dictar el Gobierno sobre la materia en cuestión no podrá tener más apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales a ella inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en el tiempo. Lo cual es tanto como decir que el contenido normativo de la impugnada letra e) de la disposición adicional desapareció por entero con el transcurso de los seis meses siguientes a la promulgación de la Ley 42/1988, provocando así la desaparición sobrevenida, que ahora apreciamos, del objeto del presente recurso de inconstitucionalidad en este particular.

8. Tanto en relación con el art. 1 como en otros sucesivos (arts. 2, 3.2, 7 y disposición adicional primera), se reprocha a la Ley el que emplee un concepto, el de donación, de preciso significado, sostienen, en nuestro Derecho y que estiman incompatible con la dignidad de la persona en cuanto supone la patrimonialización de seres humanos, cualquiera que sea su grado de desarrollo. Aclarado, sin embargo, que la Ley no prevé la donación sino de embriones o fetos muertos o, en todo caso, no viables (o de estructuras biológicas procedentes de los mismos cuya muerte ya ha sido constatada, art. 6), tal reproche carece totalmente de sustento desde el momento en que esta singular «donación», al igual que la de órganos humanos regulada en la Ley 30/1979, o incluso la del cadáver de una persona, no implica en modo alguno la «patrimonialización», que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 C.E.), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, expresamente prohibida por el art. 2. d) de la Ley: «Que la donación y utilización posterior nunca tengan carácter lucrativo o comercial».

9. Los arts. 7 y 8 de la Ley, que integran su Capítulo Tercero («Investigación, experimentación y tecnología genética») son impugnados con una argumentación que fundamentalmente se remite a extremos que ya han encontrado respuesta. De hecho, los dos artículos que integran este Capítulo parten en esta materia de lo previsto en el resto de la Ley y, muy singularmente, debe entenderse, de lo previsto en el Capítulo Segundo (Actuaciones sobre embriones y fetos), de cuyos arts. 5 y 6 ya nos venimos ocupando. De ahí que la alusión contenida en el recurso, relativa a que estos preceptos no garantizan el derecho a la vida del fruto de la concepción, no añade ningún argumento nuevo en relación con los ya expuestos.

10. Dicho esto, cabe pasar ya al último reproche de carácter sustantivo basado en una vulneración del

art. 15 C.E., directamente conectada a la segunda de las obligaciones del Estado derivadas de la consideración de la vida del *nasciturus* como un bien jurídico constitucionalmente protegido, es decir, la deficiente sanción penal de algunas de las conductas contempladas en la Ley 42/1988. Se trata de un argumento recurrente a lo largo del escrito impugnatorio, con particular reflejo en los arts. 3 y 9 de la Ley. Así, ya en el motivo segundo de inconstitucionalidad se afirma conculcada la Constitución por la Ley ahora recurrida, de forma general, «en cuanto que no se establece paralelamente con el contenido de esta ley la necesaria regulación penal», añadiéndose que, con independencia del grado de esa acción penal, «no es constitucionalmente admisible que no exista esa garantía penal». Este argumento se concreta posteriormente respecto de las prohibiciones contenidas en los apartados 2 y 3 del art. 3 (interrupción del embarazo dirigida a una posterior donación y utilización de los embriones o fetos; coincidencia del equipo médico que realiza la interrupción del embarazo y de quien utilice los embriones o fetos). Del mismo modo, se denuncia la radical insuficiencia, desde la perspectiva del derecho fundamental a la vida, de las sanciones, de orden administrativo, previstas para conductas tan extremadamente graves como las contenidas, notablemente, en las letras a), b) y e) del art. 9.2 B) de la Ley 42/1988 (realización de cualquier actuación dirigida a modificar el patrimonio genético humano no patológico: la creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él, con cualquier fin distinto a la procreación; la experimentación con embriones o fetos vivos, salvo el cumplimiento de determinados requisitos).

Ciertamente, y como ya hemos señalado, la STC 53/1988, tras proclamar que «la vida del *nasciturus*... es un bien jurídicamente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental», estimó que ello implica para el Estado «con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales». No obstante, este tipo de protección, se añadía inmediatamente, no puede aspirar a revestir carácter absoluto: «en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones» (fundamento jurídico 7.º).

Ahora bien, y dando ya respuesta al argumento de los recurrentes, una cosa es que una práctica ausencia de «normas penales» pueda ser, en su caso, contrastada con exigencias derivadas del art. 15 C.E. y otra muy distinta es la pretensión de que cada una de las interdicciones contenidas en una ley como la presente, destinada a regular la donación y utilización de embriones y fetos, vaya indefectiblemente acompañada de la correspondiente sanción penal. Esto vale en particular para el art. 3.4 de la Ley, en el que se prohíbe al equipo que realice la interrupción de un embarazo el que inter venga en la utilización del correspondiente embrión o feto. Que una prohibición de esta naturaleza deba ser necesariamente hecha efectiva a través del instrumento último de la sanción penal es algo que en modo alguno se deriva de la doctrina constitucional anteriormente recordada. En cuanto al art. 3.2 de la Ley 42/1988, que excluye el que la interrupción del embarazo pueda tener como finalidad la donación y posterior utilización del embrión o feto, es patente que describe una conducta ya tipificada y sancionada por el Código Penal.

Finalmente, por lo que hace a la denunciada insuficiencia de la sanción administrativa prevista para las conductas descritas en el art. 9.2 B), letras a) y b), sin

necesidad de entrar en otras consideraciones, baste decir que procede apreciar su actual carencia de fundamento toda vez que, tras la interposición del recurso y desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, dichas conductas se encuentran hoy específicamente tipificadas en sus arts. 157, 158, 159 y 161 («Delitos relativos a la manipulación genética»).

11. El «segundo motivo de inconstitucionalidad» que articulan los recurrentes concierne, como se ha dicho, a la vulneración del art. 81.1 C.E. al no haber sido aprobada la Ley 42/1988 con el carácter de orgánica a pesar de tener por objeto el desarrollo de derechos fundamentales, toda vez que, por medio de la misma, se dice, «se está integrando el estatuto jurídico de la vida humana en su fase de embrión y feto». Este argumento viene expuesto de forma conjunta con el de una vulneración del principio de legalidad penal, por omisión, de tal modo que podría entenderse que la reserva de Ley Orgánica vendría motivada, no sólo desde la perspectiva del art. 15 C.E., como de hecho lo es, sino también desde la del art. 25 C.E., en conexión a su vez, debe entenderse implícitamente, con el 17 C.E. No obstante, en la medida en que lo que en este último extremo se denuncia es una deficiencia de sanción penal que acaba de encontrar respuesta, debemos prescindir ya de dicha concreta perspectiva.

A la hora de responder a esta impugnación, la vulneración de la reserva de Ley Orgánica, conviene comenzar recordando cómo un entendimiento estricto como el propugnado por este Tribunal desde la STC 5/1981 constituye una premisa de la afirmación del principio democrático, respecto del cual toda mayoría cualificada, como lo es la prevista para la Ley Orgánica, debe mantenerse en términos de excepción a la regla. Todavía recientemente, la STC 127/1994, fundamento jurídico 3.º, reiteraba y argumentaba, de forma particularmente enérgica al carácter excepcional de esta reserva. De lo que se trata ahora, sin embargo, es de comprobar si, aun con este entendimiento estricto, la reserva de Ley Orgánica prevista en la Constitución hubiera debido encontrar proyección en la Ley 42/1988.

El enunciado del art. 81.1 C.E., norma general de determinación del ámbito de la reserva de Ley Orgánica, debe ser decisiva en esta tarea. A diferencia de otras reservas ordenadoras del sistema de fuentes (así, el art. 168 C.E.), 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, habiéndolos identificado, como es sabido, en la Sección 1.ª, con este epígrafe, del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (así, SSTC 76/83, fundamento jurídico 2.º; 160/87, fundamento jurídico 3.º). 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 amplie, más allá del ámbito propio del derecho fundamental, en este caso el derecho fundamental de todos a la vida, a otras exigencias dirigidas al legislador y contenidas en los preceptos de la mencionada Sección 1.ª, en este caso, al bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del *nasciturus*, tal como ha quedado recogido más arriba. Debe descartarse, en conclusión, que la Ley 42/1988 haya aco-

metido un desarrollo normativo del derecho fundamental de todos a la vida reconocido en el art. 15 de la Constitución en el sentido del art. 81.1 C.E., que hubiera debido adoptar, por tanto, la forma de Ley Orgánica.

12. Entienden los recurrentes que el art. 5.1, inciso final, de la Ley 42/1988 vulnera la precisa reserva de ley contenida en el art. 53.1 C.E. al determinar literalmente: «Toda actuación sobre el embrión o feto vivo en el útero será de carácter diagnóstico, terapéutico o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes». Esta última remisión a las «disposiciones normativas» vigentes implicaría, en su opinión, una deslegalización contraria a la citada reserva de ley. La tramitación parlamentaria del precepto pone, desde luego, de manifiesto que con esta formulación no se ha querido aludir sino a los supuestos de aborto no punible del art. 417 bis del derogado Código Penal, precepto sin embargo mantenido en vigor en virtud de la excepción contenida en la disposición derogatoria única del Código vigente. De hecho, y con independencia de lo anterior, en el contexto de un pronunciamiento de principio tan radical como el que en el precepto se contiene, es ése el único sentido que cabe atribuirle, e incluso, la única interpretación que quepa considerar lógica. En estos términos, y ante el evidente déficit de precisión del precepto, sólo un pronunciamiento interpretativo por nuestra parte puede satisfacer las evidentes exigencias del principio de legalidad en esta materia. El precepto es constitucional en la medida en que las «disposiciones normativas vigentes» del art. 5.1 de la Ley 42/1988 no aluden sino al referido, y aún vigente, art. 417 bis del derogado Código Penal.

13. Finalmente, dentro de este mismo tipo de reproches, se impugna como contrario a la reserva de ley del art. 25.1 C.E. el inciso del art. 9.1 de la Ley 42/1988, según el cual son de aplicación en la misma, «con las adaptaciones que requiera la materia», las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los arts. 32 a 37 de la Ley General de Sanidad.

Es, en efecto, doctrina constante de este Tribunal que el art. 25.1 C.E. incorpora, junto a una garantía de carácter formal relativa al rango necesario de las normas tipificadoras del ilícito administrativo y de su sanción, y que en materia de sanciones administrativas posee un alcance relativo pues permite, a diferencia de la materia penal, un mayor margen de actuación al Ejecutivo en la tipificación de ilícitos y sanciones (SSTC 42/1987, 101/1988, 29/1989 y 83/1990), otra «de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, (que) refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes» (STC 305/1993, fundamento jurídico 3.º, por todas).

El recurso de inconstitucionalidad debe ser estimado en este extremo, toda vez que, ciertamente, y como consecuencia del impugnado inciso, el art. 9.1 de la Ley 42/1988 no respeta la referida exigencia de predeterminación normativa. El precepto legal en cuestión efectúa una remisión, en sí mismo lícita, a las normas sancionadoras («normas sobre infracciones y sanciones»), en este caso, de la Ley General de Sanidad, concretamente a las contenidas en sus arts. 32 a 37. Y, en efecto, el art. 35 de dicha Ley aborda muy particularmente las diferentes infracciones, agrupándolas en leves, graves y muy graves, en tanto su art. 36 especifica las correspondientes sanciones. Ahora bien, la inserción en el precepto impugnado del inciso «con las adaptaciones que requiera la materia», en su absoluta genericidad,

deja en la más completa indeterminación el régimen sancionador que el legislador ha pretendido imponer en esta materia. Un inciso como el que nos ocupa, insertado en un precepto de remisión de esta naturaleza, resulta, por tanto y por sí mismo, contrario al principio de legalidad penal, siendo, desde luego inconstitucional y nulo.

La desaparición del inciso en cuestión, sin embargo, tiene como necesaria consecuencia el que el art. 9.1 en su conjunto pase a operar, a partir de ahora, una remisión general a «las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los arts. 32 a 37 de la Ley General de Sanidad», sin la cláusula relativizadora cuya ilegitimidad constitucional, por su indeterminación, hemos declarado. En el ámbito de la competencia propia del legislador queda, desde luego, la decisión de mantener el precepto en los términos actuales, o bien la de llevar a cabo, dentro de dicho régimen sancionador, las adaptaciones que considere oportunas, en el respeto siempre a las señaladas exigencias de predeterminación normativa.

14. Por último, los Diputados recurrentes imputan reiteradamente a la Ley 42/1988, a lo largo de sus diversos preceptos, la vulneración de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad proclamados en el art. 9.3 C.E. Se trata, sin embargo, de imputaciones íntimamente entrelazadas con la invocación del art. 15 C.E, lo que no debe perderse nunca totalmente de vista. Pero el canon de constitucionalidad es ya, fundamentalmente, el art. 9.3 C.E.

15. Se entiende que vulneran el principio de seguridad jurídica el art. 1, el art. 3 en sus apartados 2 y 3, y la disposición final primera de la Ley 42/1988, esta última a partir de su contraste con lo declarado en la Exposición de Motivos. Debemos advertir, sin embargo, antes de pasar más adelante, que «sólo si, en el contexto ordinamental en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generarán en sus destinatarios una incertidumbre radicalmente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica» (SSTC 150/1990, fundamento jurídico 8.º; 142/1993, fundamento jurídico 4.º).

De ninguno de estos preceptos podría predicarse tal cosa. La dicción del art. 1 («La donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, sólo podrá autorizarse en los términos que establece la presente Ley») no ofrece dudas acerca de su contenido prescriptivo. La interpretación del mismo que, por contraste con el art. 1 de la Ley 30/1979, apuntan, como eventualidad, los recurrentes, carece de la consistencia necesaria para oscurecer el nítido sentido del precepto.

Se afirma que el art. 3 vulnera el principio de seguridad jurídica en sus apartados 2 y 3 por cuanto utiliza una expresión «interrupción del embarazo» que no puede tener otro alcance distinto del penal, sin perjuicio de que pueda resultar no punible en determinadas circunstancias. Ello podría llevar a pensar, según los recurrentes, que nos encontramos ante una «práctica permitida», con la consiguiente degradación de la seguridad jurídica, todo ello con consecuencias para los equipos médicos que deben actuar al amparo de la Ley. La simple lectura de cada uno de estos dos apartados, más arriba examinados desde otra perspectiva, pone sin embargo de manifiesto la claridad de las dos prohibiciones contenidas taxativamente en los mismos, sin que a partir de ellos pueda razonablemente llamarse a engaño un equi-

po médico acerca del sentido y de la vigencia de los preceptos que, en nuestro ordenamiento, contienen la disciplina penal del aborto.

No mejor suerte debe correr la impugnación relativa a la disposición final primera [La donación y utilización de gametos humanos y la de los óvulos fecundados (...) hasta el día catorce que sigue al de su fecundación, se hará en los términos que establece la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (...)] por su contraste con lo expuesto en la Exposición de Motivos («En esta Ley se regulan la donación y utilización de los embriones y fetos humanos, considerando aquéllos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante»). Siendo cierto que, aunque generalmente la implantación del embrión en el útero se produce en torno al día decimocuarto a partir de la fecundación del óvulo, no existe una absoluta correlación entre los términos «implantación estable en el útero» y «día catorce que sigue al de su fecundación», en derecho, con alcance normativo, la Exposición de Motivos carece de valor, por lo que sólo el criterio establecido en la disposición final resulta de aplicación, disolviéndose así, en derecho, una eventual contradicción entre ambos criterios.

16. El recurso de inconstitucionalidad califica de arbitrarios, o como arbitrariedad jurídica, a diversos preceptos de la Ley 42/1988, en ocasiones con invocación expresa del art. 9.3 C.E., alegación ésta con la que debe concluir nuestro examen de la constitucionalidad de la misma. Una advertencia previa, sin embargo, debe hacerse, por cuanto de forma reiterada la imputación de arbitrariedad viene efectuada a partir del simple contraste con las previsiones de la Ley 30/1979, de extracción y trasplante de órganos; la falta de coincidencia en la regulación de dos materias tan dispares como las abordadas en cada uno de estos textos legales, sin embargo, mal puede fundamentar una calificación tan grave de la segunda de ellas como la que es aquí objeto de nuestro análisis.

Se entiende que incurren en arbitrariedad el art. 2, letras b) y f), y el art. 5, apartados 3 y 4, de la Ley 42/1988. Con arreglo a nuestra doctrina, la ley es arbitraria en el supuesto de que «careciera de toda explicación racional» (STC 108/1986, fundamento jurídico 6.º), «sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias» (SSTC 65/1990, fundamento jurídico 6.º; 142/1993, fundamento jurídico 9.º).

Se considera, en primer lugar, que vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad la previsión, contenida en los apartados b) y f) del art. 2, de que el consentimiento de los progenitores donantes, cuando fueren menores requiera además «el consentimiento de sus representantes legales» (letra b), «la autorización de los padres o responsables de los fallecidos» (letra f). Ahora bien, con independencia de la diferente previsión de la Ley 30/1979, ya considerada, el que los padres o responsables legales de los progenitores menores puedan completar su consentimiento no carece de explicación racional; más bien lo sería el que el legislador permitiera la donación por menores de edad sin exigir que se completara su consentimiento.

Finalmente, tampoco puede apreciarse vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad por la circunstancia del diferente trato establecido entre los embriones abortados, considerados no viables por su grado de desarrollo (art. 5.3), y los fetos prematuramente expulsados, cuando son viables (art. 5.4), distinción que se hace equivaler a un régimen jurídico distinto del ser humano según sus fases de desarrollo, tanto más teniendo en cuenta la remisión al reglamento de lo que, en

definitiva, sería la definición conceptual del ser humano. Resulta claro, sin embargo, que bajo el prisma de la interdicción de la arbitrariedad no se hace sino plantear de nuevo argumentos a los que ya se ha dado respuesta en el fundamento jurídico 6.º, la cual es igualmente válida desde esta última perspectiva, debiendo remitirnos de nuevo a lo señalado en el fundamento jurídico 7.º por lo que hace a la alegada remisión al reglamento del significado de la viabilidad.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Apreciar la desaparición sobrevenida del objeto del presente recurso de inconstitucionalidad en la parte que se refiere a la letra e) de la disposición adicional primera de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

2.º Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad sobre dicha Ley y, en consecuencia:

a) Declarar que el inciso «o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes» de su art. 5.1 sólo es constitucional interpretado en los términos contenidos en el fundamento jurídico 12.

b) Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «con las adaptaciones que requiera la materia» de su art. 9.1.

c) Desestimar el recurso en todo lo demás.

Dada en Madrid, a diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis.—Álvaro Rodríguez Bereijo.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Vicente Gimeno Sandra.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Pedro Cruz Villalón.—Carlos Viver Pi-Sunyer.—Enrique Ruiz Vadillo.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López respecto de la Sentencia dictada en la recurso de inconstitucionalidad núm. 596/89, que impugnaba la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*

Lamento discrepar del criterio expresado en la Sentencia, por cuanto entiendo que la misma debió pronunciar la inconstitucionalidad de los preceptos o prescripciones singulares que al final señalo por opuestos al art. 15 de la Constitución, según la doctrina de este Tribunal formulada en la Sentencia 53/1985. E incluso de la totalidad de la Ley, en cuanto ésta no se elaboró en forma de Ley Orgánica, como en mi opinión hubiera exigido su contenido normativo. Los fundamentos de mi discrepancia son los siguientes:

1. La Sentencia de este Tribunal 53/1985 estableció una interpretación del art. 15 de la Constitución que, sin detenerse en determinar el sujeto del derecho a la vida, sí desarrolló lo que ésta podía ser y la protección que le es debida puesto que constituye el soporte inicial de todos los derechos de la persona. Señalaba al efecto que (fundamento jurídico 5.º) «La vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando cor-

pórea y sucesivamente configuración humana y que termina en la muerte...» «La gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta...» «partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación...» «... si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma... ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental (la vida humana) garantizado en el art. 15 de la C.E., constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional». Y «... debemos afirmar que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental... «Esta protección implica para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también como última garantía, las normas penales».

2. La doctrina resumidamente expuesta viene a reconocer que la vida humana, desde su comienzo embriológico, es una realidad de hecho demostrable y demostrada y, en cuanto real, constituirá el soporte donde se inserte la personalidad jurídica y todos los derechos subjetivos. Por esto es por lo que allí mismo se decía que el Estado tiene la obligación de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida, puesto que ésta es «un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental».

La idea de un bien constitucionalmente protegido reproduce, incluso en el plano superior de la Constitución, en cuanto se trata de una categoría sustancial como es la vida, la teoría tradicional que define al derecho subjetivo como un interés (o un bien) jurídicamente protegido, cuando menos anejo y previo al derecho fundamental a la vida.

Mas a la vida en gestación, a pesar de que corresponde a un ser vivo que no puede ser otra cosa que hombre, no le está atribuida en nuestro Derecho positivo la vestidura formal de la personalidad jurídica de la cual, según la norma de Derecho Privado contenida en el Código Civil, no es investido hasta veinticuatro horas después de haber nacido, a pesar de que en nuestros días se sepa perfectamente que la figura humana y su entera organización la tiene el feto mucho antes de nacer. Y si ese ser vivo ha de ser protegido de modo efectivo, le serán en primer lugar atribuibles todos los efectos que le sean favorables (art. 29 del Código Civil) pero no sólo los efectos civiles, sino cuando menos la consideración de que, en relación con el derecho fundamental a la vida, mantiene una situación asimilable a la que la doctrina ha denominado derechos sin sujeto y, en todo caso, la efectiva atribución a un tercero de su representación y defensa en orden a aquel derecho.

Estas ideas generales sirven para poner de relieve que la Sentencia de este Tribunal citada contiene una doctrina apta para fundamentar una verdadera definición constitucional de la personalidad jurídica, hasta ahora relegada al ámbito de una ley civil, sin excluir de sus efectos a quienes biológicamente son, no ya vida humana en abstracto, sino concretos seres humanos no nacidos.

3. Aun sin desarrollar el anterior aserto en cuanto a sus consecuencias últimas, la interpretación que dimos en la Sentencia citada al art. 15 de la Constitución pone de manifiesto, al menos, que de aquel modo entendida la protección a la vida (y estimo que no hay otra en cuanto ella es el soporte de los derechos subjetivos) la mera consideración de que al *nasciturus* no le sea atribuible por falta de personalidad jurídica formal el derecho fundamental del art. 15 C.E. no es bastante para concluir que a las leyes cuyas prescripciones afectan directamente a la vida humana en desarrollo no les sea exigible que su procedimiento de emanación sea el de ley orgánica aplicándoles para ello la interpretación estricta que para casos menos llamativos hemos otorgado al art. 81.1 C.E. Con esa interpretación, y la ley aquí impugnada lo pone de manifiesto, puede incidirse negativamente, sin la garantía formal que dicho precepto implica, en la protección a la vida de un ser a quien es obligado proteger y por tanto aplicarle todo lo favorable como si hubiese ya nacido. Y esta consideración debería conducir a la exigencia del carácter de ley orgánica para la aquí impugnada que, por las razones que seguidamente explicaré, es susceptible de lesionar el referido bien.

4. Con acierto se resalta en la Sentencia ahora aprobada por el Pleno que la cuestión relativa a la viabilidad o no de los embriones es la central en el caso y que en ello se centran las alegaciones impugnatorias. Efectivamente, si se trata de la protección de la vida humana, y a ella se refiere claramente la Ley impugnada puesto que expresamente señala que su regulación se refiere a los embriones y fetos «desde el momento en que se implantan establemente en el útero» (Exposición de Motivos), las operaciones permitidas o prohibidas por la propia Ley tienen por objeto embriones o fetos con vida humana que ha de ser a su vez protegida en los términos que expresó de modo claro la citada STC 53/1985. De ahí la justificación que se pretende al decir que la regulación legal parte del carácter cuando menos no viable de dichos embriones o fetos humanos. Sin embargo, lo cierto es que la Ley no se refiere siempre a embriones o fetos muertos. De hacerlo así, habría seguido las recomendaciones del texto núm. 1046 (1986) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, concretados y reproducidos por el posterior 1100 de 1989, y habría aplicado estrictamente el criterio de la Sentencia antes citada. Y en lugar de referirse reiteradamente a la antítesis embriones o fetos vivos frente a viables o no viables, habría establecido una clara distinción entre fetos o embriones vivos y muertos o no vivos porque, si ha de protegerse la vida, el único término de exclusión será el de que se trate de organismos en que ya no hay vida. Mientras la haya, es decir, mientras no pueda decirse que falta y por consiguiente que están muertos, los embriones y fetos no viables tienen vida, incluso aunque no tengan esperanza razonable de seguir viviendo.

Pero del texto no se desprende esa afirmación, al menos en su totalidad. Porque si la ley introduce el tercer género de viables o no viables, la Sentencia dictada ahora hace de ello mérito para desestimar ciertos motivos de impugnación referidos a la viabilidad o no de los embriones o fetos humanos señalando que la ley parte de un presupuesto implícito que es el carácter no viable de aquéllos. Viable, dice, es adjetivo que significa «capaz de vivir» y «no viable» aplicado a un embrión o feto humano, hace referencia a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona en el fundamental sentido del art. 10. 1 C.E.

5. Mas, si como dijo nuestra citada STC 53/1985, «esa protección implica para el Estado las obligaciones de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso

natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma» este mandato, derivado del art. 15 C.E., no se cumple en una ley que, lejos de distinguir nitidamente la situación en que los fetos o embriones están vivos de aquella otra en que ya no lo están, introduce un término equívoco e indeterminado, cual es el de la viabilidad o inviabilidad, cuya aplicación necesariamente va a diferenciar los embriones o fetos vivos de aquellos que, mediante una ulterior interpretación normativa o bien mediante una apreciación clínica o científica, se consideren no viables con la consecuencia de que éstos, pese a estar vivos, ya no estarán protegidos y tendrán la misma consideración de objeto aplicable a cualesquiera tejidos de un ser humano después de muerto. Así, la aplicación de una eventual calificación de la Ley, les excluye de la protección constitucional que ha de darse a la vida.

6. Esta consecuencia no puede quedar justificada por una argumentación que distingue lo viable como capaz de vivir de lo no viable como incapaz de desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, porque ser humano es ya mientras no haya muerto. Aquella argumentación se opone, pues, a la lógica porque el embrión que pueda calificarse como no viable es porque todavía está vivo, cualesquiera sean los pronósticos que acerca de sus posibilidades de desarrollo puedan hacerse. Si está vivo debe ser protegido y los preceptos legales que permitan una interpretación y aplicación contraria, apartándose de la citada doctrina de este Tribunal sobre la materia, vulneran el art. 15 C.E.

Como antes digo, la ley impugnada ni siguiera ha observado en su integridad las citadas recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. En éstas, tras una clara referencia al hecho de que la vida humana se desarrolla de manera continua desde la fecundación y no se puede hacer distinción en el curso de las primeras fases (embrionarias) de su desenvolvimiento, se señalaba la urgencia de determinar el grado de su protección jurídica; así como que el embrión y el feto humanos deberán ser tratados con el respeto de la dignidad humana, inherente a toda vida, agregándose la conveniencia de definir la protección jurídica a dispensar al embrión humano desde la fecundación del óvulo. A partir de lo cual en las recomendaciones concretas se halla presente la idea de diferenciar con claridad los embriones vivos de los que no lo están.

7. Ni de los concretos preceptos impugnados, pues, ni de una interpretación lógica y sistemática de la Ley en general se desprende la afirmación de que sus prescripciones se refieran siempre a embriones o fetos no vivos, cuando menos, no viables. Así, al prever el art. 2 la donación o utilización de embriones y fetos humanos, se refiere a que «sean clínicamente no viables o estén muertos» con lo cual los clínicamente no viables (y por tanto aún con vida) quedarían al margen de la protección que debe otorgarse a la vida en todo su devenir y podrían ser tratados como objeto (también como un objeto jurídico en un contrato de donación) incluso antes de que puedan considerarse muertos.

El art. 5.1 permite la actuación sobre el embrión o el feto vivo en el útero, no sólo si aquélla tiene carácter diagnóstico o terapéutico, sino también «de conformidad con las disposiciones normativas vigentes», lo cual abre todas las posibilidades a su autorización reglamentaria y de ahí que no baste con la interpretación conforme del precepto como se pronuncia en la Sentencia, sino que debió pronunciarse su inconstitucionalidad.

El párrafo 3 del mismo artículo establece que serán considerados «no viables» los embriones abortados. «por su grado de desarrollo». Al carácter no viable agrega,

pues, otra notable indeterminación que hace susceptibles a aquéllos de ser tratados como objeto; y otro tanto ocurre con el apartado 4, donde los fetos expulsados prematura y espontáneamente, para ser tratados clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo, habrán de ser considerados viables lo cual hace depender su vida de esta consideración.

El art. 8 permite la tecnología genética con material genético humano, no sólo en los términos de la ley (dentro de los cuales se encuentra la calificación de viabilidad) sino también «de las disposiciones que la desarrollen» que, dada su denominación, podrían ser disposiciones reglamentarias.

El art. 9.2, aparte lo que resulta de una interpretación *a contrario* de alguna de sus prescripciones, en el apartado e) prohíbe la experimentación con embriones o fetos vivos, viables o no, pero introduce la salvedad de que no sean viables fuera del útero y exista un proyecto de experimentación, con lo cual parece que podrá experimentarse, en esas condiciones, con embriones (¡o fetos!) que se consideren no viables y por tanto aún vivos.

La disposición adicional primera autoriza al Gobierno (es decir, para hacerlo mediante Reglamento) a «establecer» cuestiones tan relevantes como «los criterios de viabilidad o no del feto fuera del útero, a los efectos de esta Ley».

Por último, la disposición final primera en relación con «La donación y utilización de gametos humanos y la de los óvulos fecundados y en desarrollo, *in vitro* o *in vivo*» desde el día catorce que sigue al de su fecundación queda simplemente remitida a otra ley, cuando según los criterios expuestos, los embriones vivos no pueden ser objeto de contrato y así debiera haberse establecido en ésta, que es ley específica al respecto.

Hubiera por tanto procedido la declaración de inconstitucionalidad de los citados preceptos o cuando menos la anulación de la vinculación que establecen a la idea de viabilidad o inviabilidad. Y en cuanto a la adicional primera, apartados a), d), e), además, porque se introduce una deslegalización relativa a normas que inciden en la vida o falta de vida de los embriones o fetos. Por último, la disposición final primera, en cuanto contiene una remisión que, por su generalidad, según posible interpretación, sería capaz de privar de efecto a todas las anteriores previsiones.

Madrid, veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis.—José Gabaldón López.—Firmado y rubricado.

**1181** *Pleno. Sentencia 213/1996, de 19 de diciembre de 1996. Cuestión de inconstitucionalidad 1.625/1990. En relación con la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 3/1989, de 2 de junio, de actualización del Código Penal.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Álvaro Rodríguez Bereijo, Presidente; don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga