

PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES ANTE LOS AVANCES DE LA GENÉTICA

Pedro CRUZ VILLALÓN

EL título asignado a esta intervención dice ya bastante acerca del terreno en el que se supone debo moverme: los *avances* y las *perspectivas* apuntan a un suelo escasamente firme, el de unas ciencias, las de la genética, y singularmente la genética *humana*, en la que no sólo es que se *progrese*, sino en las que los *avances* se están convirtiendo en un problema. Así, un objetivo constitucional como es la investigación científica a la que se refiere el artículo 44 de nuestra Constitución, y particularmente bienvenida cuando de la «salud pública» se trata (art. 43), está entrando en relaciones conflictivas con otros contenidos de aquélla.

Ante esta evolución que ha adquirido el ritmo vertiginoso que se conoce, se reclaman «perspectivas constitucionales», así, en plural, en estas Jornadas más genéricamente dedicadas a «Genética y Derecho». Derecho, en definitiva, regulación, es una de las categorías básicas con las que la sociedad responde a esta revolución científica y técnica, aunque no sea la única. Una regulación que se busca, de forma ya bastante expresiva, fuera del campo del Derecho, dando lugar a un término característico, la bioética. En realidad, estamos ante una faceta más del derecho de la investigación, quizá en uno de sus campos más críticos.

La Constitución, aparentemente, lo tendría todo: el ámbito de la regulación y el ámbito de la libertad (científica), el de la dignidad y el de la vida, el de la salud y el del bienestar. Hasta tal punto que nuestra Ministra de Sanidad pudo declarar hace pocos días: «La Constitución es el único límite *a priori*». Espero, desde luego, que no, que no sea el único límite *a priori*, como tendremos ocasión de ver. Dejando ahora aparte que en esta materia la Constitución no es sólo límite, e incluso que no es ni siquiera en primer lugar, límite, aunque esa sea la perspectiva que sobre todo destaca en los últimos tiempos.

En todo caso, la Constitución debe *contar* desde el momento en que incorpora categorías tales como dignidad humana, derecho a la vida y a la integridad y derecho a la producción científica y técnica. Más allá de ello, la Constitución debe contar, desde una perspectiva sustantiva, desde el momento en que opera como la autodescripción normativa de la comunidad política.

En el contexto de unas Jornadas jurídicas luso-españolas, creo que lo que procede por mi parte es ilustrar acerca de cómo la Constitución española se ha visto implicada en estos avances de la genética a lo largo de su cuarto de siglo de existencia. En segundo lugar, recordaré cuál es el momento actual y, por fin, trataré

de formular alguna consideración de futuro en el marco de estas llamadas «perspectivas constitucionales».

I. LA BIOMEDICINA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Un texto como el nuestro, de veintiséis años inmutados de antigüedad, no es previsible que diga nada sobre conocimientos y técnicas que son mucho más modernos. A las alturas de 1978, los avances en genética apenas estaban llegando a la especie humana en forma de las técnicas de fecundación artificial. La Constitución, ciertamente, contenía las categorías básicas con las que se enfrentarán estos problemas: dignidad de la persona (10.1) y derechos fundamentales (derecho a la vida, integridad física y moral, no discriminación por razón de raza o sexo, derecho a la producción científica y técnica, derecho a la protección de la salud, fomento de la investigación). Pero, desde luego, nada específico, nada parecido al artículo 3 de la europea Carta de Derechos (CDFUE) de 2000. Es más, las categorías tenían otra funcionalidad, como veremos: dignidad de la persona junto a libre desarrollo de la personalidad, sujetos del derecho a la vida, concepto restringido de «integridad».

En todo caso, lo que interesa destacar es que la biomedicina no estuvo presente como preocupación en la Constitución de 1978. El «todos» con el que se abre el artículo 15 anuncia el debate no resuelto sobre la legitimidad de la despenalización del aborto, pero poco más.

Las novedades empiezan en la II Legislatura (1982-1986), bajo la forma de la Ley Orgánica de incorporación de un artículo 417 *bis* al Código Penal, en el que aparecía como tercer supuesto de despenalización del aborto, llamado el aborto *eugenésico* (1).

Es sintomático que la primera batalla se diera en esta materia, en términos además que van a marcar la escasa jurisprudencia constitucional sobre la materia. Pues el texto aprobado por las Cortes seis años después de la entrada en vigor de la Constitución, en 1985, sería sometido a un control *previo* de constitucionalidad con arreglo al procedimiento de control previo que precisamente sería suprimido en ese mismo año. Dicho proyecto contenía tres supuestos o indicaciones, llamadas terapéutica, ética y eugenésica.

Evidentemente, este último supuesto implicaba una serie de avances en el diagnóstico prenatal de enfermedades congénitas. La despenalización se admite en este supuesto con un planteamiento similar a los otros dos, es decir, la ilegitimidad del derecho de la comunidad a imponer a una mujer y más generalmente a una familia el deber de seguir adelante con un embarazo en condiciones particularmente duras.

(1) «3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada».

La STC 53/1985 abordaría, pues, el control previo del nuevo artículo 417 *bis* del Código Penal (2). Es interesante la argumentación del Tribunal español en esta sentencia en la medida en que reviste su razonamiento justificador de la despenalización de este supuesto con argumentos próximos a lo que solemos llamar la indicación *social* (3).

Pero la STC 53/1985 no es sobre todo importante para nosotros, para la jurisprudencia posterior sobre biomedicina por esta razón, sino en cuanto contiene el sustrato ideológico de las posteriores y más específicas SSTC 212/96 y 113/99, a las que nos referiremos en seguida. Ello es tanto más notable tratándose de una sentencia votada con el voto de calidad de su presidente; por tanto, una sentencia en la que el Pleno del Tribunal se dividió por mitad. Lo que quedó como votos particulares de la mitad perdedora contenía un planteamiento menos exigente en lo que se refería al status de la llamada «vida no nacida». Lo que se afirmó en la sentencia fue el status del *nasciturus*, no como persona y sujeto de derechos fundamentales, pero sí como *bien constitucional* (el valor vida) digno de protección, incluida una exigencia penal (4).

(2) Objeto de comentario por parte de la ponencia española en la Conferencia lusitana de los Tribunales Constitucionales europeos en la primavera de 1987 («sentencia constructiva»). «Justiça constitucional e espécies, conteúdos e efeitos das decisoes sobre a constitucionalidade de normas». Tribunal Constitucional, Lisboa, 1987.

(3) FJ 10: Finalmente, en cuanto al número 3 del mencionado artículo, el término «probable» expresa la idea de razonable presunción de verdad, y responde, como apunta el Abogado del Estado, a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos, sin que en este caso la sustitución de un concepto jurídico indeterminado por otro pudiera contribuir, a juicio de este Tribunal, a una mayor precisión en el supuesto de hecho. Por otra parte, el término «grave» expresa, de un lado, la importancia y profundidad de la tara y, de otro, su permanencia en el tiempo.— FJ 11: c) El núm. 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva...

Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional... En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del artículo 49 de la Constitución —incluido en el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del título I, «De los derechos y deberes fundamentales»— y la protección de la vida del *nasciturus* comprendida en el artículo 15 de la Constitución. En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982 relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización.

(4) FJ 3: El problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso es el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*... 7. En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus*, de acuer-

La III Legislatura (1986-1989) aportará la normativa básica hasta ahora en la materia: la Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Estas normas pretendían reflejar y dar respuesta a los avances que se estaban produciendo en la investigación y, muy en particular, la consolidación de la llamada «fecundación *in vitro*». Ambas leyes fueron recurridas inmediatamente por la minoría parlamentaria, en aquel momento el Partido Popular, vía control abstracto, con argumentos semejantes: Compatibilidad de la manipulación de los gametos y de la fecundación de ovocitos fuera del útero, la posibilidad de embriones «sobrantes», la crioconservación de éstos durante un período de cinco años.

La respuesta del Tribunal Constitucional tardó nada menos que ocho años en llegar en el caso de uno de los recursos, y once en el caso del otro (SSTC 212/1996 y 113/1999). Para entonces, los preembriones conservados en frío ya habían sobrepasado con creces el plazo de cinco años y los avances de la genética empezaban a poner de manifiesto las inmensas posibilidades que se abrían a la llamada medicina regenerativa con el uso de las células madre embrionarias o células troncales.

La cuestión es que el Tribunal Constitucional se limitó a enfrentarse con la «foto fija» por así decir que ofrecían las leyes de 1988, sin dar la menor pista acerca de lo que ya se anunciaban como problemas que iban bastante más allá de la fecundación *in vitro*.

Curiosamente, se resolvió el recurso sobre la segunda de las leyes, la de donación de embriones y fetos, antes que el de la primera, la de reproducción asistida. Esto se debió a un cambio en la modificación del Tribunal que afectó al magistrado ponente de la Ley 35/1988. Pero el enfoque del problema adoptado en 1996 se mantuvo en 1999.

La STC 212/1996, sobre la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, es expresión de una jurisprudencia conservadora, a *la sombra* de la STC 53/1985, once años después. Se trata de una jurisprudencia esencialmente *retrospectiva*, sin alumbrar ningún

do con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental.— 8. Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución.

camino hacia el futuro. Es, por lo demás, coetánea de la «Convención de Oviedo» del Consejo de Europa (5).

La STC 116/1999, sobre la Ley 35/1988, de técnicas de reproducción asistida, viene a su vez a reiterar la actitud y de la doctrina de tres años antes. Cuando ya se conocen las posibilidades de las células madre embrionarias (6).

(5) FJ 3: El artículo 15 CE reconoce, como es sabido, y entre otros, el derecho fundamental de todos a la vida. En relación con este fundamental derecho dictamos en su día una sentencia de innegable trascendencia para la resolución del presente caso, la STC 53/1985, recaída en el entonces recurso previo de inconstitucionalidad sobre el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 *bis* del Código Penal. Es de tener en cuenta, a este respecto, que, como ya se ha señalado, en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del artículo 15 CE. La Ley 42/1988 sólo contempla, pues, y ello en el mayor de los supuestos, a los *nascituri*, siendo respecto de los mismos como debemos examinar las exigencias que para el legislador puedan derivarse a partir del artículo 15 CE.— 5. En este marco, la cuestión relativa a la viabilidad o no de los embriones y fetos humanos cuyo régimen aborda la Ley ocupa lógicamente una posición central y en ella convergen las objeciones efectuadas por los recurrentes en relación con diversos preceptos y, singularmente, con el artículo 5.3 y con la disposición adicional primera, letra *e*). A cuyos efectos conviene comenzar con una consideración de alcance general. La regulación que en la Ley se contiene de la donación y utilización de embriones y fetos humanos parte de un presupuesto fundamental, implícito pero no por ello menos constante, cual es el carácter, cuando menos, no viable de dichos embriones y fetos humanos. «Viable» es adjetivo cuyo significado el diccionario describe como «capaz de vivir». Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como «no viable» hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del artículo 10.1 CE. Son, así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos «un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto» (el art. 15 CE) «fundamento constitucional» (STC 53/1985, fundamento jurídico 5), por más que la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos, como más adelante veremos. La Ley parte, por tanto, de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de *nascituri* toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión «no viables», que nunca van a «nacer», en el sentido de llevar una propia «vida independiente de la madre» (STC 53/1985, fundamento jurídico 5). Puede decirse, así, que la Ley se enfrenta con la realidad de la existencia de embriones y fetos humanos, ya sea muertos o no viables, susceptibles de utilización con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, pretendiendo abordar en todo caso esta realidad de modo acorde con la dignidad de la persona. Las puntuales referencias a fetos humanos viables van todas ellas dirigidas, en principio, a preservar su viabilidad, es decir, a prevenir o evitar que ésta pueda frustrarse.

(6) FJ 7: El examen atento de las expresadas determinaciones legales permite rechazar cualquier vulneración por las mismas de la protección jurídica que, constitucionalmente, se garantiza a los *nascituri*.— FJ 8: ... los preembriones obtenidos por fecundación *in vitro* sólo pueden ser utilizados con fines científicos de experimentación si no son viables y siempre que, con base en los oportunos protocolos experimentales, se acredite que el modelo animal no es apto para alcanzar el fin perseguido, y así lo autorice la competente autoridad administrativa o, por delegación, la Comisión Nacional multidisciplinar.— FJ 9: B) Es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del artículo 15 CE, por cuanto, descartada —incluso por los recurrentes— que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna del artículo 15 CE, el resto de las hipótesis a que se refiere la Ley sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir en los términos precisados por la STC 212/1996.— FJ 11: Como antes indicábamos, de la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número

II. EL MOMENTO PRESENTE

El momento presente, correspondiente, al tercer decenio, está marcado por las células madre embrionarias (medicina regenerativa), el diagnóstico preimplantatorio (como alternativa al aborto eugenésico), la selección (en principio, «negativa», no eugenésica en sentido estricto) y la clonación (excluida la de fines de reproducción).

Dicho muy esquemáticamente, el momento actual está caracterizado, en primer lugar, por el nuevo punto de referencia que supone la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, promulgada el 7 de diciembre de 2000 (7), así como por la reforma del Código Penal (8).

En segundo lugar, aparecen dos tipos de respuesta legislativa ante el interés científico por las células madre embrionarias y la «existencia» de embriones «sobrantes» o «supernumerarios». Así, de una parte, y con la excusa de la presencia de un «hueco normativo»: la Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación *in vitro*. El «vacío normativo» consistiría en que la Ley 35/1988 no había previsto qué hacer con los preembriones una vez transcurridos cinco años. Es interesante señalar cómo la ley andaluza parte de un concepto *ad hoc* de la *viabilidad* (9). La Ley andaluza vería inicialmente suspendida automáticamente su vigencia como consecuencia del recurso interpuesto por el gobierno central frente a la misma (RI 7552/2003); tras el cambio de mayoría en la primavera de 2004 el Gobierno retiró dicho recurso.

La otra respuesta viene representada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, de reforma de la Ley 35/1988, de técnicas de reproducción asistida. Se trata de una ley de los últimos meses de mayoría popular, que no llega a aplicarse por falta de desarrollo normativo, posiblemente acuciada por la legislación auto-

suficiente de preembriones necesario para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando, lo que, desde otra perspectiva, supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes. Así entendida, la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias.— Esta misma finalidad de conservación del material reproductivo es la que explica la asimilación de los preembriones a los gametos, en orden a su puesta a disposición de los bancos correspondientes.

(7) Artículo 3. Derecho a la integridad de la persona. 1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: ... b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas. D) La prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

(8) Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal: Título V del libro II: «Delitos relativos a la manipulación genética»: Artículo 160... 2. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana... 3. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

(9) Artículo 1: «Constituye el objeto de la presente norma regular la investigación... utilizando los preembriones sobrantes de las técnicas de FIV, que, ... se considerarán no viables por haber transcurrido más de cinco años desde su crioconservación».

nómica (10). El objetivo singular de la reforma contenida en esta ley es el de resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes, cuyo destino no está determinado (11).

Por fin, la actual VIII Legislatura, iniciada en 2004 con una mayoría socialista, ha supuesto el desbloqueo final de la investigación con células madre, a partir de la utilización de los preembriones sobrantes, así como la ya referida retirada de recursos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La última evolución viene representada por el Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes. Su relevancia estriba en que da el paso que faltaba para la investigación con embriones «sobrantes». Pocas fechas después de su entrada en vigor comienzan a llegar de laboratorios extranjeros series de células embrionarias. Al mismo tiempo, se anuncia una nueva reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y de una nueva Ley de Investigación en Biomedicina, inclusiva del diagnóstico preimplantatorio y de la selección de embriones (12).

III. LAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES

Como ha escrito Jürgen Habermas en relación con la problemática que nos ocupa: «El mayor peligro para los procesos de autocomprensión política, que, con razón, reclaman tiempo, es la falta de perspectiva. No se puede estar profundizando a cada momento en cuál sea el lugar de la técnica y cuál la necesidad de una regulación, sino que hay que centrarse en la totalidad del proceso» (13).

En España estamos levantando, como se ha visto, los últimos obstáculos a la experimentación con células madre embrionarias. Todavía queda, sin embargo, modificar el enfoque pretendidamente coyuntural de la Ley de 2003. Pero habrá que prestar atención a los términos de la ley que la sustituya. Habrá que abordar la excepcionalidad del uso de los preembriones y acaso a desvincularlo de las incidencias de la reproducción asistida.

Y habrá que abordar, de acuerdo con el resto de los países de nuestro entorno, los temas que están esperando respuesta. Lo que el Tribunal Constitucional español ha declarado en las referidas sentencias de 1996 y 1999 está lejos de haber agotado la problemática. No es cuestión tanto de un cambio de jurisprudencia, pero lo que

(10) Exposición de motivos: «... Además, el Tribunal respalda la interpretación “biológica” del concepto de “viabilidad” del embrión humano apuntada por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida...».

(11) Artículo 4: Se fecundará un máximo de tres ovocitos.– Artículo 11: Preembriones supernumerarios: ... autorización de que sean donados con fines reproductivos como única alternativa.– Disposición final primera: Destino de los preembriones crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley: ... consentimiento para que las estructuras biológicas obtenidas en el momento de la descongelación puedan ser utilizadas con fines de investigación...

(12) El *Boletín de las Cortes Generales* de 13 de mayo de 2005 publicaba, en efecto, el proyecto de ley de técnicas de reproducción asistida.

(13) *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Madrid, 2001, pp. 32-33.

ahí se dice resulta ya insuficiente. En particular, se plantea un desplazamiento del derecho a la vida al valor de dignidad humana, ahora con visos de devenir derecho fundamental él mismo. De otra parte, es claro que la categoría «*nasciturus*» no es la más adecuada para resolver las cuestiones que plantean las células madre embrionarias. No cabe descartar que la minoría popular formule un recurso directo de inconstitucionalidad frente a la anunciada reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, así como a la Ley de Investigación en Biomedicina.

En definitiva, se plantea una tarea de ingeniería constitucional, paralela a la genética, lo que es tanto como decir que se plantea la necesidad de echar mano de las diversas «herramientas» que la Constitución pone a nuestro alcance.

Así, en primer lugar, hay que recurrir a la Constitución como «hornacina» de categorías prestadas, tales como la dignidad de la persona o el libre desarrollo de la personalidad. Las categorías que utiliza la Constitución en su horizonte son, en efecto, categorías en cierto modo *prestadas*: el Derecho constitucional no puede sino hacerse eco de ellas, *reconocerlas* en el sentido más fuerte de la palabra. Al Derecho constitucional poco le corresponde hacer ahí, en términos creativos. Pero tampoco se puede minusvalorar la importancia de situarlas al frente de la Constitución. El horizonte es la categoría dignidad humana, proyectada más allá de los momentos del nacimiento y de la muerte, pero sobre todo más allá del nacimiento. Sirve ante todo frente a fenómenos a los que quepa aplicar el calificativo «cosificación», «objeto», reificación», y «mercancía», por supuesto. De otra parte, la «integridad» como patrimonio no sólo del individuo sino también de la especie humana podría ser un horizonte adecuado frente a la manipulación genética.

En segundo lugar la Constitución está en condiciones de ofrecer lo que podríamos calificar como las «especialidades de la casa»: los dogmas y los procedimientos. La dogmática son los derechos, y así se dice desde hace tiempo (parte «dogmática» de la (Constitución)). Los derechos que muchas veces no son sino prohibiciones o proscripciones dirigidas al poder público, ocasionalmente a los particulares. En nuestro caso a los científicos como *particulares* o, en todo caso, como privados de potestad pública. Por otro lado, están *los procedimientos*: a donde no llega el dogma llega el procedimiento. En este sentido, habría esencialmente dos modos de encarar los avances de la biomedicina, que en parte son complementarios y en parte son alternativos.

Los dogmas son expresivos de la fascinación, la grandeza y la miseria, si se quiere, de las prohibiciones. Baste el ejemplo del artículo 3 CDFUE, con la prohibición de las prácticas eugenésicas y de la clonación para fines reproductivos. En este ámbito baste compartir los planteamientos de Habermas en relación con la «eugenesia liberal», en definitiva, la exportación de la desregulación a la genética.

El *procedimiento*, por su parte, tiene enorme tradición en todo este campo. Es, como se sabe, la alternativa a las indudables dificultades que plantean las decisiones, acaso precipitadas, de principio, el desplazamiento hacia lo procedimental, en forma de garantías en el modo de adopción de decisiones menos definitivas. El procedimiento puede operar en dos niveles o momentos, en el de la regulación y en el de la decisión propiamente dicha. En el momento de la regulación está claro que nos situamos ya en el nivel o momento sub o posconstitucional, en el nivel legislativo al menos.

Un ordenamiento como el español, que dispone de un nivel situado entre la Constitución y la Ley ordinaria, el de la *Ley orgánica*, puede compensar los proble-

mas que da ya el manejo de esta categoría. El problema está en que el Tribunal Constitucional ha rechazado ya que en este caso estemos ante un supuesto de desarrollo de derechos fundamentales o libertades públicas en el sentido del artículo 81 de la Constitución. Pero podría merecer la pena reconsiderar esta jurisprudencia.

Por otra parte, nuestra Constitución contiene la previsión del *referéndum consultivo* para decisiones políticas de especial trascendencia (art. 92). En principio, podría afirmarse que la decisión de permitir a los investigadores el acceso a preembriones humanos, aun para fines legitimados por otros bienes constitucionales, es una decisión política de especial trascendencia. Hace falta sin embargo una cultura política diferente para entender la oportunidad de recurrir a este mecanismo. En este país se tiende a pensar que para eso se paga a los representantes de la soberanía popular, para que aborden estas cuestiones.

En cuanto al procedimiento en la decisión, los diversos Consejos de Ética o Comités de Expertos son acaso el mejor reflejo del momento, en definitiva las decisiones «filtradas» por colectivos diversos, de diversa cualificación.

En tercer lugar, la Constitución ofrece los principios *operativos*: necesidad, proporcionalidad. El recurso a los principios jurídicos generales, en particular el de la proporcionalidad. Sería asimilable la exigencia de la proporcionalidad de las penas. Ausencia de alternativa, etc.

Por fin, la Constitución aporta, cada vez con más frecuencia, el discurso constitucional de los jueces, singularmente los del Tribunal Constitucional en países como los nuestros. No es poca cosa lo que, en un momento dado, puede llegar a proporcionar un gremio de este tipo: el Tribunal Constitucional o, en su caso, una Corte Suprema como una especie de supremo e inapelable «Comité de Ética».

Por fin, *horizonte y herramientas* como descriptores de la aportación de la Constitución al necesario trabajo colectivo de enfrentamiento de este auténtico «reto de la sociedad del siglo XXI», como se le llamado correctamente, implica la correcta identificación de las posibilidades y los límites del derecho y muy en particular de la Constitución a la hora de mantener un enfoque adecuado, acaso una presión constante.

Quisiera finalizar estas someras apreciaciones con una reflexión de nuestro colega de Coimbra, J. J. Gomes Canotilho, formulada al hilo del comentario del precepto que incorpora la garantía de la identidad genética del ser humano a la Constitución portuguesa: «A Constituição nao pode pretender impor valores... aos mundos-sistemas da religiao, da ciencia, da moral. Debe, porém, continuar a aspirar a um papel integrativo e compensador da policontextualidade dos discursos próprios destes mundos. Assim, a Constituição parte de uma premissa universal e universalizável: (a) garantia da dignidade pessoal e isso constituirá nao um *diktat* de valor mas o elemento básico do *diálogo* entre médicos, cientistas, biólogos, teólogos, juristas... Neste sentido... a constituição é o local do *diálogo*, ou seja, o espaço da interactividade entre os vários sistemas sociais... (14).

Creo sinceramente que estas palabras resumen, mucho mejor que lo que yo pueda hacerlo, la vocación integradora de la Constitución. Mi única reserva es que se trata de una vocación que, esencialmente, queremos otorgarle los propios cons-

(14) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002 (6.ª ed.), p. 1438.

titucionalistas, los propios teóricos de la Constitución, y no estoy seguro de que esa aspiración sea igualmente reconocida, no ya por parte de sus destinatarios naturales, esos otros *mundos-sistemas*, sino ni siquiera por los propios ciudadanos. A la postre quizá debamos resignarnos a afirmarnos como uno más de esos *mundos*, en colaboración y tensión con cada uno de ellos. Algo, en definitiva, más modesto, pero quizá más practicable.