

GENÉTICA, INDIVIDUO Y FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara*

«En suma, la Constitución es una ley del Estado, pero actúa como si fuera una norma superior a cualquier norma dictada por un órgano del Estado; en cierto modo, desempeña la función del Derecho natural.»

«El lema de que hoy "veritas, non auctoritas, facit legem" representa una exageración, acaso útil para mostrar la distancia con el Estado de Derecho decimonónico, pero que no se puede aceptar en términos literales. El Derecho sigue siendo, ahora como antes, más el fruto de la voluntad que de la razón, más del poder que de la verdad.»

Luis PRIETO SANCHÍS *Constitucionalismo y positivismo* México D. F., Fontamara, 1997, pp. 35 y 95.

La celebración en Lisboa en octubre de 2019 de la reunión anual de la Cuadrilateral de los Tribunales Constitucionales de Portugal, España, Italia y Francia brindó una interesante oportunidad para transparentar el sustrato antropológico dominante en buena parte de los países europeos. No en vano daba pie a ello la invitación a realizar un balance de lo relativo a la genética, el individuo y la familia en la más elevada jurisprudencia de los citados países.

* Sesión del día 23 de febrero de 2021.

1. La primera incursión del Tribunal Constitucional español en cuestiones relacionadas con la genética data de 1996¹, al ocuparse del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos². Se trata de la ley por la que se abordan las técnicas de reproducción asistida. Reguló, en concreto, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos. El tribunal intervendrá de nuevo tres años después³, para resolver un recurso similar contra la ley de técnicas de reproducción asistida⁴. No deja de resultar significativo que se concediera —desde la aparición de las leyes— siete y once años para culminar tales tareas, preocupado quizá por la celeridad con que se producen las innovaciones derivadas de dichas investigaciones científicas.

La principal consecuencia fue la reapertura del debate relativo al artículo 15 de la Constitución, en lo que se refiere al titular del derecho a la vida. El texto del anteproyecto constitucional entendía que se trataba de «la persona», pero no pocos diputados, preocupados por un posible intento de apoyarse en dicho término para introducir una —entonces inexistente— despenalización del aborto, consiguieron que fuera sustituido por la fórmula alemana: «todos tienen derecho a la vida»⁵. De poco sirvió que el portavoz socialista —tildado en su partido de vaticanista— se erigiera en profeta al afirmar: «desengañense sus señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, "todos" permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la "persona" impide una ley de aborto»⁶.

Ambas resoluciones marcaron el campo de juego, contribuyendo a establecer la relevancia y significado de novedosos términos jurídicos. Así ocurrió en la primera de ellas con el de embrión «no viable»⁷, con el que reconocía eufemísticamente que en la reproducción asistida la existencia de los embriones pasaba a depender de la nuda voluntad de los progenitores, al decidir sobre su transferencia o no a un útero materno. En ese periodo inicial se trataría, según el tribunal, de «embriones o fetos humanos abortados en el sentido más

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 212/1996, de 19 de diciembre.

² Ley 42/1988, de 28 de diciembre.

³ STC 116/1999, de 17 junio.

⁴ Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

⁵ De ello me ocupé, antes de convertirme en julio de 2012 en magistrado del Tribunal Constitucional, en *Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?* Incluido luego en *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Madrid, Rialp, 1994, pp. 21-58.

⁶ Intervención ante el Pleno del Congreso del diputado G. Peces Barba en la sesión del 6 de julio de 1978 -*La Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1989 (2.ª), t. II, p. [2038].

⁷ STC 212/1996, Fundamento Jurídico (en adelante FJ) 6.

profundo de la expresión, es decir, frustrados» como «bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto⁸ fundamento constitucional». Nos encontraríamos así ante «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»⁹. En una reciente información una investigadora dedicada a tales manipulaciones calculaba que llegaría a un 30% el número de embriones que no llegarían a nacer.

Una más temprana sentencia —que dividió al Tribunal Constitucional hasta obligar a desempatar al presidente con su voto de calidad— había establecido que hay seres humanos que no son personas si no superan determinado plazo; aunque luego se esforzara por proteger al *nasciturus* reconociéndolo, no como titular de derechos pero sí como bien jurídico¹⁰. Dicha protección constitucional «implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales»¹¹.

De todos modos la protección de este peculiar *bien jurídico* habría de ser ponderada, en cada caso, con los *derechos* de la madre, sin que cupiera atribuir primacía previa a uno o a otros. Ello convertiría, según buena parte de la doctrina académica, en inconstitucional el sistema de plazos hoy en vigor. Recurrido hace un decenio por un nutrido grupo de diputados, el Gobierno que con su apoyo llegó al poder no actuó en consecuencia, aun gozando de mayoría absoluta en las cámaras. El bienintencionado intento de protección del *nasciturus* ha tropezado con la realidad de que los bienes suelen ser entendidos como cosas, lo que no facilita que en este caso se vea excepcionalmente tratado como sujeto. El tribunal tampoco ha encontrado hasta hoy ocasión adecuada para emitir sentencia al respecto.

Una resolución posterior¹² puso en circulación el ingenioso término «preembrión», destinado a permitir la manipulación *in vitro* de los embriones en plazo equivalente al necesitado *in utero* para la anidación. Veinte años después se han superado ya esos míticos catorce días, manipulando en laboratorio embriones de simios. En cualquier caso, la citada sentencia no consideraba a la ley inconstitucional, argumentando que «en ningún caso permite la experimenta-

⁸ El artículo 15 de la Constitución española (en adelante CE).

⁹ STC 212/1996, FJ 5.

¹⁰ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 7.

¹¹ De ello me ocupé en «Bienes jurídicos o derechos. Ilustración *in vitro*», incluido en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, 2006, pp. 153-177.

¹² La STC 116/1999, de 17 de junio.

ción con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención»¹³.

Más transparente resulta la alusión de la ley a la existencia de «preembriones sobrantes», que se comenta por sí sola. Se intenta presentar tal circunstancia como «un hecho científicamente inevitable» pero es en realidad fruto de la exigencia mercantil de garantizar un porcentaje de éxito deseable para justificar la laboriosa manipulación en curso. Aprovecha no obstante para recordar que «ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, "persona humana", por lo que el hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE) o a la dignidad humana (art. 10.1 CE)»¹⁴.

La consideración de que nada de ello es contrario a la dignidad humana provocó un elocuente voto particular del magistrado Jiménez de Parga. A su juicio, al ser «tronco del árbol de derechos inviolables, germen o núcleo de ellos, la dignidad de la persona es un valor constitucional que exige la máxima protección de los poderes públicos en un Estado de Derecho». No entiende en consecuencia que se niegue al tronco lo que se reconoce a las ramas, al rechazarse que la «dignidad de la persona» del art. 10.1 CE lleve consigo la reserva de ley orgánica, que sí se reconoce a «los derechos inviolables que le son inherentes». Por otra parte, la mayoría reforzada de las leyes orgánicas le parece particularmente obligada al abordarse problemas que requieren amplio consenso parlamentario.

Queda así de relieve el paradójico tratamiento constitucional de la dignidad humana. En el caso español, el artículo 10 CE la presenta como fundamentadora de la protección de los derechos fundamentales, que arrancarían del artículo 14; no cabe en consecuencia invocarla por la vía del recurso de amparo. El problema no se circunscribe a España. Quien fuera vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal de Alemania no encuentra «ningún principio fundamental de ética o derecho que reúna bajo sí aplicaciones casuísticas tan dispares como el de la dignidad humana»; lo que le anima a proponer una «reducción y relativización» de argumentos derivados de ella. De lo contrario —sugiere con aire habermasiano— se convertiría en un proceder que «mata el discurso», al herir de muerte a «la concepción argumentativa que permite reencontrar el valor y el derecho»¹⁵.

¹³ STC 116/1999, FJ 9.

¹⁴ STC 116/1999, FJ 11.

¹⁵ W. HASSEMER *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana* «Ars Interpretandi», 2005 (10), pp. 132, 133 y 130-131.

No han faltado, por otra parte, precisiones competenciales, abundantes en el modelo español de Estado de las Autonomías. Corresponde al Estado, conforme a su competencia en materia de bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), la regulación del régimen de las actividades relacionadas con «la utilización de células y tejidos humanos y los productos elaborados derivados de ellos, cuando están destinados a ser aplicados en el ser humano; actividades que incluyen la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento, distribución, aplicación e investigación clínica»¹⁶.

Terminando este epígrafe, la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas, con la finalidad de identificar a los posibles autores de futuros hechos delictivos, se considera una injerencia en la intimidad personal por su potencial utilización para la obtención de informaciones sensibles, como son el origen étnico y la identificación de relaciones familiares¹⁷.

2. Al no convertirse la persona, con la dimensión de relacionalidad que le reconoce la antropología filosófica, en el centro de gravedad del texto constitucional, minusvalorándose a la vez la relevancia de la dignidad, parece ser el mero individuo el llamado a sustituirla. Esto sin embargo reclama ciertas matizaciones.

En efecto, como resalta una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, «los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia»¹⁸. Es indiscutible que «los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que 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»¹⁹.

Al mismo tiempo —desbordando al individuo— cobran sin embargo dimensión objetiva, porque «son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1 CE). Esta «doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Cons-

¹⁶ STC 22/2012, de 16 de febrero, FJ 4.

¹⁷ STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6.

¹⁸ STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.

¹⁹ STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1.

titudin»²⁰. De acuerdo con él, «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Tal artículo no se beneficia, como vimos, de la protección que brindan los recursos de amparo...

Por lo demás, la dimensión subjetiva de los derechos no llega a implicar, en principio, una mera autodeterminación individual, como pone de relieve el planteamiento por la jurisprudencia constitucional española del artículo 18.1 CE, que «garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»; con reducido alcance si se lo compara con el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce al artículo 8 del Convenio de Roma, sobre el «derecho al respeto a la vida privada y familiar».

No deja de resultar también significativo el nacimiento de un nuevo derecho fundamental, derivado del epígrafe cuarto del mismo artículo 18 CE: el de protección de datos o autodeterminación informativa. Más allá de la dimensión defensiva de un reducido ámbito de privacidad, se configura como derecho de prestación garantizador de una potestad de control del ciudadano sobre sus datos en poder de los poderes públicos²¹.

En todo caso, «la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde solo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental»²².

A partir del año 2000, se ha reconocido en ocasiones a menores de edad la condición de titulares de derechos humanos²³. Así ha ocurrido recientemente, cuando se ha declarado inconstitucional el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, al excluirse a menores de edad con suficiente madurez, entendiendo el Tribunal que esa restricción legal resultaba en esos casos desproporcionada²⁴.

²⁰ STC 25/1981, FJ 5.

²¹ De ello me ocupé en 2008 en el discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*, publicado en Madrid ese mismo año.

²² STC 64/1988, FJ 1.

²³ SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 154/2002, de 18 de julio, FJ 9; 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 5.

²⁴ En la STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 9.

3. El predominio de lo individual no ha dejado de influir en la familia y en su relación con el matrimonio. En el caso español tal situación se había tácitamente anunciado al ocuparse el texto constitucional en artículos diversos del matrimonio (art. 32 CE) y de la familia (art. 39 CE). A ello hay que añadir un curioso proceso extendido en el ámbito europeo: una desjuridificación del matrimonio paradójicamente acompañada de una juridificación de las parejas de hecho²⁵.

De acuerdo con la antropología individualista, que predomina hoy en la interpretación de la realidad familiar, la indisolubilidad y heterosexualidad del matrimonio han sido pronto aspectos sometidos a revisión.

Matrimonio y parejas de hecho son contemplados por el Tribunal Constitucional como distintas «unidades de convivencia»²⁶, que no han de recibir necesariamente el mismo tratamiento jurídico; lo que implicaba inicialmente una protección privilegiada del matrimonio. Mientras el art. 32.1 reconoce al «hombre y la mujer» un derecho constitucional a contraer matrimonio, la unión de hecho *more uxorio* ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un expreso derecho constitucional a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre quienes mantienen una convivencia estable no basada en el matrimonio. Se va observando sin embargo, con posterioridad, una paulatina equiparación de ambas *unidades de convivencia*, con obvia repercusión sobre el concepto de *familia*.

Tales diferencias son tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones. Así ocurre con la pensión de viudedad para quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio. Entrará en juego el margen de libertad del legislador al administrar recursos limitados para atender gran número de necesidades sociales²⁷. El Tribunal no ha considerado inconstitucional que el legislador extienda dicha pensión a las parejas de hecho estables, sin llegar a una plena equiparación²⁸. Exige para ello la previa inscripción registral de la pareja o su constitución en documento público²⁹, así como que sus integrantes no mantengan vínculo matrimonial con otra perso-

²⁵ Al respecto F. D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 57, y demás literatura que he comentado en «El matrimonio natural (Casatoria naturala)», *Revista Romana de Drept Privat-Romanian Review of Private Law*, 2018 (3) pp. 357-371.

²⁶ STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 6 y 74/1997, de 21 de abril, FJ 4, entre otras.

²⁷ STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3.

²⁸ STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 4. Con posterioridad dicho trato se extendió también a las parejas homosexuales.

²⁹ STC 51/2014, de 7 de abril.

na³⁰. Se fija por vía legal a los posibles beneficiarios un límite de ingresos, diferente en función de si existen o no cargas familiares³¹.

El claro avance de la mentalidad individualista se puso aún más de relieve al plantearse el reconocimiento de la posibilidad de matrimonios homosexuales. Aunque no llegara a reconocer la existencia de un derecho constitucional a contraerlos, el Tribunal admite que sea el legislador quien pueda dar entrada al matrimonio entre personas del mismo sexo, incluso equiparándolo al contraído por heterosexuales.

Como es fácil imaginar, la deliberación resultó particularmente polémica, lo que se refleja en los votos particulares presentados por un tercio de los magistrados³². Respecto al artículo 32 CE la sentencia reconoce que «no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera», resaltando que no todo lo que la Constitución no contempla es necesariamente inconstitucional; «pero es claro que lo será lo que prive de todo sentido a lo que sí contempla», apunté en mi voto³³.

Para ello las habituales referencias hidrológicas a fuentes y lagunas jurídicas, se vieron en este caso sustituidas por otra de carácter novedosamente forestal. La Constitución aparece súbitamente como un «árbol vivo» que, «a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad». Personalmente siempre he considerado, por el contrario, que la relevancia y legitimidad de una Constitución deriva más bien de su capacidad para modelar a la sociedad a la que se dirige, tras los procesos de reforma que su propio texto admita. Me temo que despreciarlos puede llevar a imponer globalmente un coyuntural concepto de lo políticamente correcto urdido al margen de las expresas exigencias constitucionales³⁴.

No dejó de influir en este resultado la perplejidad que el propio Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, no ha disimulado, al constatar la inexistencia de un concepto europeo de familia. Sus resoluciones sobre el artículo 8 del Convenio de Roma, comparten un concepto de libertad entendida como drástica autodeterminación individual³⁵. En

³⁰ STC 44/2014, de 7 de abril.

³¹ ATC 167/2017, de 12 de diciembre, con fundamento en la citada STC 41/2013.

³² STC 198/2012, de 6 de diciembre, FJ 9, acompañada de cuatro votos particulares.

³³ STC 198/2012, FFJJ 9, 8 y 12, y epígrafe 3 del voto discrepante que tuve el honor de presentar.

³⁴ Así lo puse de relieve en mi contribución al coloquio internacional organizado en Roma por la Universidad LUMSA en colaboración con la Saint John's University de Nueva York: «Controllo di costituzionalità: tra tradizione e globalizzazione, nel caso spagnolo», *Archivio Giuridico*, Roma 2019 (CLI-2), pp. 235-247.

³⁵ De ello me he ocupado en «El impacto del artículo 8 del Convenio de Roma», en «Sobre la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», *Ideas*, Madrid 2014 (4), pp. 169-178.

este caso, sin embargo, el relevante es el artículo 12 del Convenio: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho». El tribunal europeo reconoce que las palabras del artículo citado «han sido escogidas deliberadamente, lo que, teniendo en cuenta el contexto histórico en el cual el Convenio fue adoptado, lleva a pensar que se refieren al matrimonio entre personas de distinto sexo». Admite, sin embargo, que «no existe consenso total en Europa sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo», para concluir que «el art. 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo»³⁶.

Admitidas, con anterioridad, las técnicas de reproducción asistida, el Tribunal Constitucional considera que no implican un menoscabo de la protección constitucional de la familia. Ha entendido que es «perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal»³⁷. Reconoce, a su vez, que la noción constitucional de familia incluye las relaciones sin descendencia³⁸.

El Tribunal muestra una especial preocupación por evitar, respecto al cuidado de los hijos, que se parta «de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas». Como consecuencia, aunque el descanso por maternidad suele tener mayor alcance que los permisos de paternidad, no se descarta que el legislador pueda ir ampliando los segundos³⁹.

Se resalta que «la finalidad primordial que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad y el correspondiente subsidio económico de la seguridad social es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio». Por el contrario, «el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la seguridad social que se reconocen en nuestro ordenamiento social a partir de 2007 a los padres», tienen una finalidad distinta: «favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos»⁴⁰.

La transcendencia constitucional de la excedencia para el cuidado de hijos menores cobra un especial relieve. Los órganos judiciales han de erradicar

³⁶ Asunto *Schalk y Kopf contra Austria*, de 24 de junio de 2010.

³⁷ STC 116/1999, FJ 13.

³⁸ SSTC 222/1992, de 11 diciembre, FJ 4 y 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5.

³⁹ STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 9.

⁴⁰ STC 111/2018, de 17 de octubre, FJ 5 y 8.

toda discriminación de la mujer, evitando así la violación del art. 14 CE. El juez no puede sin embargo conformarse con que la diferencia de trato en relación con el disfrute de ese derecho tenga en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que —secundando la dimensión promocional del art. 9.2⁴¹— ha de analizar las circunstancias concurrentes en cada caso «de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde»⁴². Tal doctrina es igualmente aplicable a la reducción de jornada para el cuidado de hijos menores⁴³.

Se trata pues de favorecer «medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares»⁴⁴. Cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no es necesario que se consuma la lesión para poder limitar los derechos del progenitor; basta con la existencia de «un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse»⁴⁵. De acuerdo con estos criterios, la restricción temporal de los derechos de visita de un padre transexual, mediando pruebas periciales sobre riesgos relevantes para su hijo menor de edad, no puede ser calificada como un trato discriminatorio del progenitor⁴⁶.

«El régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental», debe adoptarse considerando «la situación más beneficiosa para el niño». En todo caso, si bien «se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, solo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional»⁴⁷.

No han faltado conflictos competenciales, al negarse capacidad reguladora a las comunidades autónomas sin derecho civil propio, como las de Madrid⁴⁸ o Valencia⁴⁹, mientras sí se le reconoce a la comunidad foral de Navarra la posibilidad de «regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho»⁵⁰.

⁴¹ Sobre el particular mis comentarios en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

⁴² STC 203/2000, de 17 de junio, FJ 4.

⁴³ STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 5.

⁴⁴ Con especial referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres -STC 26/2011, de 14 de marzo, FJ 5.

⁴⁵ STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 8.

⁴⁶ STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 8.

⁴⁷ STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 8.

⁴⁸ STC 81/2013, de 11 de abril.

⁴⁹ STC 110/2016, de 9 de junio.

⁵⁰ STC 93/2013, de 11 de abril.

La afirmación del artículo 39.2 CE de que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad» lleva al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad del art. 133 del Código civil, que confiere la acción de reclamación de la filiación, cuando faltara la respectiva posesión de estado, únicamente al hijo durante toda su vida, excluyendo de tal posibilidad al progenitor⁵¹. La aparente contradicción con la previsión legal que garantiza en la reproducción asistida el secreto sobre la identidad del donante de gametos la resuelve el Tribunal, entendiendo que la «Constitución ordena al legislador que ‘posibilite’ la investigación de la paternidad». El derecho a su averiguación quedaría supeditado a la no concurrencia de «causas justificativas que lo desaconsejen»⁵².

En todo caso, «la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores» El demandado podría «legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye»⁵³. En tal caso su negativa no podrá considerarse como una *ficta confessio*, aunque pueda ser valorada por el órgano judicial como un indicio razonable que, en conjunción con el resto de pruebas practicadas, le permita estimar acreditada la filiación que se reclama⁵⁴.

* * *

Valga como conclusión que el predominio de una antropología individualista ha puesto a su servicio el espectacular desarrollo de la biotecnología, aunque a costa de mutilar la herencia de la Modernidad⁵⁵. Muy lejos del intento kantiano, la audacia científica ha atropellado al imperativo categórico, convirtiendo al ser humano en sus primeros estadios de desarrollo en mero instrumento de los más variados deseos esgrimidos como derechos, vaciando de toda vitalidad jurídica a la retórica invocación a la dignidad humana. Sin minusvalorar los puntuales progresos que de ello hayan podido derivar para el trato de la mujer y de los menores, no queda duda de que la familia natural —motejada de tradicional— está siendo la gran sacrificada.

⁵¹ STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5 a 7, reiterada en la STC 52/2006, de 16 de febrero, FJ 2. La STC 41/2017, de 24 de abril, ha realizado la misma declaración de inconstitucionalidad respecto del apartado b) del art. 71 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, aún más rígida, ya que ni siquiera en el caso de existir posesión de estado podrían los progenitores reclamar la declaración de la filiación no matrimonial.

⁵² STC 116/1999, FJ 15.

⁵³ STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3 y 4.

⁵⁴ SSTC 95/1999, de 31 de mayo, FJ 4, y 29/2005, de 14 de febrero, FJ 5.

⁵⁵ Significativa al respecto, dado su confesado agnosticismo, la actitud de J. HABERMAS: *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2002 (4.ª edición ampliada). Lo analicé en «La crítica de la razón tecnológica. Benedicto XVI y Habermas, un paralelismo sostenido», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid 2010 (LXII-87), pp. 435-451.

