

**NACIDOS PARA SALVAR.  
UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL  
DEL «BEBÉ MEDICAMENTO»**

FERNANDO PINTO PALACIOS

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL EMBRIÓN *IN VITRO*. 2.1 STC 53/1985, de 11 de abril: la despenalización del aborto. 2.2 STC 212/1996, de 19 de diciembre: la utilización de embriones y fetos. 2.3 STC 116/1999, de 17 de junio: las técnicas de reproducción humana asistida. 3. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL HERMANO ENFERMO. 3.1 El derecho a la protección de la salud en la Constitución española de 1978. 3.2 Derecho a la protección de la salud: ¿derecho fundamental o principio rector?. 4. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN DE LOS PADRES. 4.1 STC 11/2016, de 1 de febrero: ¿una ampliación del contenido del derecho a la intimidad familiar? 4.2 Libertad, intimidad y derecho a formar una familia. 4.3 Autonomía individual y libre desarrollo de la personalidad. 4.4 Libertad reproductiva y decisiones de los padres sobre selección de embriones. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Fecha recepción: 7.05.2016  
Fecha aceptación: 30.06.2016

# NACIDOS PARA SALVAR. UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL «BEBÉ MEDICAMENTO»

FERNANDO PINTO PALACIOS<sup>1</sup>

Magistrado-Juez. Doctor en Derecho

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades más importantes de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) fue, sin duda, la posibilidad de practicar el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) con fines terapéuticos de terceros<sup>2</sup>. Este procedimiento —también conocido como técnica del «bebé medicamento», «hermano salvador»<sup>3</sup> o DGP extensivo<sup>4</sup>— se utiliza

---

<sup>1</sup> Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Mahón (Menorca). C/ Antoni Juan Alemany, 2. 07701 Baleares (España). Master en Derechos Fundamentales y Bioética de la UNED. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Islas Baleares. Email: fpintopalacios@gmail.com

<sup>2</sup> El artículo 12.2 de la LTRHA establece que: «La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso».

<sup>3</sup> La expresión «hermano salvador» procede del inglés *saviour sibling*. Según Quinion, este término fue utilizado por primera vez en el año 2002 por Julian Savulescu y Merle Spriggs en su artículo «Saviour siblings» publicado en el *Journal of Medical Ethics*. Con el paso de los años, se ha convertido en la expresión más comúnmente utilizada en la literatura anglo-americana para referirse al DGP con fines terapéuticos de tercero. Vid. QUINION, M., «Savior sibling», *Word Wide Words*, disponible en: <http://www.worldwidewords.org/turnsofphrase/tp-sav1.htm> [Consultado 22-4-2016].

<sup>4</sup> Vid. ABELLÁN, F. (2006), «Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)», *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, vol. 23, núm. 2, pp. 128-129.

cuando una pareja tiene uno o más hijos afectados por una enfermedad hereditaria o por una patología adquirida cuya curación depende de un trasplante de progenitores hematopoyéticos. La finalidad del proceso es concebir un hijo que pueda curar a su hermano enfermo gracias a la donación de sangre del cordón umbilical y, en su caso, de médula ósea. A tal efecto, la pareja debe someterse a un proceso de fecundación *in vitro* para generar el mayor número posible de embriones. El siguiente paso consiste en realizar una biopsia de los embriones *in vitro* a fin de someterlos a un examen genético que persigue una doble finalidad: 1) determinar la presencia de enfermedades hereditarias que pudieran transmitirse a la descendencia; y 2) examinar la histocompatibilidad de los embriones con el sistema inmunitario del receptor. Para lograr este objetivo, se analiza la herencia de antígenos leucocitarios humanos (HLA<sup>5</sup>). Esta clase de moléculas se encuentran en los glóbulos blancos de la sangre y en la superficie de casi todas las células de un individuo. Su función principal es reconocer lo propio y lo ajeno a fin de asegurar una respuesta inmune del organismo frente a los agentes externos que generan infecciones. Si alguno de los embriones concebidos *in vitro* resulta compatible con su hermano, se transfiere al útero de la mujer. Una vez nacido el bebé, se recolecta la sangre de su cordón umbilical para utilizarla posteriormente en un trasplante que recibirá el hermano enfermo.

El primer «hermano salvador» nació en el año 2000 en Estados Unidos<sup>6</sup>. Al año siguiente, tres familias inglesas expresaron su deseo de concebir un «bebé medicamento<sup>7</sup>». En el año 2002, una pareja inglesa viajó a Estados Unidos para concebir un hijo que pudiera curar a su hermano que padecía beta-talasemia mayor debido a que esta práctica estaba prohibida en Reino Unido<sup>8</sup>. En el año 2008, nació en el Hospital Virgen del Rocío de Sevilla el primer «bebé medicamento» concebido íntegramente en España<sup>9</sup> con la finalidad de curar a su her-

<sup>5</sup> Las siglas hacen referencia a la expresión inglesa *Human Leukocyte Antigen*.

<sup>6</sup> Para un estudio detenido de la historia de la familia Nash, *vid.* FAISON, A.M. (2005), «The Miracle of Molly», 5280 *The Denver Magazine*, disponible en: <http://www.5280.com/magazine/2005/08/miracle-molly?page=full> [Consultado 21-4-2016].

<sup>7</sup> *Vid.* DICKENS, B.M. (2005), «Preimplantation genetic diagnosis and saviour siblings», *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, vol. 88, núm. 1, pp. 91-96.

<sup>8</sup> *Vid.* FAGNIEZ, P.L., LORIAU, J. y TAYAR, C. (2005), «Du bébé médicament au bébé du double espoir», *Gynécologie, Obstétrique and Fertilité* 2005, vol. 33, núm. 10, pp. 828-832.

<sup>9</sup> Antes de este nacimiento, al menos cuatro familias españolas acudieron a la Universidad Libre de Bruselas y al Instituto de Genética Reproductiva de Chicago para concebir un «bebé medicamento». Algunas familias acudieron al extranjero de manera forzosa dado que hasta el año 2006 la normativa española no autoriza el DGP con fines terapéuticos de tercero. Otras, en cambio, tomaron esta decisión debido a la lentitud de los trámites en España. *Vid.* LACADENA, J.R., (2009),

mano afectado de una beta-talasemia mayor<sup>10</sup>. El procedimiento fue un éxito y, actualmente, se considera el primer caso de curación de esta enfermedad mediante un trasplante de progenitores hematopoyéticos procedentes de la sangre del cordón umbilical de un hermano con HLA idéntico<sup>11</sup>. Cuatro años más tarde, los medios de comunicación dieron a conocer el nacimiento de otro «hermano salvador» en el mismo hospital para curar a su hermana que padecía aplasia medular severa<sup>12</sup>.

El objetivo de este trabajo consiste en analizar e identificar y examinar aquellos derechos, intereses o valores con relevancia constitucional que se ven afectados durante el desarrollo de este proceso científico<sup>13</sup>. A nuestro juicio, el análisis jurídico-constitucional debe centrarse en tres cuestiones: 1) en primer lugar, el estatuto jurídico-constitucional del embrión *in vitro* que es seleccionado genéticamente para ser compatible con el sistema inmunitario del hermano enfermo; 2) en segundo lugar, el derecho a la protección de la salud del hijo enfermo que necesita un donante histocompatible para curar o, al menos, mejorar su pronóstico futuro; y 3) en tercer lugar, el derecho a la reproducción de los padres. Tras analizar de estos aspectos, estaremos en condiciones de poder emitir unas conclusiones acerca de si la LTRHA de 2006 fue respetuosa con las exigencias constitucionales derivadas de la protección del derecho a la vida, de la protección de la salud del hermano enfermo y la autonomía de los padres en cuestiones que afectan a su reproducción.

## 2. ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL EMBRIÓN *IN VITRO*

La técnica del «bebé medicamento» implica una cierta manipulación de los orígenes de la vida. A través de este procedimiento, los científicos pueden examinar la constitución genética del embrión, determinar si padece alguna enfer-

---

«Una reflexión Bioética sobre la selección de embriones con fines terapéuticos», *Boletín de la Asociación Española de Genética Humana*, cuatrimestre II, núm. 2, pp. 26-27.

<sup>10</sup> Vid. MAYORDOMO, J. (2008), «Una vida que vale por dos», *El País*, Sociedad, disponible en: [http://elpais.com/diario/2008/10/15/sociedad/1224021604\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2008/10/15/sociedad/1224021604_850215.html) [Consultado 21-4-2016].

<sup>11</sup> Vid. LACADENA, J.R., ob. cit., p. 27.

<sup>12</sup> Vid. ESTRELLA YÁÑEZ, A. (2012), «Nace en Sevilla el segundo «bebé medicamento» de España», *ABC*, Sociedad, disponible en el siguiente enlace: <http://www.abc.es/20120214/sociedad/abcp-nace-sevilla-segundo-bebe-20120214.html> [Consultado 22-4-2016].

<sup>13</sup> Para un análisis de los dilemas bioéticos asociados a este procedimiento, vid. PINTO PALACIOS, F., *Nacidos para salvar. Análisis ético-jurídico del «bebé medicamento»* (en prensa).

medad hereditaria y comprobar si es compatible con el sistema inmunitario de su hermano enfermo. Dicha información tiene una importancia esencial. Si los embriones constituidos *in vitro* no son aptos para la finalidad perseguida, los médicos, junto con los padres, tomarán la decisión de no implantarlos<sup>14</sup>. Si, por el contrario, resultan adecuados, podrán ser transferidos a la madre a fin de lograr un embarazo y obtener, en última instancia, material histocompatible que podrá ser donado al hermano enfermo. Tanto el procedimiento técnico como las decisiones que se adopten por los padres o médicos afectan a la protección constitucional del embrión. Así, en primer lugar, porque el DGP implica la realización de una biopsia sobre el embrión sobre cuyas consecuencias aún no existe consenso en la comunidad científica. Y, en segundo lugar, porque la decisión de no implantación de embriones viables incompatibles con el hermano enfermo afecta, lógicamente, a su desarrollo posterior<sup>15</sup>.

Desde este punto de vista, se comprende la conexión de esta cuestión con el contenido esencial del derecho a la vida (artículo 15 CE). Este derecho individual protege la existencia misma del ser humano y, por tanto, el bien jurídico protegido es la vida humana desde su comienzo hasta su terminación, lo que conlleva la dificultad, desde el punto de vista ético, religioso y jurídico, de establecer límites temporales de su protección<sup>16</sup>. Centrándonos en los orígenes de la vida,

<sup>14</sup> La decisión de no transferirlo tiene consecuencias importantes para el estatuto del embrión. En este sentido, Tauer afirma que: «La cuestión de las «condiciones normales» para un cigoto en la probeta, si no se intenta proceder a la transferencia del embrión y a la implantación, suscita algunas dudas. Si las condiciones normales del cigoto en el laboratorio son esencialmente las mismas del ovocito antes de la fecundación —cosa que parecer ser verdadera—, entonces el cigoto no se desarrollará jamás como persona. Por tanto sería mejor clasificarlo como una persona «posible», una persona que podría convertirse en tal solamente en ciertas condiciones posibles desde un punto de vista causal (y deliberadamente elegidas)». Vid. TAUER, C.A. (1985), «Personhood and Human Embryos and Fetuses», *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 10, núm. 3, p. 264.

<sup>15</sup> Desde este punto de vista, se ha sostenido que la técnica tiene una clara finalidad eugenésica. En efecto, la selección que se produce dentro del conjunto de embriones creados no es más que un frío atentado contra la vida de unos seres que son privados de la posibilidad de llegar a desarrollarse como consecuencia de sus minusvalías o, en su caso, por la falta de compatibilidad con el hermano enfermo. Sobre esta cuestión, vid. HERRANZ, G. (1998), «Medical-ethical problems in prenatal and pre-implantation genetic diagnosis», en Vial Correa, J y Sgreccia, E. (eds.), *Human Genome, Human Person and the Society of the Future*, Proceedings of the fourth Assembly of the Pontifical Academy for Life, Vaticano, Editorial Editrice Vaticana, febrero 23-25, pp. 197 y ss; GRAUMANN, S. (2000), «Preimplantation genetic diagnosis: the bridge between human genetics and reproductive medicine», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 13, pp. 215 y 219.

<sup>16</sup> Vid. MARTÍN DE LLANO, M.<sup>a</sup>I. (2006), «El derecho a la vida y a la integridad física y moral», en Sánchez González, S. (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 125.

la cuestión radica, en definitiva, en establecer qué protección jurídica se debe otorgar al embrión humano<sup>17</sup>. En efecto, si consideramos que el embrión humano es el comienzo del desarrollo del individuo<sup>18</sup>, debemos fijar unos parámetros que nos sirvan de guía para examinar los nuevos retos procedentes de la medicina reproductiva y genética. Desde este punto de vista, se ha considerado<sup>19</sup> que la discusión sobre el estatuto del embrión humano abarca varios niveles: 1) saber si los cigotos tienen suficiencia constitucional del que dimana un valor asimilable al de la persona constituida; 2) saber si, independientemente de que tenga o no suficiencia constitucional, el hecho de estar en un proceso constituyente confiere a los embriones un valor y dignidad asimilable a la del término; 3) dilucidar si el valor conferido al cigoto tiene carácter absoluto o puede, en ciertas condiciones, ser ponderado frente a otros valores; y 4) dilucidar si en caso de duda sobre el valor del cigoto se tiene que optar siempre por la opción que se cree más conforme a la bondad, es decir, optar por la inviolabilidad.

<sup>17</sup> El planteamiento de esta cuestión se origina, sin duda, con el inicio de las técnicas de reproducción asistida y la posibilidad de crear embriones *in vitro*, cuestión que —como ha manifestado Roca Trías— dejó al Derecho «perplejo». Vid. ROCA TRÍAS, E. (1994), «El Derecho perplejo: los misterios de los embriones», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, pp. 121-151.

<sup>18</sup> Desde un punto de vista jurídico, la cuestión aún no se ha resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo nunca ha establecido con claridad cuál es el estatuto del no nacido y, en consecuencia, del devenir vital en formación al tratarse de una cuestión sobre la que existe diversidad de opiniones debido a la falta de consenso científico. Por tal motivo, la jurisprudencia del TEDH sentada en los casos más relevantes desde los años sesenta del siglo pasado (*Briiggemann y Schenten v. República Federal de Alemania*; *Paton v. Reino Unido*; *Open Door v. Irlanda*; *R.H. v Noruega*; *Vo. Francia*; *Tysiac v. Polonia*) ha considerado preferible relegar esta cuestión a la legislación interna de cada uno de los Estados que han ratificado el Convenio de Roma. En cuanto al Tribunal de Luxemburgo, la conocida sentencia *Briistle v. Greenpeace* (Sentencia de la Gran Sala de 18 de octubre de 2001, Asunto C-34/10) consideró que el embrión es «todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis». Este histórico pronunciamiento que recuperaba un concepto continuo de desarrollo humano según el cual existe una igual protección jurídica con independencia del estadio en el que se encuentre el embrión, sin embargo, fue modificado poco tiempo después en el asunto *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks* (Sentencia de la Gran Sala de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-364/13) al considerar que «un óvulo humano no fecundado que ha sido estimulado mediante partenogénesis para dividirse y desarrollarse no constituye un «embrión humano» en el sentido de dicha disposición si, a la luz de los conocimientos científicos actuales, no dispone, como tal, de la capacidad intrínseca para convertirse en un ser humano, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente».

<sup>19</sup> Vid. ALONSO BEDATE, C. (2003), «El estatuto ético del embrión humano: una reflexión ante propuestas alternativas», en Mayor Zaragoza, F. y Alonso Bedate, C. (coords.), *Genética*, Barcelona Ariel, pp. 19-66.

Para responder a los interrogantes planteados por el «bebé medicamento», debemos efectuar una referencia a la doctrina constitucional sobre este derecho, haciendo especial referencia —como es lógico— a las cuestiones relacionadas con el embrión *in vitro*.

### 2.1 STC 53/1985, de 11 de abril: la despenalización del aborto

El principal problema interpretativo que aborda el Tribunal Constitucional es «el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*». En efecto, el artículo 15 CE señala que «todos tienen derecho a la vida» lo que plantea la duda de si ese «todos» incluye a los concebidos pero no nacidos. Para solucionar esta cuestión, el Tribunal Constitucional parte de un concepto continuista de la vida<sup>20</sup> al afirmar que:

«[...] es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital<sup>21</sup>{...}».

Partiendo de esta afirmación, el Tribunal Constitucional afirma que la vida constituye «no sólo un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» sino también «la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana—<sup>22</sup>». La sentencia apoya esta argumentación en la doble dimensión que presentan los derechos fundamentales<sup>23</sup>: por un lado, son derechos subjetivos<sup>24</sup> en la medida en que otorgan a sus titulares facultades o pretensiones que pueden hacer valer en situaciones con-

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión, Lucas Lucas mantiene que: «Según el análisis de la relación entre potencia activa y acto, el embrión humano está destinado, desde la concepción, a madurar lo que ya es: individuo de la especie humana. En esta maduración el biólogo descubre que no hay saltos cualitativos ni cambios sustanciales, sino una continuidad, por la que el embrión humano se desarrolla en hombre adulto y no en otra especie». Vid. LUCAS LUCAS, R., *Antropología y problemas bioéticos*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001, p. 76.

<sup>21</sup> STC 53/1985, Pleno, de 11 de abril, FJ 4.º (Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León), FJ 5.º

<sup>22</sup> *Ibidem*. JF 3.º

<sup>23</sup> Para un estudio detenido de esta cuestión, vid. CASTILLO CÓRDOVA, L. (2003), «Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, pp. 183-196.

<sup>24</sup> La STC 64/1988, Sala Primera, de 24 de abril, (Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León) señala en su FJ 1.º que: «Los derechos fundamentales y libertades públicas son derechos individuales que



cretas; y, por otro lado, son valores que informan el conjunto de la organización jurídica y política pues son el fundamento del orden político y de la paz social<sup>25</sup>.

Desde este punto de vista, el *nasciturus* no puede ser titular del derecho subjetivo a la vida proclamado en el artículo 15 CE, pues la titularidad de derechos se asienta en la capacidad jurídica y ésta exige el nacimiento<sup>26</sup>. Sin embargo, el Estado no puede desconocer que la vida del *nasciturus* dentro del claustro materno «*es también un momento del desarrollo de la vida misma*»<sup>27</sup> al tiempo que constituye, por otro lado, la proyección de un valor fundamental que es la vida humana<sup>28</sup>. De ahí, que el Estado deba otorgar protección<sup>29</sup> al *nasciturus* lo que exige al

---

*tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos».*

<sup>25</sup> La STC 53/1985, Pleno, de 11 de abril, FJ 4.º (Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León) afirma que: «*Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política*». Ahondando en este carácter objetivo, la STC 245/1991, Pleno, de 16 de diciembre, FJ 5.º (Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Rodríguez-Bravo) establece que: «*Los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva*».

<sup>26</sup> Díez-Picazo considera que la sentencia evita la espinosa cuestión relativa a cuándo ha de reputarse que comienza la personalidad. La solución de dicho problema a efectos constitucionales difícilmente podría zanjarse sobre la base de las previsiones del artículo 29 del Código Civil. Este autor entiende que, si bien es verdad que este precepto legal dispone que la personalidad —y, por consiguiente, la capacidad jurídica— comienza con el nacimiento, no lo es menos que la Constitución no debe ser interpretada a la luz de la ley, puesto que su función es precisamente limitar ésta última. *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L.M. (2008), *Sistema de derechos fundamentales*, 3.ª edición, Navarra, Thomson-Civitas, Navarra, pp. 225-226.

<sup>27</sup> STC 53/1985, Pleno, de 11 de abril, FJ 5.º

<sup>28</sup> El Tribunal Constitucional concluye que «*el nasciturus está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental*». La doctrina ha mantenido dos posturas interpretativas sobre esta afirmación. Para algunos, el bien constitucional protegido es un concepto alternativo al de persona, referido a una realidad humana en un nivel de desarrollo anterior al ser nacido, por lo que no es idóneo para ser titular de derechos, pero que constitucionalmente es protegido. Para otros, cuando el Tribunal Constitucional se refiere al término «bien jurídico protegido» no lo hace en relación al *nasciturus* sino a la vida humana, sin pronunciarse sobre la calificación jurídica del *nasciturus*. *Vid.* OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E. y ANDREU MARTÍNEZ, M.ªB. (2007), «Comentario a los artículos 15 y 16. Investigación con preembriones», en Cobacho Gómez, J.A. (dir.) e Iniesta Delgado, J.J. (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Navarra, Thomson-Aranzadi, p. 493.

<sup>29</sup> El derecho a la vida entraña un deber positivo de salvaguardia por parte de los poderes públicos. En este sentido, De Montalvo señala que: «Se trata [el derecho a la vida] de un compo-

menos el cumplimiento de dos obligaciones que serían, en primer lugar, «*la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación*» y, en segundo lugar, «*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*<sup>30</sup>».

Este planteamiento lleva al Tribunal Constitucional al punto clave de su razonamiento. El aborto plantea un conflicto entre absolutos<sup>31</sup>: por un lado, la protección de la vida prenatal y, por otro, la salvaguarda de los derechos fundamentales de la mujer, especialmente, su autonomía procreativa. Dado que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto<sup>32</sup>, es necesario ponderar los intereses en conflicto para resolver el problema constitucional del aborto<sup>33</sup>. El conflicto planteado no se puede resolver mediante una primacía absoluta de la

---

nente estructural básico del ordenamiento jurídico, en razón que es la expresión jurídica de un valor que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Por eso, la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad de ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. A los poderes públicos no solo les corresponde la obligación negativa de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por el derecho a la vida, sin también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tal derecho». Vid. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2009), *Muerte digna y Constitución. Los límites del testamento vital*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, pp. 209-210.

<sup>30</sup> STC 53/1985, Pleno, de 11 de abril, FJ 7.º

<sup>31</sup> Vid. RUIZ MIGUEL, A. (2003), *El aborto, entre la ética y el Derecho*, Conferencia Magistral pronunciada en el Auditorio Alfonso Quiroz Cuarón, México, p. 7.

<sup>32</sup> Según Aguiar de Luque, los límites de los derechos fundamentales puede entenderse «en un sentido muy general y omnicompreensivo para aludir a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuando derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos». Vid. AGUIAR DE LUQUE, L. (1993), «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, p. 10. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha sostenido una doctrina constante sobre el carácter limitado de los derechos fundamentales. En este sentido, entre otras, la STC 292/2000, Pleno, 30 de noviembre de 2000, FJ 11.º (Ponente: Julio Diego González Campos) señala que: «*Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido*».

<sup>33</sup> Esta difícil cuestión se ha abordado en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional. A este respecto, podemos citar la STC 320/1994, Sala Primera, 28 de noviembre de 1994, FJ 2.º (Ponente: Carlos de la Vega Benayas) afirma que: «*La solución al problema que plantea la colisión o encuentro entre derecho y libertades fundamentales consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente*».

vida en formación frente a otros valores o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, máxime cuando éstos pueden reconducirse a derechos fundamentales como, por ejemplo, la integridad física, la intimidad familiar o el derecho a la protección de la salud<sup>34</sup>.

## 2.2 STC 212/1996, de 19 de diciembre: la utilización de embriones y fetos

Esta sentencia tuvo que resolver el recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos 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<sup>35</sup>. Esta norma regulaba la utilización de los embriones y fetos «desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante<sup>36</sup>».

El Tribunal Constitucional comienza el análisis de este recurso recordando la doctrina sentada en la sentencia sobre el aborto<sup>37</sup>. En este sentido, recuerda que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, si bien es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE en cuanto que es expresión del valor superior de la vida humana. El contenido del derecho a la vida no se agota en su dimensión subjetiva-individual, sino que puede «contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales<sup>38</sup>, ya sea en forma de principios

<sup>34</sup> Vid. DÍEZ PICAZO, L.M.<sup>a</sup>, ob. cit., p. 226.

<sup>35</sup> Esta norma se publicó en el BOE n.º 314, de 31 de diciembre de 1988, y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

<sup>36</sup> Exposición de Motivos de la Ley 42/1988.

<sup>37</sup> El Tribunal Constitucional tardó siete años en dictar sentencia. Como critica Díez-Picazo, este dato resulta significativo porque, más allá de la pesada carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal Constitucional, pone de manifiesto la escasa sensibilidad hacia temas que se salen de lo ordinario en la jurisdicción constitucional y que exigen, por tanto, un esfuerzo adicional de razonamiento sustantivo. Vid. DÍEZ PICAZO, L.M.<sup>a</sup>, ob. cit., p. 232.

<sup>38</sup> Las garantías institucionales son una categoría acuñada en los años veinte del siglo pasado por la doctrina alemana con la que se persigue la protección frente al legislador de determinadas instituciones que se recogen *in nuce* en la Constitución. Como señala Cidoncha Martín, esta protección pretende preservar la institución «no solo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra (Leit-Bild)». Vid. CIDONCHA MARTÍN, A. (2009), «Garantía institucional, dimensión institucional y derechos fundamental: balance jurisprudencial», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, pp. 149-188). En esta misma línea, Baño León señala que la «la garantía institucional implica la protección de una determinada organización, no en la forma de un *statu quo*, sino en el respeto de sus rasgos esenciales, tal como se configura históricamente». Vid. BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup> (1988), «La distinción entre derecho fundamental y garantía

rectores de contornos más amplios, ya sea (...) en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos<sup>39</sup>». Esta doctrina resulta aplicable al caso enjuiciado dado que la ley impugnada regula extremos relativos a «*embriones y fetos humanos que, en algunos casos, pueden o han podido tener la 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*<sup>40</sup>». En consecuencia, el examen del Tribunal Constitucional se orienta a determinar si la normativa impugnada infringe los deberes de protección por parte del Estado para la efectiva protección de la vida humana pues —como se ha expuesto— no queda afectado el derecho a la vida en su dimensión subjetiva individual.

Partiendo de este planteamiento general, el Tribunal Constitucional se centra en la principal novedad introducida por la ley: la donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas. El artículo 2 de la ley impugnada regula los requisitos de esta procedimiento y, entre ellos, especifica que los embriones o fetos deben ser «clínicamente no viables o estén muertos<sup>41</sup>». Por su parte, el artículo 5.3 establece que «los embriones abortados, espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo». La sentencia concluye que dicho precepto no vulnera la protección constitucional de la vida humana por las siguientes razones<sup>42</sup>: 1) la norma parte de que los embriones y fetos humanos no son viables, es decir, son incapaces para «desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del artículo 10.1 CE»; 2) no cabe otorgarles el carácter de *nascituri* pues la expresión no viables significa que «nunca van a «nacer», en el sentido de llevar un propia «vida independiente de la madre»; y 3) las embriones y fetos viables solo pueden ser objeto de actuaciones que persigan «preservar su viabilidad, es decir, a prevenir o evitar que ésta pueda frustrarse».

Como se puede advertir, el Tribunal Constitucional introdujo un concepto relevante en su doctrina sobre el derecho a la vida y, específicamente, sobre el embrión humano: la viabilidad. El deber de protección de la vida humana alcanza una especial intensidad cuando el embrión es capaz de desarrollarse hasta dar lugar al nacimiento de un nuevo ser humano. Si, por el contrario, su capacidad de desarrollo está frustrada, decae su protección constitucional porque, en ningún caso, va a poder dar lugar a un *nasciturus* que constituye un bien jurídico

---

institucional en la Constitución española», *Revista Española de Derechos Constitucional*, año 8, núm. 24, pp. 155-179.

<sup>39</sup> STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 5.º

<sup>40</sup> *Ibidem*. FJ 3.º

<sup>41</sup> Artículo 2, letra d de la Ley 42/1988.

<sup>42</sup> STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 5.º

protegido en el artículo 15 CE. De esta manera, un sector de la doctrina ha considerado<sup>43</sup> que la derogada ley establecía una distinción entre dos realidades: 1) si el embrión es viable, se trata de un ser vivo, su vida entra dentro de la categoría de bienes jurídicos protegidos y, por tal motivo, solo se autoriza su manipulación con la finalidad de asegurar o facilitar el derecho a la protección de la salud del futuro nacido; y 2) si el embrión no es viable, se convierte en cosa susceptible de manipulación con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos, previamente conocidos y autorizados<sup>44</sup>. Por este motivo, los embriones y fetos no viables no están amparados por el deber de protección de los poderes públicos y se activa así la vía de juicio de oportunidad del legislador<sup>45</sup>. Es decir, la viabilidad otorga al embrión la protección que se deriva de acuerdo con el artículo 15 CE por cuanto, en última instancia, puede adquirir la condición de *nasciturus*.

La doctrina sobre la viabilidad del embrión elaborada por el Tribunal Constitucional ha sido objeto de crítica. En este sentido, la normativa no ofrece un concepto de viabilidad lo que introduce un elemento de indudable inseguridad jurídica que, en ningún caso, podría verse colmada por normativa reglamentaria<sup>46</sup>. Por otro lado, la indeterminación de este concepto resulta inadmisibles pues, en este caso, afecta directamente al «plano ontológico de la vida humana»<sup>47</sup>. En esta misma línea, la introducción de esta necesidad de viabilidad quebranta la protección jurídicamente exigible a la vida humana, ya que no respeta el contenido esencial del derecho a la vida del artículo 15 CE, al permitir, en determinados supuestos, que los embriones y fetos humanos vivos puedan ser utilizados para fines ajenos a su propio desarrollo o a su propia terapéutica<sup>48</sup>.

Al margen de estas consideraciones, la STC 212/1996 inició una clasificación y graduación de la vida humana que posteriormente desarrolló con mayor detenimiento en la STC 116/1999. De esta manera, los deberes de protección

<sup>43</sup> Vid. CABANILLAS, SÁNCHEZ, A. (1993), «Artículo 29», en Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Vol. 3, Madrid, Editorial de Revista de Derecho Privado, p. 793.

<sup>44</sup> Artículo 17 de la LTRA.

<sup>45</sup> Vid. CHUECA RODRÍGUEZ, R. (2002), «La protección jurídica del embrión humano: un caso de penuria normativa», en Romeo Casabona, C.M.<sup>a</sup> (dir.), *Genética y Derecho II*, Madrid, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, p. 40.

<sup>46</sup> Vid. DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M.<sup>o</sup>C. (2005), *Derecho y nueva eugenesia. Un estudio desde la Ley 35/88, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida*, Pamplona, Eunsa, 2005, p. 222.

<sup>47</sup> Vid. VILA CORO, M.D. (1992), «Los derechos del menor en la nueva genética», *Revista General de Derecho*, núm. 571, p. 2490.

<sup>48</sup> Vid. BELLVER CAPELLA, V. (1997), «El estatuto del embrión y del feto no viables. A propósito de la STC 212/1996, de 19 de diciembre», *Humana Iura: suplemento de derechos humanos*, núm. 7, p. 320.

impuestos al Estado se manifestarían de distinta manera según nos encontráramos ante un embrión preimplantatorio no viable, uno viable y un feto en formación. El Tribunal Constitucional<sup>49</sup> dejó entrever que la vida humana en formación y no viable tenía un menor nivel de protección precisamente porque no era necesario acudir a las sanciones penales<sup>50</sup>. Es más, la sentencia analizada no ponderó el valor de la vida humana con otros bienes, derecho o valores constitucionales, sino que se conforma con afirmar que los fines perseguidos por el legislador al regular la donación y utilización de embriones son lícitos.

### 2.3 STC 116/1999, de 17 de junio: las técnicas de reproducción humana asistida

Esta sentencia resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra varios preceptos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. A juicio de los recurrentes, la nueva regulación vulneraba el contenido esencial del derecho a la vida pues introducía una indebida distinción entre preembiones y embriones propiamente dichos. Esta diferencia normativa servía —a juicio de los recurrentes— para estructurar un diferente estatus jurídico que resultaba claramente insuficiente desde el punto de vista de las exigencias constitucionales de un sistema legal para la defensa de la vida que suponga su protección efectiva.

En cuanto al diagnóstico y tratamiento del preembrión (artículos 12 y 13 de la derogada LTRA), el Tribunal Constitucional resolvió esta cuestión aludiendo a la ya citada teoría de la «fragmentación» de la vida humana: los preembiones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a los ya transferidos al útero materno<sup>51</sup>. Desde este punto de vista, la sentencia consideró que las garantías establecidas por el legislador eran suficientes debido a los siguientes motivos: 1) la finalidad de la intervención diagnóstica era detectar una enfermedad hereditaria y, en caso de ser posible, tratarla; y 2) los profesionales sanitarios solo podían desaconsejar la transferencia del preembrión, si bien la decisión final

<sup>49</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L.M.<sup>a</sup>, ob. cit., p. 234.

<sup>50</sup> Sobre esta cuestión, en el Fundamento Jurídico n.º 10 se concluye que: «{...} 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 {...} 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».

<sup>51</sup> STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 12.º

correspondía a la madre<sup>52</sup>. De igual manera, rechazó la inconstitucionalidad de las intervenciones terapéuticas pues su finalidad era propiciar el bienestar del embrión y favorecer su desarrollo<sup>53</sup>.

Respecto de la investigación y experimentación con preembriones (artículos 15 y 16 de la derogada LTRA), el Tribunal Constitucional emitió dos conclusiones. La primera es que la investigación sobre preembriones viables con finalidad terapéutica, diagnóstica o preventiva no infringe el artículo 15 CE por cuanto dicha actividad no supone una intervención del proceso de gestación. Y, la segunda, que el resto de las hipótesis a que se refiere la ley —como, por ejemplo, experimentación prevista en el artículo 16.2 o la investigación con finalidad distinta a la comprobación de la viabilidad o diagnóstica contemplada en el artículo 15.3— no afectan a la protección constitucional de la vida, en la medida en que «sólo resultan permitidas en cuando tengan por objeto preembriones no viables<sup>54</sup>». De nuevo, el Tribunal Constitucional recupera la doctrina sentada en la STC 212/1996 sobre la viabilidad del embrión. Si el preembrión no es viable, por definición, nunca va a convertirse *nasciturus* y, posteriormente, en una persona acreedora de la dignidad contemplada en el artículo 10.1 CE por lo que difícilmente puede sostenerse que quede amparado por la protección constitucional de la vida.

Esta cuestión, posiblemente, se ha convertido en una de las cuestiones más controvertidas por la doctrina, especialmente tras la aprobación de la LTRHA de 2006 que introduce una importante novedad al permitir la investigación con preembriones viables lo que rebajaría, por tanto, el nivel de protección en relación con el marco normativo previo<sup>55</sup>. Según Pérez del Valle<sup>56</sup> y Lanzarote

<sup>52</sup> El Tribunal Constitucional clarificó que esta opción de la madre no suponía la despenalización de otro supuesto de aborto no punible. En el Fundamento Jurídico n.º 10 se establece que: «*La interpretación acogida por los recurrentes no se compadece con la literalidad del precepto, del que patentemente se deduce que la suspensión de las técnicas de reproducción asistida se prevé únicamente para el caso en que aquéllas estén todavía realizándose. Si atendemos a las características de las técnicas permitidas por la Ley, y enumeradas en su art. 1.1 (inseminación artificial y fecundación in vitro, con transferencia de embriones y transferencia intratubárica de gametos), es manifiesto que las mismas dejan de estar realizándose en el momento en que los gametos masculinos (inseminación artificial) o los preembriones son transferidos al cuerpo de la mujer. No hay en la dicción de la Ley motivo que permita interpretar esa posibilidad de suspensión, concedida a la mujer, como una opción permisiva y abierta a un nuevo supuesto de aborto no punible, pues, concluida la práctica de tales técnicas de reproducción asistida, el precepto no autoriza en absoluto a suspender el proceso de gestación. Conclusión que se ve reforzada por la propia realidad biológica de los materiales reproductivos a que se refiere la Ley 35/1988, cuando menos hasta el momento de su transferencia al seno materno.*».

<sup>53</sup> Artículo 13 LTRA.

<sup>54</sup> STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 9.º

<sup>55</sup> Artículo 15 LTRHA.

<sup>56</sup> Vid. PÉREZ DEL VALLE, C. (2006), «Tratamiento jurídico del embrión en la nueva ley de técnicas de reproducción humana asistida: diagnóstico previo a la implantación, investigación y

Martínez<sup>57</sup>, dicha norma es inconstitucional pues contradice claramente la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en las SSTC 212/1996 y 116/1999. Por el contrario, Lorenzo Copello<sup>58</sup> y Tomás-Valiente Lanuza<sup>59</sup> entienden que un análisis global de las sentencias citadas no permite extraer la conclusión de su inexorable incompatibilidad con la reciente reforma, pues nada impide que el Tribunal Constitucional lleve a cabo una ponderación de los intereses en juego que conduzca a justificar el sacrificio de tales preembriones en aras de permitir avances en la investigación para el tratamiento de graves enfermedades que merman de manera muy seria la salud de millones de personas.

### 3. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL HERMANO ENFERMO

La finalidad del «bebé medicamento» es, en última instancia, protección de la salud de un tercero. Los padres acuden a esta técnica cuando tienen un hijo afectado por una grave enfermedad que requiere para su curación o, al menos, para la mejora de su pronóstico vital la donación de progenitores hematopoyéticos extraídos de la sangre del cordón umbilical del «bebé medicamento» o, en su caso, de su médula ósea.

Desde este punto de vista, podemos afirmar que el segundo interés con relevancia constitucional que está implicado en el DGP extensivo es el derecho a la protección de la salud del hermano enfermo. Por esta razón, debemos centrar nuestro examen en dos cuestiones, a saber, la regulación del derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1978 y la naturaleza jurídica de este derecho.

---

clonación», en AA.VV., *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 89-124.

<sup>57</sup> Vid. LANZAROTE MARTÍNEZ, P. (2006), «Algunos apuntes en torno al tratamiento del derecho constitucional a la vida en la nueva ley sobre técnicas de reproducción humana asistida de 26 de mayo de 2006», *Diario La Ley*, núm. 6534, Sección Doctrina, p. 18.

<sup>58</sup> Vid. LAURENZO COPELLO, P. (2004), «Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento jurídico», *Revista Penal*, núm.13, pp. 125-137.

<sup>59</sup> Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (2009), «Artículo 15 CE», en Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir.), Pérez Manzano, M. y Borrajo Inieta, I. (coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, p. 315.



### 3.1 *El derecho a la protección de la salud en la Constitución española de 1978*

El derecho a la protección de la salud está contemplado en el artículo 43 CE. Se trata de un precepto que, enmarcado dentro de la regulación de los principios rectores de la política social y económica, tiene un triple contenido: 1) reconoce el «derecho a la protección de la salud»; 2) establece la obligación de los «poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios», debiendo la ley establecer «los derechos y deberes de todos al respecto»; y 3) determina la obligación de los poderes públicos de fomentar la «educación sanitaria, física y el deporte», facilitando «la adecuada utilización del ocio<sup>60</sup>».

Como señala Jiménez de Parga<sup>61</sup>, este precepto no agota las referencias constitucionales a la salud. Así, en primer lugar, existen referencias indirectas en el texto constitucional como, por ejemplo, la obligación de los poderes públicos de «velar por la seguridad e higiene en el trabajo<sup>62</sup>», de promover «la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran<sup>63</sup>» y garantía de defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces que tutelen «la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos<sup>64</sup>». Y, en segundo lugar, existen referencias implícitas por cuanto el derecho a la protección de la salud puede integrarse dentro del contenido del «derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona<sup>65</sup>», de la «protección integral de los hijos<sup>66</sup>» o de la necesidad de «pro-

<sup>60</sup> Como señala Santiago Redondo, el apartado 3 del artículo 43 CE apenas ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal Constitucional. En este sentido, cabe destacar la STC 194/1998, Pleno, de 1 de octubre, FJ 7.º (Ponente: José Gabaldón López) relativa a la exigencia de colegiación de los Profesores y Licenciados de Educación Física. El pronunciamiento constitucional resalta la trascendencia de la actividad que desempeñan aquéllos, vinculando a tal fin la educación física y el deporte con la salud y con lo previsto en el apartado tercero del artículo 43 CE. *Vid.* SANTIAGO REDONDO, K. (2009), «Artículo 43 CE», en Casas Baamonde, M.E., y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir.), Pérez Manzano, M., y Borrajo Iniesta, I. (coords.), ob. cit., p. 1071.

<sup>61</sup> *Vid.* JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M. (2004), «El derecho constitucional a la protección de la salud», en AA.VV., *La salud como valor constitucional y sus garantías. Desarrollo y evolución del art. 43 de la Constitución Española*, Madrid, Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid/Universidad Rey Juan Carlos, pp. 8-9.

<sup>62</sup> Artículo 40.2 CE.

<sup>63</sup> Artículo 49 CE.

<sup>64</sup> Artículo 51.1 CE.

<sup>65</sup> Artículo 45.1 CE.

<sup>66</sup> Artículo 39.2 CE.

teger y mejorar la calidad de la vida<sup>67</sup>». De esta manera, como señala García Herrera y Maestro Buelga<sup>68</sup>, la Constitución de 1978 pudo enriquecerse con la experiencia de otros países —como, por ejemplo, Italia<sup>69</sup> o Portugal<sup>70</sup>— que ya habían incorporado a sus textos constitucionales principios y derechos del Estado social y, entre ellos de manera destacada, el derecho a la protección de la salud en un sentido amplio.

Como se puede advertir, la Constitución española recurre a diferentes categorías jurídicas para referirse al derecho a la protección de la salud. En este sentido, León Alonso<sup>71</sup> considera que el texto constitucional contempla la salud desde tres perspectivas distintas: 1) como un derecho de libertad; 2) como un derecho a prestaciones; y 3) como constitucionalización de un servicio público encargado de hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria. En esta misma línea, Escobar Roca<sup>72</sup> considera que este derecho presenta una estructura com-

<sup>67</sup> Artículo 45.2 CE.

<sup>68</sup> Vid. GARCÍA HERRERA, M.A. y MAESTRO BUELGA, G. (1997), «Prestaciones sociales y Comunidades Autónomas», en García Herrera, M. A. (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 395-466.

<sup>69</sup> El artículo 32 de la Constitución de Italia de 1947 establece, dentro de la regulación de «las relaciones ético-sociales» que: «La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana».

<sup>70</sup> El artículo 64 de la Constitución de Portugal de 1976, dentro de la regulación de los derechos y deberes sociales, establece que: «Todos tendrán derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla». El apartado 2 dispone que «Se hará efectivo el derecho a la protección de la salud por la creación de un servicio nacional de sanidad universal, general y gratuito, por la creación de condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen la protección de la infancia, de la juventud y de la ancianidad y por la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo, así como por la promoción de la cultura física y deportiva, escolar y popular y también por el desarrollo de la educación sanitaria del pueblo». A su vez, el apartado 3 establece que: «Incumbe prioritariamente al Estado, con el fin de asegurar el derecho a la protección de la salud: a) garantizar el acceso de todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición económica, a los ciudadanos de la medicina preventiva, curativa y de rehabilitación; b) garantizar una racional y eficaz cobertura del país desde el punto de vista médico y hospitalario; c) orientar su actuación hacia la socialización de la medicina y de los sectores médico-farmacéuticos; d) disciplinar y controlar las formas empresariales y privadas de la medicina, articulándolas con el servicio nacional de la salud; e) disciplinar y controlar la producción, la comercialización y el uso de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos y otros medios de tratamiento y diagnóstico».

<sup>71</sup> Vid. LEÓN ALONSO, M. (2009), *La protección constitucional de la salud en el marco del Estado social y democrático de Derecho*, Salamanca, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, p. 175.

<sup>72</sup> Vid. ESCOBAR ROCA, G. (2005), *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama, pp. 54 y ss.

pleja al presentar elementos que encajan en las cuatro estructuras básicas de un derecho, si bien en ellas domina claramente el elemento prestacional<sup>73</sup>. Es cierto que estas categorías podrían considerarse contradictorias al aunar en un mismo derecho aspectos en los que, por un lado, se tutela una esfera de inviolabilidad del individuo frente a la acción del Estado y, por otro lado, se reconoce el derecho a exigir determinados prestaciones de los poderes públicos<sup>74</sup>. No obstante, León Alonso<sup>75</sup> considera que no existe tal contradicción por cuanto el derecho a la protección de la salud tiene un carácter multifuncional que se concreta en los siguientes aspectos: 1) asegura la libertad y la autodeterminación personal en relación a la salud; 2) ordena el establecimiento y conservación de determinados sistemas públicos para garantizar el cumplimiento del mandato constitucional de igualdad real<sup>76</sup>; y 3) impone su protección jurídica, no solo en las relaciones con los poderes públicos, sino también entre particulares mediante el establecimiento de mecanismos jurídicos de tutela.

### 3.2 *Derecho a la protección de la salud: ¿derecho fundamental o principio rector?*

El artículo 43 CE se ubica dentro del Capítulo III del Título I de la CE dedicado a los principios rectores de la política social y económica. Estos preceptos que consagran la llamada «Constitución social española<sup>77</sup>» tienen un contenido muy heterogéneo en el que se pueden distinguir —según Jiménez Campo<sup>78</sup>— «normas programáticas» y «otros enunciados normativos» entre los que

<sup>73</sup> Sobre la identificación de los derechos sociales con los derechos prestacionales, *vid.* CASCAJO, J.L. (1988), *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 67.

<sup>74</sup> Para un estudio detenido de la estructura de los derechos sociales, *vid.* PRIETO SANCHÍS, L. (1995), «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, pp. 9-57.

<sup>75</sup> *Vid.* LEÓN ALONSO, M., *ob. cit.*, p. 176.

<sup>76</sup> Este mandato se recoge en el artículo 9.2 CE al establecer: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Para un estudio detenido de este principio, *vid.* CARMONA CUENCA, E. (1994), «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, pp. 265-286.

<sup>77</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.<sup>a</sup> (2007), *La Administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pp. 17 y ss.

<sup>78</sup> *Vid.* JIMÉNEZ CAMPO, J. (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, pp. 128 y ss.

destacan «mandatos de legislar», «normas de igualdad» y «garantías institucionales». La finalidad de los preceptos —como señala De Esteban y López Guerra<sup>79</sup>— «era evitar un retroceso en la realización del Estado social» pues cualquier modificación del *status quo* socioeconómico debía efectuarse en la dirección establecida por la Constitución<sup>80</sup>.

La discusión doctrinal acerca de estos principios se ha centrado en determinar su eficacia jurídica. En este sentido, el artículo 53.3 CE establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», añadiendo que «solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Este enunciado recoge la llamada por la doctrina alemana «cláusula del miedo»<sup>81</sup>. Dicho precepto ha llevado a doctrina preguntarse si, efectivamente, los derechos reconocidos en estos preceptos pueden ser considerados *strictu sensu* como derechos fundamentales.

La doctrina dominante considera que estos preceptos no reconocen auténticos derechos fundamentales. En efecto, la eficacia jurídica otorgada por el constituyente les ha privado de las notas características de esta categoría. Así, en primer lugar, no son directamente exigibles ante los poderes públicos pues requieren de *interpositio legislatoris*, es decir, de un adecuado desarrollo legislativo que establezca la forma, características y eficacia de tales derechos. Y, en segundo lugar, no son indisponibles para el legislador pues, al margen del contenido mínimo establecido por el constituyente, se configuración depende sustancialmente a las leyes de desarrollo. Desde este punto de vista, la doctrina<sup>82</sup> ha llegado a afirmar que la utilización del término «derechos» —como, por ejemplo, en el artículo

<sup>79</sup> Vid. DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L. (1980), *El régimen constitucional español*, Barcelona, Labor, pp. 346-347.

<sup>80</sup> Desde un punto de vista crítico, Torres del Moral considera que esta asunción de tareas, sin embargo, está un poco debilitada por la índole meramente programática de los principios derivada de las dificultades de juridificación de preocupaciones sociales. Asimismo, este autor considera que los preceptos incluidos en los artículos 39 a 52 son técnicamente muy deficientes. Vid. TORRES DEL MORAL, A. (1992), *Principios de Derecho Constitucional español*, 4.ª edición, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, p. 432.

<sup>81</sup> Esta cláusula se recoge en el artículo 20 a de la Ley Fundamental de Bonn al señalar que: «El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medios de los poderes ejecutivo y judicial».

<sup>82</sup> Vid. ALZAGA, O., GUTIÉRREZ, I., REVIRIEGO, F. y SALVADOR, M. (2012), *Derecho político según la Constitución de 1978*, Vol. II, Madrid, Ramón Areces, p. 192.

43 o 47<sup>83</sup> CE— se efectúa de manera impropia. Según Jiménez Campo<sup>84</sup>, el nacimiento de los «derechos» existentes en el Capítulo III del Título I depende de las leyes de desarrollo pues el intérprete «no puede reconocer en aquéllos ningún derecho subjetivo vinculante para el legislador<sup>85</sup>».

A pesar de la eficacia limitada de estos «derechos», Díez Picazo<sup>86</sup> concluye que no se puede marginar su importancia e identificarlos sin más con los llamados derechos sociales y culturales. Según este autor, la prudencia constitucional aconsejó que aquellos principios objetivos sociales y culturales cuya plena efectividad depende de las disponibilidades financieras se configuraran como meras directrices al legislador<sup>87</sup>. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha manifestado que no se pueden considerar estos principios como «norma sin contenido» pues «obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes<sup>88</sup>». De igual manera, ha reconocido el carácter normativo de los principios rectores de acuerdo con los artículos 9.1 CE<sup>89</sup> y 5.1 LOPJ<sup>90</sup>, si bien poniendo de manifiesto las singularidades derivadas de su específica naturaleza. En esta misma

<sup>83</sup> El artículo 47.1 CE dispone que: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».

<sup>84</sup> Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J. (1996), «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 439-529.

<sup>85</sup> Por esta razón, Jiménez Campo acuñó la expresión «derechos aparentes». En el caso concreto del derecho a la protección de la salud, este autor concluyó que «indiscernible *extra legem*» pues se trata de «pretensiones comunitarias que la Constitución incorpora a fin de imponer o, cuando menos, de justificar determinadas políticas públicas». Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., ob. cit., pp. 520 y ss.

<sup>86</sup> Vid. DIEZ-PICAZO, L.M.<sup>a</sup>, ob. cit., p. 69.

<sup>87</sup> En esta misma línea, Carmona Cuenca considera que el constituyente ha efectuado, respecto de los derechos de prestación, «reserva económica de lo posible». Mientras se procede a encomendar «a los poderes públicos la creación de estos presupuestos, se gradúa la vinculatoriedad de las normas constitucionales que reconocen tales derechos, retrasando su máxima eficacia hasta el momento en que sea materialmente posible». Vid. CARMONA CUENCA, E. (2000), *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, p. 159.

<sup>88</sup> STC 19/1982, Sala Segunda, de 5 de mayo, FJ 6.º (Ponente: Antonio Truyol Serra).

<sup>89</sup> El artículo 9.1 CE establece que: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

<sup>90</sup> El artículo 5.1 LOPJ dispone que: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

línea, Rodríguez de Santiago<sup>91</sup> concluye que estos preceptos son mandatos vinculantes de actuación a los poderes del Estado<sup>92</sup> cuya eficacia se despliega en dos ámbitos: 1) por un lado, son tareas de desarrollo permanente que necesariamente debe cumplir el Estado<sup>93</sup>; y 2) por otro lado, prohíben cualquier actuación estatal que perjudique aquéllos<sup>94</sup>. De acuerdo con este planteamiento, los principios tendrían dos destinatarios<sup>95</sup>. El primero de carácter directo que es el legislador por cuanto está obligado a convertir los principios en concretas reglas de Derecho. Y, el segundo, que tiene carácter indirecto que serían los órganos judiciales y la Administración Pública que harán realidad los principios a través de la aplicación de las reglas dictadas por el legislador. De igual manera, Cossío Díaz<sup>96</sup> recuerda que estos principios imponen un deber general de observancia a todos los poderes públicos y una obligación prestacional específica al legislador pues, si bien la eficacia de los principios se contempla desde la Constitución, ha de realizarse en la ley. Este mismo autor incluso ha reconocido que esta vinculación de los principios rectores opera sobre los órganos judiciales pues carecería de justificación aquellas resoluciones que desconozcan aquéllos en la aplicación de la legalidad<sup>97</sup>. Este planteamiento ha llevado a Escobar Roca<sup>98</sup> a considerar que, en realidad, la limitada eficacia del Capítulo III del Título I se limi-

<sup>91</sup> Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.<sup>a</sup> (2008), «Artículo 53.3. La forma de vincular de los preceptos del Capítulo Tercero del Capítulo Primero de la Constitución Española», en Casas Baamonde, M.E., y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir), Pérez Manzano, M., y Borrajo Iniesta, I. (coords.), ob. cit., p. 1187.

<sup>92</sup> Sobre la eficacia jurídica de los derechos sociales y su relación con los poderes del Estado, vid. COBREROS MENDAZONA, E. (1987), «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 17, pp. 27 y ss.

<sup>93</sup> El cumplimiento de estas tareas no se realiza de una vez para siempre, sino que dirigen siempre la actividad estatal mientras dichos preceptos estén en vigor. Vid. GARCÍA MACHO, R. (1998), «De los derechos sociales a los principios rectores», en Balado, M. y García Recuero, J.A. (dir.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, Bosch, pp. 363 y ss.

<sup>94</sup> Los principios rectores podrían incluso dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de una ley cuando ésta se haya apartado del cumplimiento de los fines impuestos a los poderes públicos. En este sentido, la STC 45/1989, Pleno, de 20 de febrero, FJ 4.º (Ponente: Francisco Rubio Llorente) declaró la inconstitucionalidad de ciertos preceptos tributarios que podían hacer derivar una mayor carga impositiva de la circunstancia de estar casado, entre otros motivos, por ser incompatible con el mandato constitucional de protección de la familia y el matrimonio.

<sup>95</sup> Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.<sup>a</sup>, ob. cit., p. 1188.

<sup>96</sup> Vid. COSSÍO DÍAZ, J.R. (1989), *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 270.

<sup>97</sup> *Ibidem*. p. 267.

<sup>98</sup> Vid. ESCOBAR ROCA, G. (2012), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Aranzadi, pp. 296-298.

taría a los «principios» pero no a los «derechos». Según este autor, la posibilidad de ejercitar estos derechos sociales ante los Tribunales no exigiría una previa ley de desarrollo, sino simplemente que no contradijera la misma<sup>99</sup>.

Partiendo de la explicación efectuada, debemos examinar a continuación cuál es la naturaleza jurídica del derecho a la protección de la salud en la Constitución española de 1978. Según lo expresado por la doctrina dominante y por el Tribunal Constitucional<sup>100</sup>, el Capítulo III del Título I no reconoce derechos fundamentales. En este sentido, León Alonso<sup>101</sup> considera que se trata de una norma dirigida al poder público que no tiene una dimensión subjetiva y que, por tanto, no reconoce facultades que pueden ser ejercidas directamente por los individuos. El artículo 43 CE no reconocería, en principio, ningún derecho fundamental a la salud pues el contenido del mismo requiere de un posterior desarrollo legislativo. Esta tesis se apoyaría en el propio artículo 53.3 CE que establece claramente que los principios rectores «solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». De acuerdo con este planteamiento restrictivo, Borrajo Dacruz<sup>102</sup> considera que la eficacia del derecho a la protección de la salud se desplegaría en los siguientes ámbitos: 1) postula una determinada política legislativa y eleva la protección de la salud a la categoría de fin del Estado; 2) posibilita la atribución y distribución de competencias normativas y de ejecución entre poder central y otros poderes territoriales del Estado; 3) permite el control constitucional de las leyes de desarrollo, tanto desde el Tribunal Constitucional como desde los Tribunales ordinarios a través de la cuestión de inconstitucionalidad; 4) tiene carácter informador del ordenamiento jurídico en términos parecidos a lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil; y 5) legitima las exacciones patrimoniales coactivas de carácter específico que los poderes públicos impongan a los particulares, así como el sostenimiento de los servicios necesarios con cargo a los ingresos públicos generales.

No obstante, esta interpretación constitucional no encaja completamente con el derecho a la protección de la salud. En efecto, el Capítulo III del Título I com-

<sup>99</sup> Según Escobar Roca, la expresión del artículo 53.3 CE «de acuerdo con», puede equivaler, literalmente, a «sin contradecir», no necesariamente «mediante previas». *Vid.* ESCOBAR ROCA, G. (2012), *ob. cit.*, pp. 296-298.

<sup>100</sup> En este sentido, la STC 36/1991, Pleno, 14 de febrero, FJ 5.º (Ponente: Francisco Rubio Llorente) establece que «los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables».

<sup>101</sup> *Vid.* LEÓN ALONSO, M., *ob. cit.*, p. 192.

<sup>102</sup> *Vid.* BORRAJO DACRUZ, E. (1996), «Artículo 43. Protección de la salud», en Alzaga Villaamil, O. (dir.), en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, p. 195.

prende un conjunto heterogéneo de normas cuya estructura, contenido y eficacia presenta importantes diferencias. Así, por ejemplo, no se puede equiparar el objetivo estatal de «salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero»<sup>103</sup> con la garantía institucional de la Seguridad Social o con la necesidad de «garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad»<sup>104</sup>. De igual manera, el derecho a la protección de la salud presenta unos rasgos constitucionales diferentes por cuanto su tutela está directamente relacionada con el mantenimiento del estado psicofísico del ciudadano y, en última instancia, de su vida. Desde este punto de vista, la obligación del Estado de tutelar este derecho es mucho más intensa que en otros principios rectores. En efecto, la tutela de la salud individual y, a su vez, de la pública, tiene una importancia esencial pues el mantenimiento de unas mínimas condiciones de vida es condición necesaria para el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental. Por tal motivo, la doctrina ha sostenido que el derecho a la protección de la salud es un «principio rector subjetivado»<sup>105</sup> que goza de fuerza expansiva debido a sus conexiones directas e indirectas con otros derechos fundamentales de máxima relevancia como el derecho a la vida, a la integridad física o a la intimidad. En este sentido, el principio rector proyecta otras perspectivas que se pueden encuadrar en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales<sup>106</sup>. Éste sería el caso de lo llamados «deberes de protección» que recaen sobre los poderes públicos frente a las lesiones y amenazas contra los bienes jurídicos tutelados por los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, se ha interpretado el derecho a la protección de la salud —al igual que el derecho a un medio ambiente<sup>107</sup>— en relación con el derecho a la vida y la integridad física.

A modo de conclusión, podemos señalar que el derecho a la protección de la salud no constituye *strictu sensu* un derecho fundamental, entre otros motivos, porque el ejercicio del mismo requiera de un adecuado desarrollo legislativo.

<sup>103</sup> Artículo 42 CE.

<sup>104</sup> Artículo 50 CE.

<sup>105</sup> Esta expresión se utiliza por DEL REY GUANTER, S. (1998), «El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, p. 162.

<sup>106</sup> Vid. REVIRIEGO PICÓN, F. y ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. (2014), «La protección de la salud en la Constitución española», en Fernández-Coronado, A. y Pérez Álvarez, S. (dir.), *La protección de la Salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 20.

<sup>107</sup> STC 119/2001, Pleno, de 24 de mayo, FJ 6.º (Ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera).



Como ha señalado León Alonso<sup>108</sup>, lo que es fundamental para el individuo no lo es desde el punto de vista jurídico-constitucional.

No obstante, existe un núcleo esencial de este derecho que sí revista carácter fundamental por la íntima conexión existente con el derecho a la vida y con el derecho a la integridad física y moral. Se trataría de aquellas facultades que reconocen dos aspectos: 1) la capacidad del sujeto de autodeterminación consciente y responsable sobre aquellos aspectos que pueden afectar a su salud; y 2) la abstención del Estado y de los particulares en la realización de actividades que pueden suponer una alteración no consentida del estado psicofísico de cada individuo. En efecto, se reconoce la autonomía del individuo para decidir aquellas cuestiones que afecten a su salud. Esta facultad comprende no sólo aquellas decisiones que se adoptan dentro de una relación clínica (seguir un tratamiento; someterse a una intervención quirúrgica, etc.), sino también aquellos otros aspectos relacionados con la vida en general (practicar deportes de riesgo, fumar, llevar hábitos de vida perjudiciales, etc.). En el ámbito médico, como señala Cruz Villalón<sup>109</sup>, el consentimiento informado opera como un procedimiento de garantía específico mediante el que se asegura la posibilidad de que el paciente pueda hacer valer sus derechos. El contenido de esta faceta del derecho no se agota en una libertad positiva reconocida al individuo, sino que también se extiende a una libertad negativa cuya finalidad es exigir a los poderes públicos y particulares que observen una conducta que no altere el equilibrio psicofísico en que consiste el estado de salud de cada uno. Desde este punto de vista, el derecho a la protección de la salud se configura también como un derecho de defensa o —en palabras de Escobar Roca<sup>110</sup>— como un «derecho reaccional». Frente a los ataques directos a la salud individual el afectado dispone de diversos remedios jurídicos que pretenden dar satisfacción o resarcimiento el interés lesionado.

Como se puede observar, en este aspecto del derecho a la protección de la salud prima la faceta subjetiva. La finalidad del precepto constitucional es consagrar un ámbito de autodeterminación que puede oponerse frente a terceros con independencia del desarrollo legislativo. Esta primera faceta goza de fuerza expansiva dada la íntima conexión con otros derechos fundamentales hasta el punto que —como señala Santiago Redondo<sup>111</sup>— la protección de la salud se ha configurado como «uno de los referentes principales en la conformación de los contenidos del artículo 15 CE». A partir de esta razonamiento, el Tribunal Constitucional ha construido un cuerpo

<sup>108</sup> Vid. LEÓN ALONSO, M., ob. cit., p. 185.

<sup>109</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, P. (1989), «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 25, pp. 36-41.

<sup>110</sup> Vid. ESCOBAR ROCA, G. (2008), «Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud.», *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 71-72, p. 133.

<sup>111</sup> Vid. SANTIAGO REDONDO, K., ob. cit., p. 1072.

doctrinal según el cual «*el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no toda supuesto de daño o riesgo para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan solo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma*»<sup>112</sup>. De igual manera, el Tribunal Constitucional ha afirmado en un caso de contaminación acústica en una vivienda por las molestias generadas por establecimiento de la zona que «*no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que debe soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 CE*»<sup>113</sup>. La doctrina constitucional ha manifestado que el derecho a la salud protege frente a decisiones empresariales que tengan lugar «*existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta*»<sup>114</sup>.

Este razonamiento supera, por tanto, la literalidad del artículo 53 CE al permitir que un «derecho» contemplado dentro del Capítulo III del Título I pueda ser examinado en amparo por el Tribunal Constitucional gracias a la conexión con otros derechos fundamentales. Se trata de una práctica frecuente en la jurisprudencia comparada<sup>115</sup> pues —como recuerda Escobar Roca<sup>116</sup>— «no

<sup>112</sup> STC 5/2002, Sala Primera, 14 de enero, FJ 4.º (Ponente: Pablo García Manzano).

<sup>113</sup> STC 119/2001, Pleno, de 24 de mayo, FJ 6.º (Ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera).

<sup>114</sup> STC 160/2007, Sala Primera, 2 de julio, FJ 2.º (Ponente: María Emilia Casas Baamonde).

<sup>115</sup> Esta técnica jurídica se ha utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al establecer una conexión entre el respeto de la vida privada y el derecho a un medio ambiente adecuado. Como señala Arzo Santisteban, a falta de un «derecho específico al medio ambiente o a la salud, en principio son varios los derechos del Convenio cuyo ámbito de protección puede ser tomado en consideración para dispensar una protección frente a las agresiones ambientales: el derecho a la vida, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, el derecho al respeto a la vida privada y al domicilio y el derecho a la propiedad [...] A los efectos de las agresiones medioambientales, no se puede escindir la vida privada, vida familiar y domicilio en compartimentos estancos. Lo que sí subraya el TEDH es que «ni el art. 8 ni ninguno de los demás preceptos del Convenio están específicamente diseñados para proporcionar una protección general del medio ambiente como tal»: el elemento crucial para la aplicación del art. 8 no es un deterioro general del medio ambiente, sino la existencia de un efecto adverso, causado por la contaminación ambiental, en la esfera privada o familiar de una persona». Vid. ARZO SANTISTEBAN, X., «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar», en Lasagabaster Herrate, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2.º edición, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, pp. 324-325.

<sup>116</sup> Vid. ESCOBAR ROCA, G., «El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», Informe presentado por la Revista Catalana de Dret Públic para el Informe

resulta infrecuente que cuando un tribunal, por razones procesales, no pueda proteger el derecho a la salud como tal, éste sea protegido a través de las normas de reconocimiento del derecho a la vida e integridad». Según Escobar Roca<sup>117</sup>, esta doctrina constitucional protege el derecho a la salud a través del derecho a la integridad física y moral exclusivamente cuando se haya producido una afectación importante de aquélla<sup>118</sup> lo que, en definitiva, se trata de una cuestión más fáctica que jurídica relacionada con el análisis de los hechos y de su prueba. No obstante, esta idea ha sido criticada por la doctrina<sup>119</sup> al considerar que la exigencia de este requisito choca frontalmente con la concepción de la salud como el estado de absoluto bienestar físico, mental y social. Por esta razón, los tribunales ordinarios deberían tutelar el derecho a la salud de manera autónoma<sup>120</sup> sin exigir necesariamente el requisito de la gravedad a fin de evitar una limitación excesiva de su contenido constitucional.

General sobre el derecho a la salud presentado por la Red de Revistas de Derecho Constitucional en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional Jorge Carpizo, a celebrarse en Tucumán, Argentina, del 17 al 19 de septiembre de 2013, disponible en: <http://bloqs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/09/13/el-derecho-a-la-salud-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional-espanol-guillermo-escobar/> [Consultado 25-5-2016].

<sup>117</sup> *Ibidem*.

<sup>118</sup> El Voto Particular emitido por el Magistrado Manuel Jiménez de Parga a propósito de la STC 119/2001 critica esta doctrinal jurisprudencial al señalar que: «*A mi juicio, la lesión de los derechos fundamentales no requiere que el ruido sea de un nivel intenso y que ponga en grave peligro la salud de las personas. La reciente legislación europea evoluciona en otra dirección. La reacción de los poderes públicos frente al ruido solamente tiene en cuenta que los efectos sean nocivos: consecuencias negativas sobre la salud de las personas, tales como las molestias provocadas por el ruido, alteración del sueño, interferencia con la comunicación oral, perjuicios en el aprendizaje, pérdida auditiva, estrés o hipertensión. En la sentencia subyace una separación entre integridad física (art. 15 CE) y salud (art. 43 CE). Es una separación que la legislación europea rompe desde el momento en que asume que la salud humana, como la entiende la Organización Mundial de la Salud (OMS), es el «estado de absoluto bienestar físico, mental y social. No comparto la idea de que la vulneración del artículo 15 CE exija un peligro grave e inmediato para la salud de las personas, como se dice en la Sentencia. Entiendo que basta la existencia de cualquier efecto nocivo, como los antes indicados».*

<sup>119</sup> En esta línea crítica, Canosa Usera ha manifestado que si se admitiera que únicamente hay lesión del derecho a la integridad cuando se menoscaba de manera grave e inmediata la salud, la vulneración del derecho a la salud solo se podría tutelar mediante el recurso de amparo cuando existiese un riesgo grave e inmediato, mientras que en los supuestos de riesgos menos graves o mediatos los ciudadanos se tendría que valer de otros instrumentos procesales distintos del amparo. *Vid. CANOSA USERA, R. (2003), «Pretensiones ambientales en amparo constitucional. Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo», Teoría y realidad constitucional, núm. 10-11, p. 706.*

<sup>120</sup> El artículo 53.3 CE establece que los principios rectores —entre los que se encuentra el derecho a la salud— informan «la práctica judicial» de lo que puede deducirse la obligación de los Tribunales ordinarios de velar por la protección de su contenido, si bien ajustándose a «lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

A pesar de la conexión existente entre el derecho a la salud y el artículo 15 CE, no pueden confundirse sus contenidos. En efecto, Santiago Redondo<sup>121</sup> manifiesta que el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental del artículo 15 CE no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista riesgo o daño para la salud. Así, en primer lugar, podrán existir intervenciones corporales indiferentes para la salud del sujeto pasivo pero prohibidas por el artículo 15 CE. Y, en segundo lugar, podrán existir otras intervenciones corporales que, por las circunstancias en que se producen, puedan resultar legítimas desde el punto de vista de dicho precepto constitucional pese a incidir sobre la salud u ocasionar algún grado de malestar a la persona afectada<sup>122</sup>.

#### 4. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN DE LOS PADRES

El DGP extensivo constituye una técnica que amplía la autonomía procreativa de los padres. En efecto, a través de este procedimiento, los padres pueden seleccionar aquellos embriones constituidos a través de una FIV que resulten histocompatibles con su hijo enfermo. Si bien es cierto que la finalidad del procedimiento es terapéutica hacia un tercero, no podemos soslayar que, gracias a esta técnica, los padres disponen de una posibilidad adicional que incrementa el ámbito de decisión de aquellas cuestiones relacionadas con su salud reproductiva.

El derecho a la reproducción no está específicamente contemplado en el Derecho español<sup>123</sup>. Se trata de una categoría doctrinal muy discutida cuyo nacimiento está directamente relacionado con la aparición de las técnicas de reproducción asistida. La doctrina<sup>124</sup> estaría dividida básicamente en tres posturas<sup>125</sup>:

<sup>121</sup> Vid. SANTIAGO REDONDO, K., ob. cit., p. 1073.

<sup>122</sup> En este sentido, el ATC, Sección Tercera, 26 de febrero, FJ 3.º inadmite el recurso de amparo a quien fue requerido por la Comunidad Autónoma de Cantabria para aportar el perfil biométrico de su mano con la finalidad de implantar un sistema de control de permanencia del personal al considerar que no existía acreditación alguna de que dicho sistema causara daños a la salud.

<sup>123</sup> En el Derecho comparado, existen escasas referencias a un posible derecho a procrear. En este sentido, podríamos citar el artículo 191 de la antigua Constitución de Yugoslavia de 1974 que establecía que: «Es derecho de la persona resolver libremente sobre tener o no tener hijos. Este derecho únicamente podrá limitarse para proteger la salud». Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994), *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, p. 40.

<sup>124</sup> Para un estudio detenido de esta cuestión, vid. IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2011), «El hipotético derecho a la reproducción», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, pp. 252-271.

<sup>125</sup> Vid. DE MIGUEL BERIAIN, I. (2004), *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*, Granada, Comares, p. 202.

1) un sector niega la existencia de este derecho al calificar el hecho de la procreación como el resultado de un don misterioso<sup>126</sup>; 2) otro sector entiende que la reproducción es un auténtico derecho cuyo fundamento sería la intimidad personal, la protección de la salud y el libre desarrollo de la personalidad<sup>127</sup>; y 3) otro grupo de autores considera que —si bien no debe incluirse el derecho a la reproducción como un derecho subjetivo fundamental<sup>128</sup>— existe un derecho a gozar de las condiciones que hagan posible que el ejercicio de la procreación constituya un proceso humanizado<sup>129</sup>.

Dejando a un lado la postura negativa cuyos argumentos tienen difícil encaje en una sociedad laica, nuestro análisis va a centrarse en los fundamentos constitucionales de este derecho a la reproducción. Nuestro análisis debe partir de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad familiar y la posible inclusión dentro de su contenido, a la luz de la reciente STC 11/2016, del derecho a fundar una familia en el sentido ya reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hemos seleccionado esta sentencia por cuanto dejar entrever un cambio de criterio en el contenido constitucionalmente protegido del artículo 18.1 CE y nos permite reflexionar sobre las dudas acerca de la incorporación de nuevos derechos constitucionales no previstos en la Constitución, concretamente, en el ámbito que nos ocupa, el derecho a la reproducción.

Tras efectuar dicho análisis, nos adentraremos en el planteamiento de tres autores (Gómez Sánchez, De Lora Deltoro y Abellán) quienes han ofrecido argumentos doctrinales favorables al reconocimiento del derecho a la reproducción.

<sup>126</sup> En este sentido, Marcó y Tarasco manifiestan que «el deseo de tener un hijo debe ir acompañado del conocimiento de varios hechos: en primer lugar, que el hijo es un don y no un derecho. Que el don es otorgado por el Creador, independientemente del credo religioso que se profese, ya que es evidente que ninguna persona procede de la fabricación de otra, no siquiera en la técnica más avanzada». Vid. MARCÓ, J. y TARASCO, M. (2001), *Diez temas de reproducción asistida*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, p. 40). En esta misma línea, Ballesteros señala que «no existe un derecho a tener hijo, ya que el hijo es un don gratuito y tiene además una dignidad propia [...] Solo hay derecho a que el Estado no obstaculice la libre decisión de los padres en la generación de la vida. Mientras que el hijo [...] sí tiene derecho al amor de sus padres, a una familia». Vid. BALLESTEROS, J. (1995), *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, p. 99.

<sup>127</sup> Vid. EMALDI, A. (2001), *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Granada, Comares, pp. 359-360; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994), ob. cit., pp. 39-60.

<sup>128</sup> En esta línea doctrinal, Roca Trías rechaza la existencia de un «derecho al hijo» como consagración de una libertad reproductiva por cuanto no ha sido reconocido en ningún texto jurídico internacional sobre derechos humanos. Vid. ROCA TRÍAS, E. (1999), «Filiación asistida y protección de los derechos fundamentales», *Derecho y Salud*, vol. 7, núm. 1, pp. 1-11.

<sup>129</sup> Vid. DE MIGUEL BERIAIN, I. (2004), ob. cit., p. 204.

De esta manera, estaremos en condiciones de examinar si el DGP extensivo forma parte del contenido del derecho a la reproducción.

4.1 *STC 11/2016, de 1 de febrero: ¿una ampliación del contenido del derecho a la intimidad familiar?*

El Tribunal Constitucional ha mantenido de forma reiterada que «*nuestra Constitución no reconoce un derecho a la vida familiar en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8.1 CEDH*»<sup>130</sup>, así como que «*es jurisprudencia constitucional reiterada que el derecho a la vida familiar derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE*»<sup>131</sup>.

Sin embargo, este planteamiento parece haberse modificado a raíz de la reciente STC 11/2016 que incorpora de manera «automática e indiscriminada»<sup>132</sup> la doctrina del TEDH sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar. La citada sentencia analiza el caso de una madre que se sometió a un interrupción voluntaria del embarazo a las 22 semanas de gestación tras constatarse la existencia de malformaciones graves que hacían inviable el feto. Tras practicarse el aborto, la madre solicitó que se le entregaran los restos para poder incinerar el feto abortado y poder despedirlo en una ceremonia íntima. A tal efecto, solicitó al Juzgado de Guardia de Eibar la concesión de licencia de enterramiento-incineración. No obstante, el órgano judicial denegó dicha solicitud argumentando que la inscripción del feto en el Registro Civil constituye un presupuesto legal para la expedición de licencia de incineración o enterramiento. Dado que el artículo 45 de la Ley del Registro Civil condiciona la inscripción de criaturas abortivas al hecho de que éstos tengan 180 días de vida, el Juzgado entendió que no podía concederse la licencia pues el feto abortado no alcanzaba ese límite de vida.

El Tribunal Constitucional comienza su argumentación alegando que no existe ningún precedente en caso análogo. Por tal motivo, acude a la doctrina del TEDH según la cual el derecho a disponer de los restos humanos para su

<sup>130</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre, Pleno, FJ 11.º (Ponente: María Emilia Casas Baamonde); 60/2010, de 7 de octubre, Pleno, FJ 8.º (Ponente: Javier Delgado Barrio).

<sup>131</sup> STC 186/2013, de 4 de noviembre, Sala Segunda, FJ 7.º, (Ponente: Juan José González Rivas).

<sup>132</sup> Voto Particular a la STC 11/2016 formulado por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

enterramiento forma parte del contenido del derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). A tal efecto, la STC cita dos precedentes de la jurisprudencia europea. En el primero de ellos, el asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza*<sup>133</sup>, el Tribunal de Estrasburgo analizó el caso de una pareja cuyo hijo prematuro nació muerto y se procedió a su enterramiento en una fosa común sin celebración de ninguna ceremonia funeraria. Los padres argumentaban que tenían derecho sobre los restos mortales de sus hijos, en particular, el derecho a decidir el lugar, la hora y las modalidades de inhumación. El TEDH concluyó que la limitación impuesta por la autoridades suizas vulneró el artículo 8 CEDH porque interfirió de manera indebida en el derecho a la vida privada y familiar sin base legal suficiente. Y, en el segundo de ellos, el asunto *Marić c. Croacia*<sup>134</sup>, el Tribunal analizó la reclamación de unos padres que, tras haber nacido muerto su hijo por complicaciones en el parto, solicitaron al hospital donde les atendieron información sobre el lugar de enterramiento de los restos fetales. Si bien los padres habían consentido verbalmente en que el hospital se hiciera cargo del enterramiento, ello no suponía —recuerda el TEDH— que consintieran que el cuerpo del niño se desechara sin dejar rastro de su paradero, máxime cuando la legislación interna dispone que los cementerios lleven un libro registro de todos los entierros con indicación del lugar en que se producen. Por todo ello, la sentencia entendió que se habían vulnerado los derechos a la vida privada y familiar de los padres.

Partiendo de tales antecedentes, el Tribunal Constitucional concede el amparo solicitado asumiendo la jurisprudencia del TEDH (artículo 10.2 CE). A tal efecto, la sentencia analiza si la restricción impuesta al derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE) perseguía un fin constitucionalmente legítimo, así como si era necesaria y adecuada para alcanzar dicho objetivo. La sentencia concluye que el artículo 45 de la Ley del Registro Civil no prohíbe expresamente el enterramiento de criaturas abortivas que no cumplan el mínimo de vida fetal establecido en dicho precepto. En este sentido, afirma que:

*«[...] la imposición de un deber de inscripción a partir de un determinado tiempo de gestación no cabe deducir extensivamente la prohibición de entrega para su enterramiento o incineración de criaturas abortivas de menor tiempo: la norma no somete el enterramiento o incineración a las exigencias de permiso judicial e inscripción registral ni impide por sí la anotación de criaturas abortivas de menos de 180 días [...].»*

Por otro lado, la sentencia asume que el derecho de la demandante a decidir sobre el enterramiento o incineración de su criatura abortiva forma parte del

<sup>133</sup> STEDH Asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza* (núm. 55525/2000, de 14 de febrero de 2008).

<sup>134</sup> STEDH Asunto *Marić c. Croacia* (núm. 50132/2012, de 12 de junio de 2014).

contenido del derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE) sin que exista en las actuaciones ningún impedimento que pudiera justificar la injerencia en tal derecho fundamental. En definitiva, el Tribunal Constitucional concluye que las resoluciones denegatorias del Juzgado vulneraron tal derecho «*por no esgrimir normas que pudieran dar cobertura jurídica suficiente a su decisión e imponer un sacrificio desproporcionado, sin que se vislumbren bienes constitucionales cuya preservación justifique la denegación del permiso de incineración solicitado*»<sup>135</sup>.

Como se puede observar, el Tribunal Constitucional ha modificado el criterio mantenido de manera constante según el cual el artículo 18.1 CE comprende el derecho a la «intimidad privada y familiar» y no a la «vida privada y familiar» del artículo 8 CEDH<sup>136</sup>. Por tal motivo, los Votos Particulares recuerdan que el mandato del artículo 10.2 CE se aplica a los derechos fundamentales «que la Constitución reconoce» de modo que no se pueden olvidar en su aplicación «las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos»<sup>137</sup>. Dado que la norma fundamental española no reconoce expresamente el derecho al respeto de la vida familiar, no se puede crear *ex novo* por la jurisprudencia un nuevo derecho pues —como ha reiterado el Tribunal Constitucional— el artículo 18.1 CE protege «*la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres*»<sup>138</sup> lo que ha llevado a concluir que, por ejemplo, la libertad de procreación sea una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y no un contenido integrado en el citado derecho fundamental.

De esta manera, queremos poner de manifiesto que —al margen de las aportaciones doctrinales que vamos a analizar a continuación— existen dudas constitucionales acerca de la verdadera existencia del derecho a la reproducción y de que éste pueda fundamentar el acceso a la técnica del DGP extensivo, sin per-

<sup>135</sup> STC 11/2016, de 1 de febrero, Sala Primera, FJ 5.º (Ponente: Don Andrés Ollero Tassara).

<sup>136</sup> La noción normativa de «vida privada» gira en torno a una idea motriz: el concepto de personalidad. El TEDH ha construido una doctrina que va más allá del significado literal de la expresión «vida privada» para abarcar una amplia gama de elementos y de manifestaciones de la personalidad individual. Por tal motivo, este derecho «*también comprende, en cierta medida, el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos, especialmente en el plano emocional para el desarrollo y el cumplimiento de la personalidad propia*». En el caso *Bruggemann Scheuten v. República Federal de Alemania* (EHRR 244 1977) afirmó que «*el derecho al respeto de la vida privada tiene un alcance tal que asegure al individuo un ámbito en el que pueda perseguir libremente el desarrollo y el cumplimiento de la personalidad*». Para un estudio detenido de esta cuestión, Arzo Santisteban, X. (2009), ob. cit., pp. 293-389.

<sup>137</sup> SSTC 119/2001, de 24 de mayo, Pleno, FJ 6.º (Ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera); 16/2004, de 23 de febrero, Sala Primera, FJ 3.º (Ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera).

<sup>138</sup> STC 89/1987, de 3 de junio, Sala Primera, FJ 2.º (Ponente: Francisco Rubio Llorente).



juicio de que los padres acudan al mismo en el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 CE).

#### 4.2 *Libertad, intimidad y derecho a formar una familia*

La profesora Gómez Sánchez es una de las autoras que han defendido en la doctrina española la existencia de un derecho a la reproducción. A pesar de que este derecho no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución de 1978, se trata de un «realidad deducible con facilidad del reconocimiento de otros principios constitucionales<sup>139</sup>». El fundamento de este derecho sería doble<sup>140</sup>: 1) en primer lugar, se basaría en el derecho fundamental a la libertad (artículo 17.1 CE) en relación con el reconocimiento del valor libertad (artículo 1.1 CE), de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE); y 2) en segundo lugar, se basaría en el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE) que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente. Por otro lado, este derecho tendría una manifestación con rango legal en el derecho a fundar una familia<sup>141</sup> recogido en diversos textos internacionales cuyo contenido se integra en el Ordenamiento jurídico español.

Partiendo de este esquema general, debemos detenernos en analizar el razonamiento seguido por la profesora Gómez Sánchez.

El primer fundamento del derecho a la reproducción es el reconocimiento del derecho a la libertad<sup>142</sup>. En este sentido, la autora sostiene que «el reconocimiento constitucional de la libertad tiene valor jurídico directo y se traduce en la resuelta afirmación de que, si el Ordenamiento jurídico no determina expresamente los límites de la libertad humana en determinado ámbito, el sujeto puede actuar en él con plena autonomía<sup>143</sup>». La Constitución de 1978 ha efec-

<sup>139</sup> Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1988), «Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida», *Revista de Derecho Político*, núm. 26, p. 91.

<sup>140</sup> Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994), *El derecho a la reproducción humana...*, ob. cit., p. 58.

<sup>141</sup> Para un estudio detenido de este derecho, vid. GARCÍA RUIZ, Y. (2004), *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Granada, Comares, pp. 255-268.

<sup>142</sup> Según Bobbio, pueden distinguirse dos conceptos de libertad: 1) la «libertad negativa» sería la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o son que se lo impidan otros sujetos; y 2) la «libertad positiva» implica la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. Vid. BOBBIO, N. (1993), *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 97-100.

<sup>143</sup> Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994), *El derecho a la reproducción humana...*, ob. cit., p. 42.

tuado un reconocimiento de la libertad en el artículo 17.1 al señalar que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad». Tradicionalmente, la doctrina ha estudiado este derecho en relación con la prohibición de detención arbitraria<sup>144</sup>. Sin embargo, Gómez Sánchez discrepa de este planteamiento al considerar que el contenido de este derecho tiene fuerza expansiva que abarcaría una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual<sup>145</sup>. En este mismo sentido, Freixes Sanjuan y Remotti<sup>146</sup>, defienden la existencia de este derecho a la libertad como «derecho-autonomía que, en principio, postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de autonomía personal». De igual manera, De Esteban y González Trevijano<sup>147</sup>, consideran que la libertad implica «la facultad de autodeterminación personal, con ausencia de cualquier presión exterior o condicionamientos que la hagan imposible». De acuerdo con esta concepción amplia, Gómez Sánchez considera que el derecho a la reproducción afecta a la autodeterminación física de la persona y, por tanto, es un problema de libertad por dos motivos<sup>148</sup>: 1) se trata de una «opción vivencial de especial trascendencia que vincula muy directamente la libertad física por el cúmulo de derechos y obligaciones que derivan de la procreación»; y 2) porque «las restricciones, en su caso, no derivarían del cumplimiento de una pena, sino al contrario, de un acto de libertad que debería hacerse compatible con la libertad de los demás y el respeto a la ley». En el ámbito específico de la reproducción asistida, el acto procreativo es «en sí mismo y directamente un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto».

<sup>144</sup> En este sentido, Goig Martínez señala que: «La libertad protegida en el art. 17 CE no es, sin embargo, la libertad general de actuación o derecho de autodeterminación individual —libertad genérica reconocida como valor— sino la libertad física o libertad frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios». Vid. GOIG MARTÍNEZ, J.M., «La libertad y la seguridad», en Sánchez González, S. (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 185.

<sup>145</sup> Sin embargo, el Tribunal Constitucional limita la interpretación del artículo 17 CE a la «libertad física» o «deambulatoria». Se trataría de una manifestación especialmente relevante de la libertad general de autodeterminación individual reconocida en el artículo 1.1 CE. Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Artículo 17.1 CE. El derecho a la libertad», en Casas Baamonde, M.E., y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir.), Pérez Manzano, M., y Borrajo Inieta, I. (coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 366-369.

<sup>146</sup> Vid. FREIXES SANJUAN, T. y REMOTTI, J.C. (1993), *El derecho a la libertad personal*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1993, p. 14.

<sup>147</sup> Vid. DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J. (1993), *Curso de Derecho Constitucional español*, Vol. II, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, p. 65.

<sup>148</sup> Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994), *El derecho a la reproducción humana...*, ob. cit., p. 48.

El segundo fundamento del derecho a la reproducción es el derecho a la intimidad personal y familiar. El Tribunal Constitucional ha manifestado que este derecho reconocido en el artículo 18.1 CE protege «*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana*<sup>149</sup>». De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que este derecho «*garantiza un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en este espacio*<sup>150</sup>». Partiendo de estos antecedentes, Gómez Sánchez argumenta que el derecho a la intimidad personal y familiar protege «*las decisiones del sujeto que afectan a sus relaciones personales con otros, a sus opciones sexuales, a la decisión de contraer o no vínculo matrimonial, y a la procreación; a la decisión sobre reproducirse o no; sobre cuándo procrear y, en su caso, el espaciamiento del nacimiento de los hijos*<sup>151</sup>». Si bien es cierto que la intimidad no se identifica con la opción personal del sujeto —pues ésta, en definitiva, depende de la libertad/autodeterminación del sujeto—, impide las intromisiones ilegítimas en la vida privada y, por ello, «*alcanza a las decisiones y circunstancias que rodean la reproducción humana, ya se produzca ésta por medios naturales, ya se logre por medios artificiales legalmente autorizados*»<sup>152</sup>.

#### 4.3 Autonomía individual y libre desarrollo de la personalidad

El profesor De Lora Deltoro defiende que la actividad de reproducirse se concibe en la actualidad como el ejercicio de una libertad personal<sup>153</sup>. El fundamento de esta autonomía procreativa se encontraría tanto en el libre desarrollo de la personalidad como en la contribución que la reproducción hace al bienestar individual. En este sentido, De Lora mantiene que «el formidable avance la

<sup>149</sup> STC 231/1988, Sala Segunda, de 2 de diciembre, FJ 3.º (Ponente: Luis López Guerra); STC 57/1994, Sala Segunda, de 28 de febrero, FJ 5.º (Ponente: Julio Diego González Campos); STC 70/2002, Sala Primera, de 3 de abril, FJ 10.º (Ponente: Fernando Garrido Falla); STC 233/2005, Sala Segunda, de 26 de septiembre, FJ 4.º (Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez).

<sup>150</sup> STC 134/1999, Sala Primera, de 15 de julio, FJ 5.º (Ponente: María Emilia Casas Baamonde).

<sup>151</sup> Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana...*, ob. cit., p. 54.

<sup>152</sup> *Ibidem.* p. 55.

<sup>153</sup> Vid. DE LORA DELTORO, P. (2006), «¿Qué hay de malo en tener hijos?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, pp. 45-64.

tecnología biosanitarias en el ámbito de la reproducción asistida, así como del conocimiento genético, permite hoy afirmar sin temor a exagerar que, en el mundo desarrollado, nacemos como y cuando queremos<sup>154</sup>». Dado que la decisión de tener hijos se integra dentro de los aspectos que conforman los planes de vida del individuo, el Estado solo puede inmiscuirse en ese ámbito de soberanía individual en circunstancias excepcionales y muy tasadas.

La doctrina considera que la cláusula del libre desarrollo de la personalidad contenida en el artículo 10.1 CE tiene un alcance jurídico pues sirve de principios interpretativo de la Constitución y de las leyes. Según Jiménez Campo<sup>155</sup>, este principio tendría tres proyecciones diferentes. La primera de ellas hace referencia a la máxima *silentium legis libertas civium* según la cual la propia libertad comienza allá donde acaban las prohibiciones legales. Se trataría del llamado «principio general de libertad<sup>156</sup>» que avala una interpretación restrictiva de los límites legales, aun con fundamento constitucional, de la libertad negativa garantizada, también, por cada concreto derecho fundamental. La segunda proyección configura el libre desarrollo de la personalidad como una directriz para la legislación según la cual los debates morales no deben ser transferidos al procedimiento judicial para su resolución, sino abordados de modo deliberativo y con publicidad en el procedimiento legislativo. Y, en tercer lugar, este principio constitucional impondría el respeto de las opciones autorreferentes del sujeto, a no ser que bienes constitucionales expresamente reconocidos consintieran, previa ponderación, tal limitación de la autonomía privada.

La tesis de De Lora se ha acogido —aunque con argumentos *obiter dicta*— por el Tribunal Constitucional al resolver sobre la constitucionalidad del procedimiento para la esterilización de incapaces<sup>157</sup>. La sentencia consideró que este procedimiento afectaba «al derecho fundamental a la integridad física que consagra

<sup>154</sup> *Ibidem.* p. 46.

<sup>155</sup> Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J. (2008), «Artículo 10.1 CE», en Casas Baamonde, M.E., y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir.), Pérez Manzano, M., y Borrajo Inieta, I. (coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 187-189.

<sup>156</sup> STC 83/1984, Pleno, de 24 de julio, FJ 3.º (Ponente: Francisco Rubio Llorente); STC 107/1996, Pleno, de 12 de junio, FJ 9.º (Ponente: Javier Delgado Barrio).

<sup>157</sup> En la actualidad este procedimiento se contempla en el artículo 156, 2.º párrafo, del Código Penal: «Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

*el art. 15 de la Constitución a los deficientes psíquicos concernidos por aquélla, puesto que se trata de una intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativa de sus potencialidades genéticas e impeditiva, por tanto, del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10.1 de la Constitución<sup>158</sup>».*

#### 4.4 Libertad reproductiva y decisiones de los padres sobre selección de embriones

El abogado y doctor en Medicina Fernando Abellán considera que el fundamento del derecho a la reproducción sería la libertad reproductiva entendida «como una libertad de carácter individual o de pareja, mediante la cual los ciudadanos pueden elegir entre distintas opciones procreativas que se les presenten<sup>159</sup>». Las bases morales, por tanto, de este concepto serían, genéricamente, la autonomía personal, su importante aportación al bienestar de los individuos y la igualdad de expectativas y oportunidades que genera entre hombres y mujeres<sup>160</sup>. El punto de partida de esta libertad sería el ejercicio legítimo de una paternidad responsable que desea evitar problemas graves de salud a sus hijos.

A pesar de que este autor no efectúe *strictu sensu* una argumentación jurídica sobre el derecho a la reproducción, entendemos que comparte la postula de Gómez Sánchez y de De Lora. El fundamento giraría en torno al reconocimiento de la libertad personal del individuo (artículos 1.1, 10.1 y 17.1 CE) para adoptar las decisiones que considere adecuadas en el ámbito de la procreación<sup>161</sup>. De igual manera, este autor recuerda la existencia de límites a este derecho para proteger

<sup>158</sup> STC 215/1994, Pleno, de 14 de julio de 1994, FJ 4.º (Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

<sup>159</sup> Vid. ABELLÁN, F. (2006), «Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en el procreación asistida», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 25, p. 23.

<sup>160</sup> Vid. ABELLÁN, F. (2007), *Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia*, Granada, Comares, p. 140.

<sup>161</sup> Según Brock, la libertad reproductiva comprendería un haz de facultades sobre los siguientes aspectos: 1) la opción de procrear, con quién y por qué medios; 2) la decisión de cuándo procrear; 3) la decisión de cuántos hijos tener; 4) la decisión de qué tipo de hijos tener; 4) la decisión de tener o no hijos biológicamente emparentados; y 5) las condiciones sociales necesarias para garantizar una gama razonable de decisiones reproductivas como, por ejemplo, los permisos en el lugar de trabajo, la prohibición de discriminaciones por razón de embarazo o el acceso al diagnóstico y los servicios de consejo genético. Vid. BROCK, D.W. (2002), «La libertad reproductiva y la prevención del daño», en Buchanan, A., Brock, D.W., Daniels, N. y Wikler, D., *Genética y Justicia*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 193-200.

a las generaciones futuras ante actitudes caprichosas de los padres<sup>162</sup>. En este sentido, afirma que la «naturaleza jurídica de los derechos reproductivos tiene que conformarse mediante un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad<sup>163</sup>».

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La introducción de la técnica del «bebé medicamento» en el Derecho español a través de la Ley 14/2006 debe merecer un juicio positivo. Tras su aprobación, nuestro país se situó entre los países europeos más avanzados y más permisivos en materia de reproducción asistida. A pesar de la oposición frontal del Partido Popular a este, lo cierto es que, posteriormente, la normativa no ha sido modificada cuando dicho partido accedió al Gobierno ni tampoco se encuentra impugnada ante el Tribunal Constitucional. Por todo ello, consideramos que se trata de un marco normativo que goza de una aceptación generalizada entre las distintas fuerzas políticas.

A nuestro juicio, la técnica del «bebé medicamento» ha conjugado con acierto los intereses, derechos o valores que, en el caso concreto, tienen relevancia jurídico-constitucional. Veamos, a continuación, el desarrollo argumental en relación con cada uno de los apartados analizados *ut supra*: 1) estatuto jurídico-constitucional del embrión preimplantatorio; 2) derecho a la protección de la salud del hermano enfermo; y 3) derecho a la reproducción de los padres.

Respecto del estatuto jurídico constitucional del embrión *in vitro*, consideramos que los principales problemas que planteaba el «bebé medicamento» eran dos: 1) examinar si la necesidad de constituir un gran número de embriones *in vitro* para el éxito de la técnica podía afectar a la protección efectiva de la vida humana, máxime cuando la mayor parte son desechados por no ser compatibles con el sistema inmunitario del hermano enfermo o por padecer la misma enfermedad hereditaria; y 2) determinar si era constitucional realizar intervenciones diagnósticas sobre el preembrión que no van a redundar en su beneficio directo, sino en el de un tercero.

Nuestra reflexión sobre estas cuestiones permite afirmar que el DGP extensivo es respetuoso con el modelo constitucional de protección de la vida. Res-

<sup>162</sup> En esta misma línea, Gómez Sánchez considera que el derecho a la reproducción no es absoluto, sino que tiene límites derivados del «ejercicio de la propia libertad, de la libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto a los derechos de los demás». *Vid.* GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994), *El derecho a la reproducción humana...*, ob. cit., p. 60.

<sup>163</sup> *Vid.* ABELLÁN, F. (2007), *Selección genética de embriones...*, ob. cit., p. 147.

pecto de la primera cuestión, debemos señalar que la necesidad de producir embriones *in vitro* que, posiblemente, no se utilicen en el procedimiento no vulnera la protección constitucional de la vida por cuanto el legislador ha regulado su criopreservación. En efecto, si la normativa no estableciera alguna solución a los embriones supernumerarios, estaría admitiendo implícitamente que su destino sería la destrucción lo cual constituye, sin duda, una solución más gravosa que la congelación, sabiendo que, en la mayoría de los casos, la pareja no los va a utilizar al haber conseguido su propósito: concebir un «bebé medicamento». Y, en relación con la segunda cuestión, entendemos que la LTRHA de 2006 añade otro interés a tener en cuenta en las intervenciones diagnósticas sobre el embrión: la salud de una tercera persona. Podría pensarse, en principio, que, según la STC 116/1999 la norma sería inconstitucional por rebajar el nivel de protección del embrión y, en consecuencia, del valor de la vida humana. Sin embargo, consideramos que —en caso de haberse interpuesto recurso de inconstitucionalidad— el Tribunal Constitucional hubiera convalidado dicha norma al efectuar una ponderación de los derechos e intereses en conflicto. Es decir, hubiera considerado lícito el procedimiento de DGP extensivo pues —aunque suponga una injerencia en el estatuto del embrión *in vitro*— resulta justificada para la preservación de derechos fundamentales de máxima importancia en nuestro ordenamiento como son el derecho a la protección de la salud y, por tanto, a la vida y a la integridad física del hermano enfermo. No podemos olvidar, por otro lado, que las enfermedades que justifican este procedimiento son especialmente graves, limitan seriamente la calidad de vida del enfermo y, en muchas ocasiones, implican riesgo vital si no se produce a tiempo un trasplante.

Por otro lado, consideramos que, en el razonamiento del Tribunal Constitucional, hubiera tenido relevancia que el DGP con fines terapéuticos se configura como un procedimiento de último recurso, es decir, que se aplica cuando no se encuentra ningún donante compatible en los bancos de sangre de cordón umbilical. Por tanto, la afectación del embrión preimplantatorio solo se produce en un contexto muy delimitado por el legislador: enfermedad grave del hermano y último recurso terapéutico para lograr su curación. Desde un punto de vista sistemático, el Tribunal Constitucional habría valorado que la LTRHA de 2006 ha rebajado el nivel de protección del embrión preimplantatorio al permitir la investigación —y, por tanto, destrucción— de embriones viables con fines científicos. De esta manera, el legislador ha ponderado el estatuto del embrión con el derecho fundamental a la producción y creación científica (artículo 20.1, letra b, CE). Esta posibilidad afianza la idea de que, en el DGP extensivo, la ley ha ponderado los intereses en conflicto y ha otorgado primacía a los derechos fundamentales del hermano enfermo lo que, por otro lado, no supone una vulnera-

ción de lo establecido en la STC 116/1999, sino más bien un examen constitucional distinto adaptado a una técnica novedosa que ni estaba presente ni se intuía en la ley de 1988.

En relación con el derecho a la protección de la salud del hermano enfermo, consideramos que el «bebé medicamento» pretende lograr la máxima realización de este interés jurídicamente protegido. En este sentido, consideramos necesario superar la concepción del derecho a la protección de la salud como un principio rector de la política social y económica (artículo 43 CE) para reivindicar su papel de derecho fundamental debido a la íntima conexión con derechos de máxima relevancia constitucional como la vida, la integridad física y la integridad moral. De igual manera, existe una conexión evidente con el «libre desarrollo de la personalidad» (artículo 10.1 CE) y con el derecho general de libertad (artículo 17.1 CE) pues la enfermedad disminuye la capacidad de una persona para desarrollar su vida de acuerdo a un plan autoescogido. Por tal motivo, entendemos que —si bien el legislador goza de un amplio poder de configuración del contenido del derecho a la asistencia sanitaria— debe garantizarse por los poderes públicos el acceso a tratamientos médicos para mantener las capacidades físicas, emocionales y cognitivas de los ciudadanos lo más próximas a la «normalidad». Se trata, en definitiva, de una aplicación del mandato de los poderes públicos de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y de «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (artículo 9.2 CE). Los argumentos constitucionales citados avalan que el Estado incluya el DGP extensivo dentro de la cartera de prestaciones del Sistema Nacional de Salud. En caso contrario, se estaría produciendo *de facto* —ante las dificultades de las familias para acceder a este tratamiento en un centro privado— una vulneración de derechos de máxima relevancia constitucional. Esta conclusión no impide que el Estado establezca unos criterios de acceso a la técnica basados en las probabilidades de éxito pues, de esta manera, reconcilia la tutela de los derechos del hermano enfermo con la distribución de los limitados recursos económicos que se pueden destinar a la asistencia sanitaria.

Finalmente, en relación con el derecho a la reproducción, consideramos que el DGP extensivo constituye, sin duda, una ampliación del contenido efectivo de la autonomía reproductiva de los padres. En efecto, este procedimiento permite efectuar una selección embrionaria con una finalidad específica y que responde a un determinado proyecto parental. Es cierto que la doctrina ha discutido sobre la existencia de un auténtico derecho a la reproducción en el Derecho español. A nuestro juicio, existen importantes intereses en juego —libertad personal, intimidad, derecho a formar una familia o libre desarrollo de la perso-



nalidad— que justifican un replanteamiento de esta cuestión. Con independencia de las posturas doctrinales, lo cierto es que la legislación española en materia de reproducción asistida ha ampliado el abanico de posibilidades reproductivas de los padres. Lógicamente, ello no supone por sí mismo la configuración constitucional *ex novo* de un nuevo derecho por cuanto —como señalan los Votos particulares a la STC 11/2016— no se puede equiparar el régimen jurídico del CEDH al previsto en la Constitución española en el sentido de deducir automáticamente del derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) un auténtico derecho a fundar una familia mediante el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida. En cualquier caso, la inclusión del DGP extensivo en el Sistema Nacional de Salud permite considerar seriamente la existencia de un derecho a exigir que el Estado dispense esos tratamientos para que los ciudadanos puedan generar descendencia. En cualquier caso, el reconocimiento de este hipotético derecho a la reproducción implica que su ejercicio se ajuste a los parámetros recogidos en la ley. En el caso del DGP extensivo, el legislador —consciente de la trascendencia ética de esta revolución biotecnológica— ha determinado los parámetros que justifican el acceso a la técnica: 1) la selección embrionaria solo se permite para prevenir la transmisión de una enfermedad y examinar la histocompatibilidad del embrión *in vitro*, evitando que el derecho de los padres justifique actitudes caprichosas o deseos perfectivos de los padres; y 2) el control de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida asegura que el derecho de los padres no sobrepasa los límites marcados por la ley. Estos parámetros permiten construir un modelo de «paternidad responsable» en el que coexiste el interés de los padres en buscar una solución terapéutica a su hijo enfermo y el interés de la comunidad en la protección de otros valores. De esta manera, se niega el carácter absoluto del derecho a la reproducción —esto es, a transmitir la vida por cualquier medio y a cualquier precio—, para dar lugar al reconocimiento de un ámbito de inmunidad en el que los padres no pueden verse impedidos en el ejercicio de la «paternidad responsable».

En definitiva, la LTRHA de 2006 ha creado un marco de referencia adecuado al estado actual de la ciencia en el que están presentes y debidamente ponderados los intereses del embrión *in vitro*, del hermano enfermo, de los padres y, en última instancia, de la sociedad. Por tal motivo, consideramos que cualquier modificación legislativa sobre esta materia deberán partir de un examen minucioso de tales intereses pues, en caso contrario, se estaría rompiendo el delicado equilibrio constitucional existente entre ellos.

**Title:**

BORN TO SAVE. A CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE «SAVIOUR SIBLING»

**Summary:**

INTRODUCTION. 2. THE LEGAL AND CONSTITUTIONAL STATUTE OF THE IN VITRO EMBRYO. 2.1 STC 53/1985 of April 11: decriminalisation of the abortion. 2.2 STC 212/1996 of December 19: usage of embryos and fetuses. 2.3 STC 116/1999 of June 17: Assisted Human Reproduction Techniques. 3. THE ILL SIBLING'S PROTECTION HEALTH RIGHT. 3.1 The health right in the Spanish Constitution from 1978. 3.2 The health right: Fundamental right or guiding principle? 4. THE PARENT'S REPRODUCTION RIGHT. 4.1 STC 11/2016, of February 1: Does it extend the content of the right to family privacy? 4.2 Freedom, privacy and right to found a family. 4.3 Individual autonomy and free development of one's personality. 4.4 Reproductive freedom and parents' embryos selection choices. 5. CONCLUSION.

**Resumen:**

La Ley 14/2006, de 14 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español la técnica del «bebé medicamento». Esta revolución biotecnológica permite la creación de un donante *ad hoc* para satisfacer las necesidades terapéuticas de un hermano gravemente enfermo. El objetivo de este trabajo consiste en analizar aquellos derechos, intereses o valores con relevancia constitucional que se ven afectados durante el desarrollo de este proceso científico. A tal efecto, nos centramos en el estatuto jurídico-constitucional del embrión *in vitro*, el derecho a la protección de la salud del hijo enfermo y el derecho a la reproducción de los padres.

**Abstract:**

Law 14/2006 of May 14, on Assisted Human Reproduction Techniques, introduced firstly in the Spanish legal system the technique of the «saviour sibling». This biotechnology revolution allows the creation of an *ad hoc* donor to satisfy the therapeutic needs of a seriously ill sibling. The aim of this work consists of an analysis of the rights, interests or values with constitutional relevance that are concerned during the development of the scientific process. For this purpose, we will focus on the legal and constitutional status of the in

vitro embryo, the ill child's health protection right and the parents' reproduction right.

**Palabras clave:**

«Bebé medicamento», embriones in vitro, derecho a la protección de la salud, libertad reproductiva, ponderación de derechos.

**Key words:**

Saviour sibling, in vitro embryos, health protection right, reproductive autonomy, balancing rights.

