

DERECHO A LA VIDA EN TODAS SUS MANIFESTACIONES



EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA PERSPECTIVA
GENERAL DE LA DIGNIDAD HUMANA

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SOBRE EL DERECHO A LA VIDA

LA CONDICION JURÍDICA DEL NASCITURUS

EL DERECHO A LA VIDA DEL DISCAPACITADO

INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA Y TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN HUMANA

CUIDADOS PALIATIVOS Y ENCARNIZAMIENTO
TERAPÉUTICO

¿EXISTE EL DERECHO A LA MUERTE?

EL TESTAMENTO VITAL

LA VALENTÍA DE SER MADRE

**Comisión Deontológica de Juristas
Padres del Colegio Retamar**

DERECHO A LA VIDA
EN TODAS SUS MANIFESTACIONES

COMISIÓN DEONTOLÓGICA DE JURISTAS
PADRES DEL COLEGIO RETAMAR

© Los trabajos pertenecen a sus autores. Queda prohibida su reproducción por cualquier medio sin autorización escrita de los propietarios.

Las opiniones vertidas en esta publicación son de responsabilidad exclusiva de sus autores, y no representan la opinión del Colegio ni de ninguna otra institución.

Edita: Departamento de Publicaciones del Colegio Retamar.
c/ Pajares 22. 28223 Pozuelo de Alarcón (Madrid).
Correo electrónico: publicaciones@retamail.com.
www.retamar.com.

Imprime: Gráficas De Diego. Camino de Hormigueras 180, nave 15. 28031 MADRID

SUMARIO

PRESENTACIÓN	4
I. EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA PERSPECTIVA GENERAL DE LA DIGNIDAD HUMANA	
POR EDUARDO DE URBANO CASTRILLO, MAGISTRADO.....	5
II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA VIDA	
POR JOSÉ LUIS VIADA RUBIO, ABOGADO DEL ESTADO	11
III. LA CONDICION JURÍDICA DEL NASCITURUS	
POR IGNACIO MALDONADO RAMOS, NOTARIO.....	18
IV. EL DERECHO A LA VIDA DEL DISCAPACITADO	
POR MANUEL GERARDO TARRÍO BORJANO, NOTARIO.....	25
V. INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA	
POR JESÚS MANDRI ZÁRATE, ABOGADO.....	32
VI. CUIDADOS PALIATIVOS Y ENCARNIZAMIENTO TERAPEÚTICO	
POR SANTIAGO THOMAS DE CARRANZA, ABOGADO	41
VII. ¿EXISTE EL DERECHO A LA MUERTE?	
POR DAVID MELLADO RAMÍREZ, ABOGADO DEL ESTADO.....	48
VIII. EL TESTAMENTO VITAL	
POR JUAN GIL DE ANTUÑANO FERNÁNDEZ—MONTES, NOTARIO.....	54
IX. LA VALENTÍA DE SER MADRE	
POR MARÍA DOLORES ARMADA MARTÍNEZ DE CAMPOS, FARMACÉUTICA	62

a
l
a
v
i
d
a

PRESENTACIÓN

La Comisión Deontológica de Juristas, Padres del Colegio Retamar, aborda en esta nueva publicación un tema tan esencial para las personas y la sociedad como el derecho a la vida.

Como se puede apreciar internándose a través de los distintos artículos que presentamos, hemos querido tratar el derecho a la vida en todas sus manifestaciones, más allá de la siempre necesaria defensa del no nacido.

La publicación se inicia desde el fundamento de toda vida, la dignidad del ser humano, avanza a través de la doctrina del TC sobre la materia, sigue con el derecho a la vida del no nacido, del discapacitado y del moribundo, no olvida el polémico tema de la vida “creada” en el laboratorio y afronta la posible existencia de un pretendido “derecho a la muerte” y el novedoso testamento vital.

La última aportación, realizada por la única autora no jurista, tiene el valor especial de ser un emotivo alegato de la defensa de ser madre, a partir de experiencias personales.

Como siempre, esperamos que esta nueva aportación, continuadora de las anteriores sobre “Los Derechos Fundamentales”, “El principio de subsidiariedad”, “El trabajo profesional” y “La familia en el siglo XXI”, resulte interesante y proporcione ideas y materia de reflexión para seguir defendiendo el primer y más importante derecho de cualquier ser humano, sean cuales sean sus circunstancias: el derecho a la vida, en todas sus manifestaciones.

Diciembre de 2010

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO
Coordinador

I. EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA PERSPECTIVA GENERAL DE LA DIGNIDAD HUMANA

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO
MAGISTRADO

Cuando decimos que todo ser humano tiene derecho a la vida, lo afirmamos tanto respecto de la persona normal que pasea por la calle como de aquellos que tienen problemas, insuficiencias o deficiencias de cualquier clase, ya se trate de un criminal, un *nasciturus*, un enfermo senil o un incapacitado, pues todos tienen el mismo derecho a vivir.

¿Y en qué fundamentamos tal afirmación? Sencillamente en que todo individuo, por el hecho de serlo, posee una dignidad que es “el valor básico fundamentador de los derechos humanos”.¹

El derecho a la vida, el primero y más importante de todos, porque es el soporte de los demás, encuentra en la “dignidad de la persona” su referente, y por ello, a modo de introducción a la presente obra, resulta imprescindible que profundicemos en tal cuestión.

Ante todo, hay que resaltar que la solución a las

graves encrucijadas en que se encuentra la vida de los seres humanos, en muchas ocasiones, no depende de respuestas legales o de estricta justicia.

Por eso se ha dicho que la dignidad de toda vida humana hace necesario recurrir a “la caridad (que supera la justicia y la completa (pues) la «ciudad del hombre» no se promueve sólo con relaciones de derechos y deberes sino, antes y más aún, con relaciones de gratuidad, de misericordia y de comunión. La caridad manifiesta siempre el amor de Dios también en las relaciones humanas”.²

Pero no resulta indispensable, o mejor, no debería ser que si no se tiene en cuenta este elemento, los conflictos en relación al derecho a la vida, tiendan a acabar del modo más expedito y siempre más fácil: eliminando la vida “problemática”.

La “equidad”, principio jurídico profusamente aplicado por la legislación y los Tribunales en la

1 PÉREZ NUÑO, A.E en “Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución”, pág. 327. Madrid, 1986.

2 BENEDICTO XVI, Encíclica “Caritas in veritate”, 7-7-2009.

actualidad³, exige un trato justo de situaciones que no pueden resolverse con la estricta regla positiva. Antes bien, debe tenerse en cuenta que los principios —con su mayor o menor positividad— iluminan las instituciones y ayudan a buscar la solución justa en cada caso o situación.

Abordemos, por tanto esta cuestión teniendo presente la “relación entre ética de la vida y ética social”, conscientes de que «no puede tener bases sólidas, una sociedad que —mientras afirma valores como la dignidad de la persona, la justicia y la paz— se contradice radicalmente aceptando y tolerando las más variadas formas de menosprecio y violación de la vida humana, sobre todo si es débil y marginada». ⁴

¿QUÉ ES LA DIGNIDAD HUMANA?

La dificultad de dar un concepto de “dignidad” es evidente. Si acaso todos coincidiremos en que se trata de algo muy importante, esencial de toda persona —o mejor, de todo ser humano—, que podríamos considerar como una “cualidad consustancial” que se posee por el mero hecho de pertenecer al género humano.

Nuestro Tribunal Constitucional la definió en la STC 53/1985, de 11 de abril, como 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”.

Se trata de una cualidad que supone reconocer a todo hombre su condición de sujeto y no de objeto, lo cual implica que no puede ser instrumentalizado o utilizado para determinados fines impropios de su condición.

Su base se encuentra en los mismos “fundamentos antropológicos” de todo ser humano, no en el Estado o en los poderes públicos, sino “en el hombre

3 SANTAMARÍA PASTOR director de “Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo”, La Ley, 2011.

4 Id. núm. 5

mismo y en Dios su Creador”⁵.

Como raíz de los derechos humanos que es, la dignidad es anterior a su reconocimiento por las Cartas o Declaraciones de derechos fundamentales y supone el camino o vía que permite el afianzamiento de la personalidad y el ejercicio de tales derechos.

Pues bien, de todos ellos, como puede verse gráficamente en la Constitución Española de 1978, el primer derecho que encabeza el resto de derechos fundamentales es, en expresión difícilmente mejorable, “el derecho a la vida desde su concepción hasta su conclusión natural”⁶ lo cual comporta la ilicitud de toda muerte no natural, ya se llame eutanasia, aborto, suicidio, etc.

IMPORTANCIA

Para destacar la trascendencia que tiene la dignidad humana, vamos a incluir algunos textos que lo ponen de manifiesto:

* “la ley natural no es un Código de reglas precisas que se deban transformar en leyes, sino unos principios mínimos que constituyen el núcleo fuerte en las normas legales, y uno de ellos es precisamente la dignidad humana. La fe cristiana puede dar una explicación trascendente de la dignidad humana, que se deriva de que el hombre es imagen de Dios. Si falta el fundamento trascendente de la dignidad humana, ésta se hace manipulable”⁷.

* “el hombre no puede ser tratado como un simple medio, sino siempre, a la vez, como un fin (...) y en ello precisamente estriba su dignidad”⁸.

* La Iglesia “enseña a respetar la verdadera dignidad de la persona, que es criatura de Dios (... por eso) “ningún hombre puede decidir arbitrariamente entre vivir o morir... sólo es dueño absoluto de esta

5 JUAN XXIII, Carta Encíclica “Pacem in Terris”, 1963

6 JUAN PABLO II, Carta Encíclica “Evangelium Vitae”, 1995

7 SCHLAG, Martin en Entrevista en ACEPRENSA, 16-6-2010.

8 KANT, Emmanuel en “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” Traducción García Morente, 2003.

decisión el Creador, en quien vivimos, nos movemos y existimos”⁹

* “el hombre es un fin en sí mismo, dotado de una nobleza y dignidad intrínsecas”.

“Toda persona es radicalmente irremplazable pues aporta al universo una contribución única e irrepetible”.

“La idea de singularidad hace que cada persona sea más importante que su género porque es creada a imagen de Dios”.¹⁰

De los sencillos textos transcritos queda claro que la dignidad humana se asienta en la singularidad de cada ser humano, cada uno de los cuales constituimos un fin en sí mismo y no un objeto, pues esta segunda consideración acarrea la posibilidad de su manipulación, esto es, de su tratamiento como un objeto al que se puede, en lo que aquí interesa, matar por las razones que se estimen convenientes.

El fundamento de la dignidad humana se ro bustece si se afirma que es una criatura de Dios, y su superioridad, como ha sostenido algún autor, se basa en una razón tan fácil de entender como que “la persona es la más digna de todas las de la naturaleza pues se trata de una naturaleza constitutivamente intelectual”¹¹.

La idea de que cada persona tiene una personalidad –particularidad- que la hace única e irrepetible, supone que ante ella se abre su propio camino, fruto de su propia vida y que a ella le corresponde recorrer, desde el respeto y protección que merece, precisamente por el hecho de poseer una dignidad.

De ahí que entre las máximas jurisprudenciales acuñadas por los Tribunales para ayudar a esclarecer su sentido y operatividad, se haya dicho que ante todo,

significa “la no instrumentalización de la persona”, como estableciera por primera vez la STC 53/1985, FJ 11, en cuya sentencia se añade “ la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo.”

La lección que se extrae de este fragmento de la sentencia del Tribunal Constitucional citada es nítida. No es que usar a un ser humano como objeto sea inmoral, es que es antijurídico, de ahí que el derecho fundamental a la dignidad de la persona sea algo irrenunciable y que pueda alcanzar proyección universal, tal como dijera la STC 91/2000, de 30 de marzo.

Por tal razón se insiste, se recomienda “obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”.¹²

Y es que con la defensa de la dignidad se defienden los bienes más elevados de la persona, en particular y en el contexto cultural actual, implica defender su derecho al matrimonio y a formar una familia, educar a sus hijos y a ejercer las demás libertades, entre las que destacan la libertad ideológica y de religión, sin duda los aspectos más consustanciales a la esfera más íntima de todo ser humano.

En definitiva, la trascendencia jurídica de la idea de “dignidad humana” radica en una doble afirmación:

9 JUAN PABLO II en “Discurso a los participantes de la V Asamblea General de la Academia Pontificia para la vida”, 27-2-1999.

10 MELENDO GRANADOS, Tomás en “La dignidad del trabajo”, Editorial Rialp. Del mismo autor, pueden consultarse: “Dignidad: ¿una palabra vacía?”, Eunsu, 1996

11 SANTO TOMÁS en “De Potentia”, 99, a, 3c. Traducción de Angel Luis González y Enrique Moros. Cuadernos de Anuario Filosófico, de la Universidad de Navarra. Pamplona, 2001.

12 “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, pág. 67, traducción de GARCÍA MORENTE, M, cit. por Javier JIMÉNEZ CAMPO en “Comentarios a la Constitución española”, GARCÍA MORENTE, M Fundación Wolters Kluwer, 2009, directores Casas/Rodríguez Piñero.

a) constituye el presupuesto del desarrollo de la personalidad de cada individuo

b) supone el reconocimiento, sin interferencias externas, de la autodeterminación de las posibilidades de actuación de cada ser humano.

Como se comprende, toda acción del Estado o de un particular que incida en una vida ajena, en el sentido de lesionarla o aniquilarla, aunque la ley lo permita o porque se manejen argumentos como que no está en condiciones de autodeterminarse —así el *nasciturus* o el incapaz—, es inadmisibles. Y ello porque de ese modo se aniquila precisamente esa capacidad de actuación y de futuro que todo ser humano tiene, por el simple hecho de serlo.

IDEAS FINALES

Una de las razones que explican muchos de los problemas actuales, en particular en relación al derecho a la vida, es lo que Benedicto XVI ha llamado “el vacío de las almas que ya no tienen conciencia de la dignidad y del rumbo del hombre”¹³, lo que conlleva que se produzcan tantos abusos en esta materia.

De ese modo, se vive un individualismo depredador del otro, olvidando que no cabe invocar justicia y libertad si no se respeta al semejante. Individualismo generado por el relativismo ético que impone, sin debate, un utilitarismo que de relativo no tiene nada: tanto tienes, tanto vales y si no vales, no sirves para nada y eres prescindible.

Ciertamente no existen derechos absolutos pero eso no significa que puedan negarse de modo radical o completo. Sólo cabe su modulación, en función de intereses generales o por la necesidad de reconocer otros derechos con los que eventualmente se produce una colisión. Pero no puede reconocerse la legitimidad intrínseca a un supuesto derecho a negarlos.

De ahí que leyes que permiten dejar sin protección alguna al derecho a la vida impliquen un

ataque frontal a la dignidad del ser humano.¹⁴

Y consecuencia de ello es la gravedad que revisten los ataques a la dignidad de la persona humana desde su concepción hasta su muerte natural, por parte de aquellos que defienden, entre otros, la eutanasia o la despenalización del aborto, en especial por “aquellos que tienen el encargo sagrado de su protección: la madre, el médico y el Estado”.¹⁵

De ahí la necesidad de defender una “cultura de la vida” a la que se refirió el Papa Juan Pablo II¹⁶, al abogar por “realizar un cambio cultural” a modo de “gran estrategia a favor de la vida” a fin de que todos juntos, a través de una movilización general de las conciencias y un “común esfuerzo ético”, construyamos “una nueva cultura de la vida”.

Dicha tarea, en la que es fundamental la familia y la escuela, debe unir vida y libertad para que a la luz de la razón se promueva “un Estado humano” que reconozca, como su deber primario, la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente de los más débiles”.

Y es que —seguía diciendo JP II— “no puede haber verdadera democracia, si no se reconoce la dignidad de cada persona y no se respetan sus derechos”¹⁷.

Por otro lado, en 1993, algunos representantes del Parlamento de las Religiones del Mundo¹⁸, hicieron pública una “Declaración para una ética

14 Es lo que sucede con la Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 3 de marzo de 2010, que permite el aborto libre durante las 14 primeras semanas de gestación.

15 Subcomisión Episcopal para la familia y Defensa de la Vida: “La verdadera justicia: proteger la vida de quienes van a nacer y ayudar a las madres”, 7-11-2009.

16 JP II, Encíclica “*Evangelium Vitae*”, 25-3-1995, núm. 47.

17 Id. núm. 101

18 Organización internacional no gubernamental de diálogo interreligioso y ecuménico, creada en Chicago en 1893, y que desde 1993 cuenta con un Consejo que organiza congresos, siendo los últimos los de 2004 (Chile), 2007 (México) y 2009 (Melbourne, Australia)

13 BENEDICTO XVI, en la Homilía en la Misa de inicio del ministerio petrino, 24-4-2005.

planetaria”, en la cual se afirma: “existe ya entre las religiones un consenso susceptible de fundamentar una ética planetaria; un consenso mínimo que hace referencia a valores obligatorios, normas irrevocables y tendencias morales esenciales”.

Dicha Declaración, contiene cuatro principios:

1º) Ningún orden nuevo en el mundo sin una ética mundial.

2º) Cada persona humana debe ser tratada humanamente. Tomar en consideración la dignidad humana se considera un fin en sí mismo.

3º) Las cuatro directrices morales irrevocables son: la no-violencia y el respeto a la vida; la solidaridad; tolerancia y verdad; e igualdad del hombre y la mujer.

4º) Es necesario un cambio de mentalidad a fin de que cada uno tome conciencia de la propia y apremiante responsabilidad. Y es deber de las religiones cultivar tal responsabilidad, profundizar en ella y transmitirla a las generaciones futuras.

Pero ha de quedar claro que dicho “consenso” puede servir de procedimiento para acabar con las injusticias pero no sustituye a “lo justo”, que es una categoría independiente de que se alcance o no tal consenso.

Los distintos trabajos que componen esta publicación pretenden abordar el derecho a la vida desde todas o al menos, desde sus manifestaciones más importantes: el *nasciturus*, la vida en el laboratorio, la vida del discapacitado, la eutanasia. . .

Y todo ello con un mismo hilo conductor: la afirmación de que la dignidad del ser humano, constituye el sustrato de una verdadera defensa de la vida.

Derecho a la vida de todos, nacidos y por nacer, hombres y mujeres, jóvenes y ancianos, sanos y enfermos, personas con calidad de vida y con dificultades de todo tipo. . .

Y como se verá, no cabe confundir “vida digna” con “vida de calidad” en el sentido estrictamente material. Pues ni el confort se alcanza siempre por todos, ni es el parámetro para decidir quien debe vivir y quien no.

Por eso, la presente publicación quiere subrayar que el fin nunca justifica los medios y que ir contra la ley natural es gravemente inmoral aunque una ley positiva pueda autorizar la muerte de un inocente. Es más, se trata de una conducta antijurídica porque lo injusto no depende de que haya una ley positiva que así lo establezca.

La Justicia, recuérdese, es superior al Derecho, pues consiste en dar a cada uno lo suyo, por lo que negar un derecho tan trascendental, puede ser legal, en algún caso, pero nunca será justo.

En realidad, las relaciones entre el Derecho y la Justicia son unas relaciones en dos direcciones: el derecho debe llevar a la Justicia y ésta, como anterior al derecho, debe propiciar que la ley sea justa.

Y ese tratamiento justo de tan importante asunto hay que considerarlo a la luz de su trascendencia y verdadera dimensión, pues “La apertura a la vida está en el centro del verdadero desarrollo. Cuando una sociedad se encamina hacia la negación y la supresión de la vida, acaba por no encontrar la motivación y la energía necesaria para esforzarse en el servicio del verdadero bien del hombre. Si se pierde la sensibilidad personal y social para acoger una nueva vida, también se marchitan otras formas de acogida provechosas para la vida social. La acogida de la vida forja las energías morales y capacita para la ayuda recíproca. Fomentando la apertura a la vida, los pueblos ricos pueden comprender mejor las necesidades de los que son pobres, evitar el empleo de ingentes recursos económicos e intelectuales para satisfacer deseos egoístas entre los propios ciudadanos y promover, por el contrario, buenas actuaciones en la perspectiva de una producción moralmente sana y solidaria, en el respeto del derecho fundamental de cada pueblo y cada persona a la vida”.¹⁹

Sin duda, pueden parecer palabras ambiciosas e incluso idealistas, pero es que hay que tener ideales y pelear por hacerlos realidad, no resignándose a dejarse llevar ante otros enfoques tan “prácticos”

19 BENEDICTO XVI, Encíclica “Caritas in veritate”, 7-7-2009. núm. 28.

como contrarios a la dignidad del ser humano. La Justicia es un *desideratum* en eterna búsqueda pero está presente, pues hay instrumentos legales para ello, en el ordenamiento jurídico.

D
e
r
e
c
h
o

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA VIDA

JOSÉ LUIS VIADA RUBIO

ABOGADO DEL ESTADO

ENCUADRAMIENTO TEMPORAL DE ESTE ARTÍCULO

Como idea preliminar, es preciso tener en cuenta que un estudio o comentario acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida, escrito durante el mes de septiembre de 2010, resulta necesariamente incompleto, al hallarse todavía pendientes de resolución los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Partido Popular y por el Gobierno de Navarra contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3, de marzo, de *salud sexual reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo*.

Es verdad que no es sólo en una sentencia que versa sobre el aborto la sede exclusiva o el único vehículo por el que el Tribunal Constitucional expresa su doctrina sobre el derecho fundamental a la vida. Pero, a la vez, no puede ponerse en duda que en dicha clase de sentencia se produce, precisamente por su objeto, esa afectación esencial, sea

cual sea la posición de partida, doctrinal y jurídica, que pueda ser mantenida por unos y otros.

A estas fechas, no obstante, ha sido emitido ya por el Pleno del Tribunal Constitucional el Auto de 14 de julio de 2010, que desestima la petición de los recurrentes de suspensión provisional de la aplicación de la ley mencionada, objeto de recurso. Pero ese Auto de denegación de medida cautelar no realiza aportación apreciable, en la medida en que la desestimación efectuada se basa en la exclusiva razón formal de la falta de previsión, tanto en la Ley Orgánica 2/1979, de 3, de octubre, del Tribunal Constitucional, como en la Constitución misma, de cauce procesal específico al efecto para que el TC pueda suspender provisionalmente, en cualquier caso, una ley emanada de las Cortes Generales.

Así, al no esgrimir el Auto razones de fondo, no resulta aprovechable ese pronunciamiento incidental para el estudio —siquiera sea breve, como este— de la doctrina del TC sobre el derecho a la vida. Todo lo más, quizá, entender, como apreciación externa,

a
l
a
v
i
d
a

que el sólo hecho de resolver el Tribunal esa solicitud ateniéndose a criterios puramente de procedimiento supone ya de modo implícito un desdén hacia la relevancia misma del derecho a la vida, no sólo como derecho fundamental que es, sino precisamente en su configuración como derecho “ontológico” o “troncal”, como derecho “sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”; es decir, como derecho que informa la esencia misma de todo el sistema jurídico de reconocimiento y protección constitucional de los derechos fundamentales de la persona, según el propio Tribunal ha declarado de modo categórico con ocasión de la emisión de algunas (sólo de algunas; no en el caso en que, como en las sentencias relativas al enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional de las normas reguladoras de las técnicas de reproducción asistida, ha necesitado desarrollar unos postulados ciertamente relativistas: SSTC 212/1996 y 116/1999) de las sentencias que han versado de manera central sobre ese derecho y sobre la integridad física y moral de la persona humana (así, SsTC, 53/1985, 120/1990, 137/1990, 11/1991, 166/1996, ó 154/2002). Si bien, en algunos otros pronunciamientos, y a la ahora de valorar situaciones en las que inciden aspectos de legalidad ordinaria (p.ej., realización de aborto por persona de nacionalidad española en país extranjero, en un supuesto tipificado en el Código penal español, pero permitido con arreglo a la legislación del país de comisión, STC 75/1984; o de posible concurrencia en un caso determinado de eximente de estado de necesidad; STC 70/1985), no ha manifestado, en cambio, el Tribunal, una especial relevancia, al menos de modo explícito, en cuanto a la consideración del derecho a la vida dentro del catálogo general de los derechos fundamentales.

ASPECTOS GENERALES DEL CONTENIDO DE LA DOCTRINA LEGAL DEL TC

La doctrina del TC sobre el derecho a la vida podría extraerse, en su aproximación fundamental, tanto de los considerandos expuestos en una senten-

cia como la que resolvió el entonces recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de Ley Orgánica de modificación del artículo 417 bis del Código penal de 1973, de despenalización del aborto en determinados supuestos (STC 53/1985, de 11 de abril), como también de las sentencias que enjuiciaron desde la perspectiva jurídico-constitucional la potestad de la Administración pública en orden a alimentar de manera forzosa a quien estando en *huelga de hambre* se niega a tomar alimento hasta el final (SsTC 120 y 137 de 1990, y 11/1991), o a dispensar el tratamiento adecuado frente a negativas injustificadas (STC 166/1996), o sobre prestación de asistencia médica forzosa a un menor de edad —transfusión de sangre— frente a la negativa de sus padres a la práctica de la misma por razones de creencias religiosas (STC 154/2002). Grupos de sentencias favorables al reconocimiento de dicha potestad administrativa en defensa de la vida, si bien vaya por delante que tanto el reconocimiento mismo, en sí, del derecho a la vida, como el correlativo deber a cargo del Estado en orden a su protección, aparecen sin duda dotados de un carácter más incondicionado en estos últimos pronunciamientos, sobre alimentación forzosa o tratamiento médico adecuado, que, en concreto, en la sentencia constitucional que enjuició el proyecto de ley de despenalización del aborto.

No voy, no obstante, a realizar un análisis exhaustivo de lo que es o ha sido la doctrina del TC en esos concretos supuestos, labor que excedería del alcance de este artículo, sino extraer de ellos, de modo sucinto, un mínimo común sobre la cuestión que nos ocupa.

En este sentido, la doctrina del TC sobre el derecho fundamental a la vida creo que puede sintetizarse en los siguientes postulados principales:

1º) La vida humana en sí misma constituye un bien constitucionalmente protegido al mayor nivel. El Tribunal declara que la vida viene a ser como el germen o núcleo de los demás derechos fundamentales que a la persona humana le son inherentes, y que el reconocimiento constitucional de su protección supone la *“proyección de un valor superior del*

ordenamiento jurídico constitucional”. Que el derecho a la vida es en sí mismo un “*derecho fundamental esencial, en cuanto supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible*” (Fjº 3 de la Sent. 53/1985, citada, que enjuició el ajuste a la Constitución de los supuestos de despenalización del aborto). Añade que la vida “*es un proceso complejo, que comienza con la gestación. . . y que termina con la muerte*” (FJ 5º de la misma). Ello lleva necesariamente a reconocer y declarar que el alcance del deber del Estado de proteger la vida no se extiende sólo al plano meramente negativo de no atentar o vulnerar el derecho, sino que posee un alcance de exigencia positiva: de haber de adoptar eventualmente las medidas incluso coercitivas de defensa, y dirigidas de modo directo a la protección del derecho a la vida y de la vida en sí misma como bien superior.

2º) Que derivado también de lo anterior, el término “*todos*” de la declaración “*todos tienen derecho a la vida. . .*”, enunciada de modo inequívoco por el artículo 15 de la Constitución, comprende en el plano objetivo de la protección constitucional también al no nacido, como tal sujeto con vida humana que es. Reconocimiento coherente, sin duda, con su propio pronunciamiento en orden a que la gestación genera “*un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta*” (mismo F.j. 5º de la STC 53/85, citada).

Sin embargo —y aquí está la falla esencial en su argumentación—, a la vez que efectúa el TC ese reconocimiento indiscutible, declara también, sorprendentemente, que en todo caso el alcance de esa manifestación no comprende la configuración de un derecho subjetivo a la vida (e integridad física, por tanto); derecho que —entiende el Tribunal— no se predicaría exactamente del *nasciturus*.

La protección de la vida del concebido, no abarca, al menos a nivel de atribución constitucional, dice el Tribunal, a un hipotético derecho del no nacido, es decir, no comprende en su ámbito una supuesta atribución de la titularidad subjetiva de dicho derecho. La protección de la vida misma del no nacido,

de su vida biológica como valor fundamental, queda confiada, así, al plano puramente objetivo de su consideración como bien jurídico (que no *derecho* exactamente) constitucionalmente protegido; como objeto o circunstancia conveniente: la vida humana como fenómeno, como hecho biológico, en abstracto o genéricamente considerado. Y para ello el Tribunal no ofrece una argumentación doctrinal profunda, como hubiera merecido ese brusco giro argumental y esa discriminación teórica, sino, en realidad, la sola referencia al contenido de las actas que en su día documentaron los debates habidos en el seno del poder constituyente en el momento de la redacción del texto constitucional: “*..el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental*” (Fj 5º, citado), sin otra posible y argumentada confrontación doctrinal.

Y es ese ámbito contradictorio, o cuando menos confuso, de reconocimiento de la existencia de un deber del Estado de protección de la vida en todo caso pero sin que el no nacido pueda, a la vez, como consecuencia de ello, invocar un derecho subjetivo propio, el que tristemente se convierte en el campo o plano conceptual específico en cuyo seno se desarrollan dialécticamente todos los fundamentos de la sentencia 53/85. Constituye esa aseveración (“*.. 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. . .*”; F. jur. 7º), de nuevo sin debate contrario en el plano jurídico-doctrinal, el punto de apoyo o vértice en el que descansa toda la base argumental de la sentencia: la auténtica clave de bóveda y fundamento doctrinal del fallo de la misma.

La principal conclusión que se extrae de esta apreciación es sin lugar a dudas la del **carácter relativista** de la doctrina del TC sobre el derecho a la vida en general. Efectivamente: “*si —como afirma— la gestación genera un tertium existencialmente distinto de la madre*”, no puede, en coherencia, despojar al mismo tiempo al *nasciturus*

a
l
a
v
i
d
a

de la atribución de una titularidad del derecho subjetivo, ni entender esa titularidad como no incluida en la locución “todos” del artículo 15.

Ni cabe, creo, tampoco sostener –como afirmó uno de los votos particulares- que con esa expresión, supuestamente abierta, el constituyente dejó conscientemente sin resolver el problema acerca del tratamiento jurídico-penal del aborto. Desde el momento que por la misma sentencia constitucional se reconoce, como no puede ser de otro modo, que el concebido y no nacido es un individuo (un *tertium*) distinto de la madre, y que se halla protegido por el art. 15 de la Constitución, entonces ese plural expresivo no puede, por fuerza, tener otra interpretación, gramatical incluso, que referido al conjunto universal de todos los seres humanos vivientes en acto. Creo que habría sido al revés: para haber dejado abierta la cuestión y sin predeterminedar el tratamiento jurídico penal del aborto, habría que haber hecho, en realidad y de modo inexcusable, una salvedad explícita al término omnicompreensivo “todos”, sentado como fue que se declaró al nasciturus como tercero, con vida humana distinta de la madre.

Cierto que analizada la doctrina constitucional en el tiempo, ese carácter relativista puede tener que ver, en un alto grado de probabilidad, con la perspectiva del enjuiciamiento a que el Tribunal se vería llamado a efectuar sobre las normas que en su momento habrían de regular las denominadas técnicas de reproducción asistida, pronunciamientos (SsTC, al principio referidas, 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio) ciertamente en línea doctrinal con ese carácter subordinado y ambiguo, de lo que, en cambio, se califica en otros momentos de “troncal y ontológico”.

3º) Sí que queda, en cambio, más sólidamente asentada la posición interpretativa del Tribunal Constitucional al relacionar en otros pronunciamientos, en distintas sentencias, el deber positivo del Estado de defender la vida con la negativa a reconocer jurídicamente la existencia de un supuesto derecho del individuo a disponer de su propia vida o integridad física; es decir, la incompatibilidad entre

la regulación fundamental sobre la vida humana, contenida en el texto constitucional, con lo que sería un hipotético “derecho al suicidio”, que el Tribunal declara no existir desde perspectiva alguna posible (SsTC 120/1997, 137/1990, 11/1991, 154/2002).

De ahí deduce, de modo coherente con su propia argumentación, que no es posible calificar como decisión contraria al artículo 15 de la Constitución, la que pueda adoptar la Administración autorizando una asistencia médica a suministrar o aplicar de manera coactiva el tratamiento vital indispensable (víd. sentencias constitucionales citadas) cuando la conducta del afectado consista en una negativa a recibir esa asistencia vital y tuviera por finalidad la consecución de objetivos ilícitos, pues esa negativa situaría al Estado, de forma arbitraria, ante el injusto de modificar una ley, una sentencia judicial o una decisión administrativa legítimamente adoptadas, o de lo contrario contemplar pasivamente la muerte o el daño físico o psíquico de la persona actuante, cuya vida, como tal vida humana que es, está aquel inexcusable y legítimamente obligado a preservar y proteger.

E incluso al margen de finalidades explícitas que claramente no estén amparadas por el ordenamiento, no obstante tampoco resultaría ser un fundamento constitucional suficiente el reconocimiento y protección que la Constitución dispensa a la libertad de ideología, religión y creencias (art. 16 de la CE) para rechazar una atención médica vital respecto de un menor de edad por parte de sus padres o de las personas a cuya tutela o protección estuviera aquel legalmente confiado, basada que hubiera sido la negativa, como digo, en la invocación, o en el pretendido amparo, de ese derecho fundamental (STC 154/2002), con independencia de que, en reconocimiento a su derecho a la libertad religiosa, tampoco tuvieran la obligación de manifestar su consentimiento al tratamiento, bastando con que no se opusieran activamente al mismo.

Consideraciones correctas, por tanto; despojada como la encontramos aquí, en cambio, a la doctrina del Tribunal Constitucional, del relativismo que

manifiesta, por el contrario, a la hora de efectuar sus valoraciones respecto de la vida del no nacido.

4º) También como criterio o postulado general, el Tribunal afirma —y también aquí con razón, en el plano teórico— que el derecho a la vida, o ésta como valor en sí constitucionalmente protegido, al igual que sucede y así se predica de los demás derechos fundamentales o valores constitucionales, no tiene un carácter absoluto. Que en determinados casos o circunstancias, el derecho a la vida y la protección específica que ese bien en principio merece, deben ceder en el contexto de una situación de conflicto ocasional con otros derechos o valores reconocidos también por la Constitución y que en el caso concreto pudieran, por las circunstancias concurrentes, resultar objetivamente más dignos de protección, en ese momento.

Dicho en otras palabras, y en un plano general: que una hipotética protección incondicional, en todo caso y sin límites, de cualquier derecho fundamental, incluso del mismo derecho a la vida, podría suponer propiciar una situación de claro abuso o ejercicio tiránico de un determinado derecho fundamental —del derecho a la vida incluso— frente a otros derechos de terceros, que en justicia habrían de ampararse con preferencia.

No hay objeción a este enunciado. No obstante, no puede evitarse el que la discusión verse sobre el punto o lugar en el que conceptualmente se hubieran de situar esos límites, y es precisamente aquí donde la doctrina del TC resulta discutible en su misma esencia cuando —en concreto— de los derechos del no nacido se trata, como veremos.

5º) Finalmente, y aunque con este comentario adicional podamos invadir el ámbito específico de otro derecho o libertad fundamental, como es el de objeción de conciencia, sin embargo es importante destacar, siquiera sea sucintamente, que la jurisprudencia del Tribunal conecta dicho derecho de manera especial e íntima con la protección del derecho a la vida al declarar en una sentencia como la 53/1985 sobre el aborto —y ello es, sin duda, sintomático—, que “*cabe señalar, por lo que se refiere*

al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercicio con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma aparte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales” (Fj 14).

CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LOS LÍMITES, ELABORADA POR LA SENTENCIA DEL TC 53/1985, SOBRE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN DETERMINADOS SUPUESTOS

El Tribunal quiere introducir, como telón de fondo, para la justificación de los tres supuestos de despenalización que analizó en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, la representación de situaciones límite o de hipotética inexigibilidad de otra conducta alternativa en cada caso, que más allá de su pretendida configuración como causas de exclusión —no explica a ciencia cierta si de la antijuridicidad en sí, o meramente de la culpabilidad como tal—, considera justificado el haberse dado un paso ulterior en la regulación positiva y haber despenalizado los supuestos, declarando atípicas las respectivas conductas.

El TC justifica la constitucionalidad del llamado *aborto terapéutico* (el que se practicaría en situación objetiva de peligro grave e inminente contra la vida o salud de la madre), en el eventual carácter *necesario*, en cuanto que inevitable, de su práctica en un momento dado; esto es, trata de otorgarle en principio una análoga y subliminal configuración de eximente, pero para darle, en cambio, a continuación, como decía, una consideración ulterior, de una mayor admisibilidad social incluso, configurándolo como supuesto atípico (por despenalizado); es decir, no conformándose con la calificación del supuesto de hecho como una conducta que, aunque reprochable, esté desprovista circunstancialmente de culpabilidad, sino, más allá: llevándola al campo del mero “*agere*

a
l
a
v
i
d
a

licere” de la persona, de su exclusiva libertad de actuación, con el fin de sustraerla, en cualquier caso, de la previa calificación por el Derecho como acción típica.

Pero la doctrina constitucional adolece de la deficiencia técnica de no haber explicado cuál sería exactamente la razón que justificaría en ese plano jurídico la evolución normativa del supuesto de hecho, desde una hipotética situación en la que, si se dan las debidas circunstancias, pudiera calificarse de excluyente de responsabilidad criminal por concurrencia de eximente por razón de ausencia de culpabilidad, hacia su categorización, por el contrario, como acción en sí misma legal, en cuanto que transformada en conducta ya no tipificada.

Además, aparte de ese vacío en el plano de la construcción legal, es que se deja abierto también un margen confuso en cuanto al hecho de la inminencia del peligro; supuesto de hecho hipotético cuyas circunstancias, en buena técnica legislativa, hubieran de haberse configurado de modo detallado en lo posible, al regular una circunstancia de supuesta situación de necesidad en orden a la destrucción de la vida del feto, ante una hipótesis de inevitabilidad respecto de la pérdida segura de la vida de la madre.

En el caso del aborto “*eugenésico*”, susceptible de práctica en las veintidós primeras semanas de embarazo y con el requisito de la previa constatación o previsibilidad -así diagnosticada por dos médicos especialistas, distintos del que intervenga a la embarazada- de graves taras físicas o psíquicas en el feto, el TC, siguiendo una línea argumental similar al anterior supuesto, justifica la eventual práctica de dicha clase de aborto mediante su calificación, asimismo de modo apodíctico (sin otra argumentación de fondo), como *caso límite*.

En este supuesto también trata el TC de hacer percibir los sonidos reflejos de una inconcreta situación de necesidad justificante. Por ello, creo que la doctrina expuesta en la sentencia es ciertamente merecedora de idéntica crítica en cuanto a la falta de rigor en la fundamentación de la transformación normativa que la nueva ausencia de tipicidad

supone. No obstante, aún más: pues ni siquiera *grosso modo* y en una primera aproximación puede encontrarse, o identificarse con claridad, cuál es el bien jurídico supuestamente protegido cuya inminente o insoslayable puesta en peligro requeriría la destrucción de la vida del feto, para así poder hablar de una equiparación o existencia de una análoga situación de ausencia de culpabilidad: máxime cuando, vuelvo a repetir, no es sólo la consideración de causa exculpatoria, o eximente (mucho más difícil, además, -imposible, creo- de justificarla así en este caso), la que se le está otorgando al supuesto de hecho, sino que la reforma opera la atipicidad de la conducta en sí, considerando constitucionalmente lícita o justificable la eliminación de la vida de una persona humana por *exclusivas razones* de padecimiento -esa persona- de taras físicas o psíquicas.

Finalmente, respecto del denominado “*aborto ético*”, de legal y autorizada práctica durante las primeras 12 semanas de embarazo producido por causa de delito de violación, y aunque el TC afirme que su fundamento está en la eventualidad de *no poder obligarse a quien aborta a soportar las consecuencias ulteriores del delito*, tratando de reverberar, así también, en el subconsciente colectivo, aunque sea de un modo impreciso, alguna suerte de justificación que se dispensaría a la actitud que una persona adoptaría como reacción disculpable, en su condición de víctima de un delito.

Pero ese intento de justificación resulta a la vez, de todo punto, no sólo ya falto de rigor técnico, sino contradictorio en sí mismo, al juzgar admisible la práctica de un aborto como *remedio*, y oponible precisamente frente a quien siendo ajeno -por esencia- a la imputabilidad de comisión delictiva alguna, no obstante habría de ceder en su derecho a la vida; esto es, frente al nasciturus mismo, según la conclusión a la que llega la argumentación discursiva de la sentencia.

En definitiva, y como idea resumen de este artículo, puede decirse que si bien de las consideraciones de la doctrina del TC sobre el derecho a la vida tomada en su conjunto, cabe extraer ciertamente

fundamentos seguros en cuanto a la valoración de la vida en general, como bien esencial que es y del deber constitucional del Estado en orden a su protección efectiva, sin embargo sucede que esa misma doctrina ofrece a la vez criterios confusos, y, además, susceptibles de valoración siempre a discreción del legislador ordinario, cuando de

emitir un juicio acerca de la protección de la vida, y por tanto, de la dignidad humana, del concebido y no nacido se trata.

III. LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL

a
l
a
v
i
d
a

NASCITURUS

IGNACIO MALDONADO RAMOS

NOTARIO

Al hablar del *nasciturus* nos referimos, como es sabido, al ser que está aun en estado de gestación dentro del seno materno. Aunque el debate acerca de su derecho a la protección total del ordenamiento jurídico, como cualquier otra persona, se ha planteado en tiempos relativamente recientes, lo cierto es que ha sido una constante ya en las sociedades más primitivas. Y ello no sólo en las que sabemos tenían cierta consideración trascendente del mundo y de la humanidad, como la hebrea. También las comunidades de las que no se nos ha transmitido una tal concepción sintieron desde antiguo la necesidad de proteger a los no natos, aunque sólo fuera por el instinto de preservar y aumentar la especie humana. Incluso en las culturas que practicaban el infanticidio eugenésico para los no aptos (como la espartana) o ejecutaban sacrificios humanos (como los filisteos a Moloch), se ordenaba respetar el proceso natural de la gestación sin que conste la licitud de las prácticas para interferir artificialmente en el mismo, aún cuando les fueran efectivamente conocidas.

Cuando las sociedades han evolucionado hasta crear un entramado jurídico en torno a la consideración del hombre como sujeto de derecho, los juristas han comenzado a preocuparse de este tipo de personas, definiendo y calificando su situación ante las posibles relaciones en que pudiera intervenir (herencias, tutelas, adscripción a uno u otro *status*, etc.). El primer antecedente cierto lo encontramos en el Código de Hammurabi, donde se considera el aborto como un delito. También el juramento hipocrático de la antigua Grecia impedía a los médicos prescribir abortivos a las mujeres embarazadas. Sin embargo, es en el Derecho Romano donde encontramos referencias concretas al *nasciturus* como elemento activo dentro del entramado jurídico de derechos y obligaciones. Esta tradición, afianzada con la doctrina de la Iglesia desde los primeros padres, se extiende a las legislaciones occidentales, para las cuales el ser que está por nacer dentro del vientre de su madre es un auténtico sujeto de derecho.

En la actualidad nos encontramos con un ataque frontal a la dignidad de estos seres, sobre los cuales se pretende ejercer una manipulación total, que abarca tanto una experimentación artificial y caprichosa sobre los mismos como su eliminación total. El problema empieza en el momento histórico en que se pretende elevar el aborto a un acontecimiento ordinario, desprovisto de toda trascendencia para el que lo practica y el que lo sufre, o, peor aún, contemplado como una de las conquistas en la lucha progresista y emancipadora de la mujer. Este fenómeno, relativamente reciente como he dicho antes, se ha agudizado en los últimos tiempos, con la aparición de las técnicas especiales de manipulación genética y de fecundación artificial, llegando a convertirse en un *casus belli* para ciertos sectores de la sociedad. De resultados de esta tendencia, la condición jurídica del *nasciturus* ha sido objeto de una nueva formulación, para justificar la manipulación y eliminación física del mismo, paralela a las supuestas investigaciones científicas que se supone podrían avalar la ausencia de personalidad en los fetos, al menos durante las primeras fases de su existencia.

El camino para ello ha consistido, una vez más, en una interpretación tendenciosa de las opiniones y textos clásicos, para tergiversarlos y adaptarlos a las necesidades del movimiento supuestamente progresista. Para ello se ha empleado la técnica positivista, esto es, desvincular el análisis jurídico de toda fundamentación que vaya más allá de la simple intención del legislador. Con eso, se confieren a éste facultades omnímodas para decidir acerca de la vida y muerte de los seres aún no nacidos (se denominen cigotos, embriones o fetos) sin más límite que una supuesta conciencia social o un autoatribuido deber de innovar las estructuras sociales. Todo ello falso, pues en realidad estas tendencias responden a unas concepciones determinadas y harto conocidas, de las que participa la llamada ideología de género.

En un principio, estas concepciones se inspiraban en motivos claramente tendenciosos y vacíos, que no soportaban el mínimo análisis. Así, se habló del aborto como de un lujo que sólo podían

permitirse los miembros de las clases favorecidas, viajando a las clínicas del extranjero (es decir, que había que socializar el crimen). También se unió a esta tendencia la reivindicación de un supuesto derecho al propio cuerpo (con lo cual el aborto sería una especie de auto-mutilación al considerar al niño parte integrante de la madre). Lo inane de estas justificaciones ha motivado a sus partidarios a indagar más allá y buscar un fundamento algo más sólido. Y ha sido precisamente en la técnica jurídica donde parecen haberlo encontrado.

En efecto, los legisladores y tratadistas del derecho, al afrontar la condición jurídica del *nasciturus*, han partido de la situación especial en que el mismo se encuentra: vinculado al organismo de la madre, con esperanzas de nacer, pero con el riesgo latente de malograrse (más o menos agudo según las condiciones de salubridad de la época y el lugar). Por otra parte, de su existencia efectiva o no podían depender una serie de factores, afectantes al mismo o a terceros (sobre todo en materia hereditaria), lo cual motivaba la necesidad de establecer mecanismos de control y protección. Para amalgamar todas estas circunstancias se buscaron formulaciones que justificasen ese especial trato. Así, la jurisprudencia romana sentó el principio de *nasciturus pro iam nato habetur*, posibilitando la aparición de un régimen especial de tutela de los no nacidos, mediante la figura del *curator ventris*. Nuestro Código Civil recogió, a través de los siglos, esa preocupación y estableció en su artículo 29 la regla de que “el concebido se tendrá por nacido para todos los efectos que le sean favorables”. Coincidiendo con esta especial formulación, la doctrina desarrolló las teorías de las expectativas de derecho o de las titularidades jurídicas temporalmente aplazadas o en estado de dependencia para dotar de vestimenta científica a la situación especial en que se encontraban los concebidos.

Por otra parte, también la doctrina y los códigos penales, al afrontar el delito del aborto, sintieron la necesidad de justificar de alguna manera esa protección especial concedida al aún no nacido, y lo hicieron mediante la introducción de una subespecie

especial dentro de los delitos: los que atentan contra la vida humana *dependiente*. Con esta fórmula se pretendía explicar tanto la diferencia notable de penalidad de la figura como los supuestos especiales de exclusión de responsabilidad criminal (las llamadas “indicaciones”).

Todas estas formulaciones no perseguían otro fin que el puramente didáctico de clarificar esa situación especial en que se encuentra el *nasciturus* y que demanda una respuesta concreta del legislador. El problema es que con el mismo sistema de elucubración jurídica se ha llegado al extremo contrario, desvirtuando la condición de dicho ser y propiciando la intervención más fría y desalmada posible sobre su vida (no ya sólo en el aborto, sino también en las técnicas de fecundación artificial y de manipulación genética).

Así, se ha comenzado por considerar que las declaraciones de los jurisperitos romanos acerca del concebido y no nacido son puramente retóricas y no tienen más alcance que el de una ficción jurídica. De ahí, se ha seguido poniendo en tela de juicio la consideración del *nasciturus* como persona o sujeto de derecho, practicando una interpretación interesada de los preceptos constitucionales al respecto, para concluir en que sólo los efectivamente nacidos están investidos de personalidad jurídica. Como no es posible privar a éste de toda protección del derecho, se vuelve a jugar con la terminología, hablando de un *tertium genus*, o de una esperanza de vida, para justificar de alguna manera la manipulación física o eliminación total que las leyes autorizan.

En España ha sido precisamente la más alta doctrina constitucional la que se ha involucrado en esta tergiversación, otorgando carta de naturaleza al movimiento en pro del aborto y de la llamada ingeniería genética, mediante la introducción de una doctrina complaciente al respecto disfrazada de disquisición científica.

En efecto, el Tribunal Constitucional se ocupó de dictaminar la primera legislación española sobre el aborto, emitiendo al efecto la Sentencia 54/1.985, después confirmada por otras al ocuparse de las

siguientes normas dictadas en materia de intervención reproductiva (como la 212/1996). Para el alto tribunal, el *nasciturus* goza, indudablemente de la protección del derecho, que los poderes públicos deben mantener y asegurar, pero ello no porque se trate de una persona o un sujeto de derecho, sino porque forma parte del proceso (*devenir*, dice) de la vida humana, y por tanto forma o constituye un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución. Nada habría que objetar a tan elevada declaración, si no fuera porque con ella se produce una inversión *in terminis* transformando al no nacido en objeto de derecho. Efectivamente, al considerarle como un *algo* y no un *quien*, lo relativiza y somete su protección a límites, al igual que ocurre con la propiedad, la autonomía de voluntad contractual o la capacidad testamentaria. El amparo del *nasciturus* por la ley deja de ser absoluto, admitiéndose la posibilidad de que deba ceder ante otros bienes superiores, como sería el interés de la madre o de la sociedad. Es decir, que deja de tener el estatus de persona para convertirse en objeto de la política legislativa de los gobiernos y parlamentos de turno, los cuales quedan investidos de omnímodas facultades para decir acerca de la dignidad y subsistencia de los no nacidos en función de su posible colisión o conflicto con otros intereses considerados superiores.

En un principio, los derechos supuestamente preferentes al de la vida e integridad del concebido fueron constreñidos a ámbitos más o menos estrechos (las “indicaciones” de las primeras leyes abortivas), pero cada vez se van ampliando más, hasta equipararse a la mera voluntad o capricho de los que los ejercen. Así se ha llegado a la actual regulación del aborto, donde la protección del feto depende exclusivamente de una cuestión de plazos, o a la admisión de la manipulación genética sobre embriones cuya viabilidad se considere meramente dudosa.

Y ha sido con ocasión de la última ley de *interrupción de embarazos*, según el hipócrita eufemismo al uso, cuando el propio Consejo de Estado ha colaborado en este proceso antihumanista. En su dictamen al respecto, ha acudido también a

las altas declaraciones retóricas para establecer que durante el embarazo se establece una íntima relación entre la madre y el hijo, de la que nadie más puede participar. Pero de esto extrae la conclusión de que, teniendo en cuenta que debe presumirse en aquella una buena voluntad hacia la continuidad del proceso gestante, no cabe poner trabas a su intención de interrumpirlo, máxime cuando hay que contar con que su voluntad al respecto debe estar debidamente informada. En definitiva, la voluntad de la madre es la ley del embarazo, y nadie puede oponerse a ella.

Se ha conseguido así cerrar el círculo, privando al *nasciturus* de su condición de sujeto de derecho para considerarle un objetivo de los poderes públicos y legislativos, que pueden modalizar su tratamiento y protección en función de los objetivos de la política del gobierno de turno, las ideologías supuestamente progresistas o la mera conveniencia de sus portadores. En definitiva, un nuevo avance de la cultura de la muerte.

Lo singular del caso es que han sido precisamente los más altos defensores del orden constitucional español los que han propiciado esta evolución, mediante la utilización de técnicas jurídicas aberrantes. Espero, sinceramente, que no llegue algún día en que se considere que la continuidad o no de la vida de los ancianos sea un bien jurídicamente protegido o que se encuentre en una relación de especial intimidad con alguien, y se decida que la de alguno de los eminentes magistrados o consejeros que introdujeron tal doctrina deba ser eliminada en aras de un interés superior o de la voluntad de ese *alguien*, al que se presuma actuando con buena fe y con criterio suficientemente formado.

Todo lo anteriormente señalado nos permite llegar a la conclusión de que no es conveniente desatar la especulación doctrinal o científica acerca de la condición jurídica del *nasciturus* para fundamentar su protección, ya que puede conducir a resultados aberrantes. Así, en un principio parece que lo más oportuno sería limitarse a afirmar la categoría de persona en que el mismo se encuentra y conferirle como a tal el estatus de sujeto de derecho. El aborto

sería equivalente al infanticidio y las manipulaciones genéticas a los experimentos sobre seres humanos practicados por el doctor Mengele²⁰. Sin embargo, tal solución volvería a reconducir a conceptos jurídicos, y por tanto sometidos una vez más tanto a la elucubración de ciertos tratadistas (como los que afirman rotundamente que la Constitución y las leyes sólo consideran personas a los efectivamente nacidos) como a la política legislativa inspirada por ciertos partidos políticos. Piénsese al respecto en la reciente polémica sobre los derechos de los médicos a aplicar por propia iniciativa la llamada “muerte digna” o recuérdese aquél proyecto “Gran Simio” que pretendía el reconocimiento de ciertos derechos humanos a dichos animales.

A nuestro juicio, el problema debe suscitarse en sus justos términos. Hay que partir de la base de que es indudable que, para el Derecho, la vida no se circunscribe a la actividad de los seres humanos entre el alumbramiento y la defunción. Desde luego, no se extingue con la muerte, aunque los redactores de las citadas sentencias del Tribunal Constitucional afirmen rotundamente lo contrario. Y no hace falta partir de una concepción trascendente y religiosa para comprender esta realidad. Tanto la sucesión hereditaria, en el orden civil, como la condena de los actos de profanación y falta de respeto a la memoria de los muertos, en el penal, son indicios claros de cómo el ordenamiento jurídico trasciende la mera existencia terrena para desarrollar su eficacia en el ámbito de la persona humana más allá del óbito del sujeto. Recordemos al respecto la repercusión mediática que ha tenido en los últimos años unos errores denunciados en la labor de identificación de los cadáveres de las víctimas de un accidente sufrido por cierto avión militar.

De idéntica manera, la vida humana previa al alumbramiento, en fase de gestación, forma parte del

20 Josef R. Mengele (“El ángel de la muerte”) fue médico del campo de concentración de Auschwitz, destacando por sus experimentos con los prisioneros judíos allí enviados, y en particular, por su crueldad y sadismo con las madres embarazadas y con los recién nacidos, cuando permitía que éstos nacieran.

entramado jurídico, tal y como se ha sentido desde las primeras culturas. Tradiciones como la de la *covada*²¹ de los pueblos indoeuropeos o el *sublatus*²² practicado por los *paterfamiliae* romanos indican que ya desde antiguo se intuyó una vinculación entre el nacimiento de un ser y la vida intrauterina del mismo, que el derecho contemplaba y regulaba. Consecuentemente, se ha sentido la necesidad de regular jurídicamente ese período de gestación, tal y cómo evidencian las fuentes que antes hemos tenido ocasión de citar. Incluso las declaraciones de la doctrina constitucionalista que han avalado la materialización del feto humano y su sometimiento a la política de turno, antes mencionadas, no pueden dejar de reconocer la virtualidad de ese estado prenatal. Y ello bien sea bajo la rúbrica del *devenir* por el que una realidad biológica va tomando configuración de vida humana, del Tribunal Constitucional, bien por el cuasipoético reconocimiento de la *íntima, especial e inalcanzable relación* entre el gestante y su madre, de los Consejeros de Estado (milagro que no hayan usado del término *complicidad*, tan al uso).

Supuesta, pues, la efectividad de una realidad durante la gestación y antes del alumbramiento, se sigue que la misma, aunque dependiente físicamente de la madre, jurídicamente es propia e individual, con plena virtualidad para producir efectos en el ámbito del Derecho. Así lo reconocen los mismos que admiten la posibilidad de su manipulación o eliminación, desde el momento en que, como hemos visto, buscan subterfugios para fundamentarlo. Por otra parte, la historia es pródiga en mostrar casos de reconocimiento de esa identidad propia del no nato,

tales como la leyenda de la extracción de César del seno materno por vía quirúrgica (dando el nombre de cesárea a dicha operación), la proclamación *in útero* de nuestro Alfonso XIII como sucesor de su fallecido padre al trono, o la elevación de la reina Victoria a la corona de Inglaterra, declarada sin perjuicio del mejor derecho de un eventual sucesor por la línea masculina preferente que pudiera encontrarse en estado de gestación. La vida cotidiana también nos presenta casos en los que la presencia de un *nasciturus* debe ponderarse ya que puede provocar determinados cambios jurídicos. Sin salirnos del ámbito del derecho civil, podemos citar el caso de la donación hecha al concebido y no nacido, las medidas precautorias del Código Civil en el caso de la viuda encinta, (no derogadas por ningún régimen o gobierno desde su promulgación), o el reconocimiento al *nasciturus* de la capacidad para ser parte procesal y por tanto para pedir la adopción de todo tipo de medidas cautelares.

No deja de resultar curioso que esa intuición experimentada desde antiguo por el legislador ha sido plenamente confirmada por la ciencia moderna. En efecto, los avances de la biología han permitido identificar las sucesivas fases por las que atraviesa el ser fecundado por la interconexión de las células de ambos progenitores hasta el alumbramiento (precigoto, cigoto, preembrión, embrión y feto). Igualmente han demostrado la existencia de la información genética facilitada por el ADN en todas las células humanas. Pues bien, cuando se produce la fecundación a través de la unión de las células reproductoras de ambos sexos, el producto de la misma ya está desde el principio dotado de su estructura de ADN, resultado de las de sus progenitores pero con individualidad propia. En consecuencia, el *nasciturus* es un ser independiente desde el mismo instante de su existencia como precigoto, ya que desde ese mismo momento tiene su particular ADN plenamente diferenciado.

Esta realidad nos conduce además a otra conclusión, igualmente relacionada con los avances de la ciencia. Ahora es posible propiciar la fecundación

21 Del francés “couver” (incubar) era una costumbre propia de determinados pueblos y regiones –de Europa y América del Sur– por la que el padre, nada más nacer el hijo, tomaba el lugar de la madre en el lecho conyugal, a fin de identificarse con el recién nacido y ocuparse de él.

22 En Roma, tras el nacimiento, el hijo era presentado al padre quien si lo reconocía, lo cogía en sus brazos en una ceremonia llamada “sublatus”. En caso contrario, el bebé era abandonado para que muriera, aunque esto último era muy infrecuente.

y desarrollo del feto humano mediante técnicas no naturales y fuera del seno materno. Es evidente que la misma protección debe alcanzar a todas las fases de evolución del *nasciturus* en ese peculiar medio, puesto que sigue siendo un ser engendrado por la unión de dos células reproductoras sexualmente diferenciadas y dotado de su propia estructura genética desde el mismo momento de dicha unión. Que se haya producido natural o artificialmente ha de ser indiferente a efectos de considerar plenamente persona al ser así engendrado. Esto conlleva el respeto y protección debida a todo *nasciturus*, lo cual en este caso comprende tanto la interdicción del aborto como la de la eliminación o manipulación de embriones, aunque se pretenda que sea con fines altruistas.

Diremos también, de paso, que esta realidad, la de la posibilidad de desvincular a los *nascituri* del seno materno, implica desacreditar definitivamente uno de los argumentos usualmente empleados para justificar el aborto, cual es la existencia de un hipotético “derecho al propio cuerpo”. En efecto, prescindiendo de momento de si existe o no tal derecho (que sería bastante discutible) lo cierto es que queda claro que el ser concebido y aún no nacido es susceptible de desarrollo en un medio físico independiente del de su madre. En consecuencia, nunca podrá identificarse el cuerpo del hijo con el materno, por muy importante que éste sea a efectos de la generación humana.

Supuesta la identidad propia del concebido, lo siguiente que hay que advertir es su alteridad con respecto a la madre en cuyo vientre se cobija. Es un ser diferenciado e independiente, y aunque su relación con la gestante sea la más maravillosa que pueda suponerse, no cabe identificarle con ella a ningún efecto, y menos en el ámbito jurídico, donde además se pueden producir casos de conflicto de intereses entre ambos (sin entrar en temas más dramáticos, baste recordar aquí que los hijos son preferentes al viudo o a la viuda en la sucesión hereditaria).

Esa vida dotada de presencia y de individua-

lidad ha de estar investida de todas las cualidades y atributos propios de tal, entre ellas el supremo reconocimiento de la dignidad de la persona humana, proclamada universalmente en biblias, leyes y declaraciones. No hay, pues, que acudir a ninguna ficción jurídica o a la creación de construcciones doctrinales más o menos enrevesadas para fundamentar el reconocimiento del *nasciturus* como depositario de la cualidad de sujeto del derecho y merecedor de la protección del mismo. Aquello que está dentro del seno de la madre no es sino una vida humana propia y diferenciada y, como tal, parte integrante del entramado subjetivo que conforma el acervo jurídico en su totalidad.

Por fin, hay que destacar otra cualidad del *nasciturus*, más diferenciadora aún, y que comparte con los ya nacidos que se encuentren en los primeros años de vida independiente: *la inocencia*. En primer lugar, nada se le puede imputar por las circunstancias en que se haya producido su concepción, ni alegando una falta de formación o criterio en los padres, ni esgrimiendo la existencia de un error pues no tenían verdadero deseo de procrear, ni tan siquiera por tratarse de un caso de violación. El ser en estado de gestación es ajeno a los acontecimientos que la han motivado. Tampoco se le puede estigmatizar como presuntamente imperfecto o “malformado” para justificar su destrucción, lo cual incidiría en las políticas eugenésicas condenadas hoy por todos los pueblos democráticos. Y, en cualquier caso, si durante toda la fase del parto carece de los medios para valerse por sí solo y precisa de una protección especial, aún no ha tenido ocasión de ejercer su voluntad en el mundo ni de expresar sus preferencias, inquietudes y deseos. No cabe, pues, atribuirle autoría ni responsabilidad en acto o fenómeno alguno que se haya podido producir en su entorno, aunque lo provoquen quienes sean sus curadores y en beneficio del mismo. En definitiva, cualquier ataque a su persona o integridad es, necesariamente, injusto y debe estar desprovisto de la sanción del derecho. Termino citando al efecto las luminosas palabras de Juan Pablo II:

Ningún hombre, ninguna autoridad humana,

a
l
a
v
i
d
a

ninguna ciencia, ninguna 'indicación médica', eugenésica, social, económica, moral puede exhibir o dar título jurídico válido a una disposición deliberada directa sobre la vida humana inocente, es decir; a una disposición que persiga su destrucción, sea como fin, o como medio para obtener otro fin que tal vez no sea en sí mismo absolutamente ilícito.

IV. EL DERECHO A LA VIDA DEL DISCAPACITADO

MANUEL GERARDO TARRÍO BORJANO
NOTARIO

El derecho a la vida del discapacitado no es, ni puede ser, algo distinto al derecho a la vida de cualquier ser humano. Su fundamento y razón de ser estriba en la misma base sobre la que reposa el de cualquier otro congénere: la esencial igualdad de la dignidad humana. Concepto éste en el que, a su vez, confluyen dos realidades radicales: el irrevocable carácter del hombre como fin en sí mismo; y la irrepetible identidad de cada hombre como continuo dinámico, realidad en constante evolución hacia su plenitud. Por lo tanto, por el mero hecho de existir, por razón de su naturaleza, todo ser humano tiene derecho a ser considerado como fin, con independencia de sus condiciones, sus circunstancias, o su actuación. Aunque tenga taras y defectos, aporta a la existencia una contribución única e irrepetible que lo convierte en algo irremplazable.

Sin embargo, lo cierto es que la dignidad de las personas discapacitadas (especialmente la de las psíquicas) sólo han sido reconocida desde mediados del siglo pasado. La tradición nipona del *nabiki*

(infanticidio mediante adelgazamiento del recién nacido), o el despeñamiento por la ladera del monte Taigeto en Esparta (referido por Plutarco en su Vida de Licurgo), especialmente prodigadas entre los niños deformes, epilépticos, o simplemente débiles, no han sido prácticas históricamente aisladas o escasas. En la mayor parte de las culturas (desde luego en la occidental) se les ha tratado como medios de explotación (mano de obra barata y esclavizada de hecho), se les ha reprimido, excluido e incluso destruido cuando se les tenía por mera carga o amenaza. Su trato ha sido gráficamente comparado con el de los animales: al principio se los excluía y contenía con mecanismos frecuentemente crueles (como animales peligrosos); a partir del siglo XVIII se les ha sometido a procesos de domesticación terapéutica y reclusión (como animales domésticos); y sólo en las últimas cinco décadas se promueve la normalización y la integración (como animales humanos).

Aún hoy persisten desafortunadas corrientes de pensamiento antropológico (Peter Singer, Tristram

a
l
a
v
i
d
a

Engelhardt) que desde concepciones utilitaristas y relativistas aún pretenden arrebatar la consubstancial dignidad humana de los discapacitados mediante la distinción entre los conceptos de “ser humano” y “persona”.

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO ESPAÑOL

El 13 de diciembre de 2006 quedó aprobada, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CIDPD o la Convención), lo que ha supuesto un verdadero punto de inflexión en la historia del tratamiento jurídico de la discapacidad. Incardinada en el seno del proceso hacia la no discriminación, sentido que define la evolución de los derechos humanos durante el siglo XX, constituye un importante eslabón en el cambio de perspectiva experimentado en la consideración normativa internacional de la discapacidad. Supone un hecho histórico para más de 650 millones de personas en el mundo, pues sitúa a la discapacidad en el plano de los derechos humanos y supone un cambio de paradigma en el tratamiento y concepción de las personas con discapacidad.

La discapacidad, que tradicionalmente había sido tratada desde el punto de vista de la problemática del desarrollo social, pasa a ser enfocada como una realidad integrada por individuos necesitados de protección, por sujetos titulares de derechos singularizados por determinadas situaciones, y necesitada de medidas de protección especiales adoptadas por el Estado con el fin de garantizar el ejercicio de derechos universales por parte de dichas personas.

Este cambio de perspectiva comenzó a gestarse con las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Resolución 46/96, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas), que, aunque carentes de eficacia vinculante, ni siendo de obligatorio cumplimiento, sí conllevan implícito

el compromiso moral y político de los Estados para adoptar medidas consecuentes con la igualdad de oportunidades, y pueden llegar a constituir derecho internacional consuetudinario. Pese a los múltiples resortes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la protección jurídica de las personas con discapacidad, y gracias a la demanda de la doctrina especializada, la Convención se ha convertido en el primer Tratado Internacional de derechos humanos del siglo XXI.

La CIPD opta por uno de los tres grandes modelos históricos de discapacidad: el denominado modelo social.

En efecto, los tres grandes modelos son el de la prescindencia, el médico o rehabilitador y el social. Frente al de la *prescindencia* (la sociedad prescinde de las personas con discapacidad, bien mediante la aplicación de técnicas eugenésicas, bien marginándolas o tratándolas como mero objeto de caridad), y el *médico o rehabilitador* (los discapaces dejan de ser considerados inútiles o innecesarios, pero siempre en la medida en que puedan ser rehabilitados), el denominado modelo social propugna la remoción de las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar la atención de las necesidades de las personas con discapacidad dentro de la organización social. Se trata, más que de conseguir la rehabilitación de la persona, procurar la de la sociedad mediante soluciones dirigidas a ésta y no a aquéllas. Pretende eliminar las barreras debidas a la actitud y el entorno que impiden la plena participación en la sociedad de las personas con discapacidades en igualdad de condiciones con los demás. Un paso más en esta dirección lo constituye el llamado *modelo de la diversidad* que, fundado en los movimientos de vida independiente, exige la consideración de la persona discapacitada como un ser valioso en sí mismo y por razón de su diversidad.

La consecuencia inmediata de dicha distinción es que, mientras el modelo de la prescindencia es incompatible con la idea de los derechos humanos, el médico o rehabilitador aborda el problema desde el punto de vista meramente asistencial, y los

modelos social y de la diversidad consideran que la situación en la que se encuentran las personas con discapacidad es, en muchas ocasiones, un supuesto claro de insatisfacción de derechos humanos. Lo que les lleva no sólo a extender los derechos humanos a las personas con discapacidad sino, además, al reconocimiento de derechos específicos.

La incidencia de la CIDPD sobre el ordenamiento jurídico español, determinada por el Instrumento de Ratificación de la Jefatura del Estado publicado en el B.O.E. de 21 de abril de 2008, y su consecuente entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, queda definida por el hecho de formar parte integrante del ordenamiento interno (art. 96.1 CE) y por ser canon interpretativo de los derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución (art. 10.2 CE). Es decir, concreta y completa el contenido de los derechos constitucionales en el contexto de la discapacidad y, con ello, proyecta su incidencia en el conjunto del sistema jurídico, lo que supone que necesariamente ha de obligar a la adaptación y modificación de todas las normas que fuere menester, para hacer realmente efectivos los derechos que la Convención recoge.

La consecuencia lógica de todo lo anterior es que el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y la política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49 CE) no deben interpretarse sólo como un mandato programático para la disposición de recursos económicos suficientes con los que dotar los medios materiales y humanos necesarios, sino de forma que se incluya el derecho a la autonomía personal como la condición necesaria para que las personas con discapacidad puedan disfrutar de los derechos constitucionales en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

En este sentido, el artículo 3 de la Convención señala entre los *principios generales*: el deber de respetar la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; y el deber de respetar la diferencia, el de aceptar a

las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas. El primero, siguiendo la filosofía kantiana, vincula la dignidad con el principio de autonomía, lo que supone que si no se respeta ésta se está tratando indignamente a la persona. El segundo se vulnera con la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en caso de probables graves taras físicas o psíquicas en el feto, al tiempo que pone a prueba el grado de aceptación por nuestro orden constitucional de la discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas. Y ello tanto más cuanto que el artículo 10 de la Convención reafirma el derecho a la vida como un derecho inherente de todos los seres humanos que debe ser garantizado a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

El artículo 4 de la Convención impone a los Estados el *deber de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad* y a tal fin se deben comprometer a adoptar las medidas legislativas, administrativas y demás pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención y la supresión de la discriminación contra las personas con discapacidad.

El cambio de paradigma que confirma la Convención es tan profundo que llega a modificar el contenido de conceptos jurídicos consolidados por una gran tradición histórica. Así, por ejemplo, al imponer el art. 12.2 CIDPD a los Estados Partes *que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*, impone un cambio fundamental en la manera de tratar jurídicamente la cuestión del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas discapacitadas necesitadas de la ayuda de un tercero, pasando de lo que ha dado en llamarse el modelo de “sustitución en la toma de decisiones” al modelo de “*apoyo o asistencia en la toma de decisiones*”. Se pasa de un sistema de limitación absoluta de la capacidad de obrar jurídicamente de las personas incapacitadas por razón

a
l
a
v
i
d
a

de deficiencias físicas, intelectuales o psicosociales, a un sistema de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”, de “apoyos específicos” a esas mismas personas que deberán ajustarse a las prescripciones y salvaguardias del artículo 12 (respeto a los derechos, voluntad y preferencias del discapaz; evitar conflictos de intereses e influencia indebida; proporcionalidad y adaptación a las circunstancias de la persona; exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, etc).

El artículo 15 de la Convención cobra una especial significación ya que protege a las personas discapacitadas contra *la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, y específicamente señala que nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.

El artículo 16 de la Convención protege a las personas discapacitadas contra *la explotación, la violencia y el abuso*, e instituye una autoridad independiente de supervisión de los servicios y programas diseñados para servir a aquéllas.

El artículo 25 de la Convención es el artículo *genérico sobre salud* y establece el derecho de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel posible de salud.

El *acceso a la información* protegido, por el artículo 21 de la Convención, cobra especial importancia en el ámbito de la salud, la sanidad y la investigación ya que será la manera de que la inclusión de una persona con discapacidad en un ensayo clínico o en un proyecto de investigación o en la aceptación o rechazo de un tratamiento sean consciente, libre y autónoma.

Finalmente, el artículo 22 de la Convención dispone la obligación de *respeto a la privacidad*, de suerte que ninguna persona con discapacidad será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y familiar, en especial en su información personal y relativa a la salud.

El amplio elenco de derechos y salvaguardas recogidos en la CIDPD, de los que los relacionados

sólo constituye una parte, ponen de manifiesto el esquizofrénico y contradictorio sentido social y jurídico imperante hoy en día en la sociedad occidental, consistente en, por un lado, progresar decididamente en los procesos de integración y protección de cualquier minoría y, por otro, regresar a la exclusión de quienes no responden a la “normalidad” física o psíquica.

ASPECTOS ESPECÍFICOS: EUTANASIA, ABORTO POR DISCAPACIDAD Y DIAGNÓSTICO PRENATAL

En particular, el derecho a la vida del discapacitado protegido por la Convención, junto a otras vertientes también susceptibles de quedar afectadas por ella (como por ejemplo la investigación clínica en seres humanos, tratamientos médicos experimentales, donación de órganos por personas vivas, dificultades para garantizar la prestación del consentimiento suficientemente informado en estos casos, etc), implica una proyección fundamental sobre la regulación jurídica de la eutanasia y de la interrupción voluntaria del embarazo. Tanto más cuanto que, como es sabido, el Tribunal Constitucional optó en su momento por rechazar la evidencia de que todo ser humano es persona (no existe otra forma de vivir la humanidad que la personalidad), declaró no contraria a la legalidad constitucional la despenalización del aborto y “cosificó” (Ollero) al ser humano no nacido, obligando a las leyes y a los poderes públicos a protegerlo, no como sujeto, sino como objeto valioso, como “bien jurídicamente protegido”.

A) La *eutanasia* constituye una práctica prohibida por el Código Penal español y sancionada con penas privativas de libertad. De acuerdo con la referida doctrina del Tribunal Constitucional sentada en sus sentencias 53/1985 y 120/1990, el derecho a la vida reconocido por el artículo 15 CE está garantizado en su doble significación física y moral como valor superior del orden constitucional, derecho fundamental esencial y troncal, supuesto ontológico sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia

posible. De suerte que “*como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho... Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte*”. Este argumento (que también podía haber servido para proteger el derecho de quienes “en rigor aún” no son considerados titulares de ese derecho: los *nascituri*) le llevó a sentenciar que “...*no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte...*”. Consecuentemente con ello el art. 143 del Código Penal tipifica tanto la eutanasia activa directa (para acortar de forma deliberada la vida) como la eutanasia indirecta u omisiva (acabar con una vida por no prestar la atención médica exigible).

Sin embargo, se permite considerar admisibles (no sancionables) los cuidados paliativos aunque conlleven el efecto secundario de acortamiento de la vida, cuando dicha finalidad no se busque deliberadamente sino que tal resultado se produzca inevitablemente.

La prohibición penal se da tanto si la víctima es una persona con enfermedad terminal que le va a conducir necesariamente a la muerte, como si es una persona con una discapacidad que le puede producir graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

Todo lo anterior permite concluir que, en principio, la regulación española en este punto resulta plenamente respetuosa con lo establecido en la Convención, sin que exista en ella riesgo de discriminación para las personas con discapacidad.

B) En lo relativo a la eufemística *interrupción voluntaria del embarazo*, el Código Penal español también tipifica el delito de aborto (arts. 144 a 146) y

las lesiones al feto (arts. 157 y 158), lo cual es debido, de nuevo, a la protección constitucional del derecho a la vida tal y como la ha interpretado el Tribunal Constitucional en la ya citada sentencia 53/1985, lo que supone también su protección en aquella etapa de su desarrollo que no sólo es condición para la vida independiente, sino que también es un momento del desarrollo de la vida misma. La vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental (la vida humana) garantizado por el artículo 15 CE, constituye, pues, un bien jurídico cuya protección se encuentra fundamentada en dicho precepto constitucional.

La Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, sustituye la regulación existente en el artículo 417 bis del Código Penal en la cual se contemplaba la destipificación como delito de aborto en tres supuestos (el terapéutico, el ético y el eugenésico). En la nueva regulación se mezclan un criterio basado en un plazo de tiempo (art. 14) y un criterio basado en causas médicas objetivas (art. 15). En el primero se admite el aborto dentro de las catorce primeras semanas de gestación, a petición de la madre y con el cumplimiento de meras formalidades sin apenas efecto disuasorio alguno (información a la madre sobre derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y el mero transcurso de al menos tres días desde dicha información).

A los efectos que ahora importan, es el artículo 15 de la LO 2/2010 el que recoge cuatro causas médicas que excluyen la punibilidad: grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada (dentro de las catorce primeras semanas de gestación); riesgo de graves anomalías en el feto (dentro de las veintidós primeras semanas); anomalías fetales incompatibles con la vida (dentro de las veintidós primeras semanas); y enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico (sin límite temporal, incluso más allá de la vigésimo segunda semana).

Pues bien, sólo dos de los supuestos carecen de efecto discriminatorio para las personas con discapacidad: El caso de grave riesgo para la vida

a
l
a
v
i
d
a

o la salud de la embarazada que se justifica en la improcedencia de comportamientos supererogatorios (a nadie se le puede exigir un sacrificio mas allá del deber exigible a una persona), en la consideración de que si bien la vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz (STC 53/1985), por encima de él se encuentra el derecho a la vida y/o salud de la embarazada y; El de anomalías fetales incompatibles con la vida, porque la falta de viabilidad excluye *per se* el bien jurídico protegido.

En los dos restantes se producen sendas conculcaciones del principio de igualdad (art. 14 CE), que amplios sectores doctrinales han puesto de relieve y que pasamos a exponer.

En caso de existencia de *riesgo de graves anomalías en el feto*, se exige, además de su constancia en dictamen médico anterior emitido por dos médicos especialistas distintos del que practique o dirija la intervención, que no se hayan superado las veintidós semanas de gestación. Es una causa médica con evidente finalidad eugenésica y que contraviene la Convención por un doble motivo: porque contradice el “*derecho inherente a la vida de todos los seres humanos*” que reafirma el artículo 10 y en el que los estados partes se comprometen a “*adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*”; y porque se está estableciendo una discriminación por razón de la probable discapacidad.

El artículo 10 hace referencia a “*los seres humanos*”, expresión diferente a la de “*personas*” que es la que utiliza la Convención a lo largo de todo su texto para garantizar los demás derechos, lo que no puede significar sino que el feto es tenido como ser humano aunque no sea persona en sentido técnico-jurídico. Criterio éste respaldado además por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que expresamente reconoce al feto como perteneciente a la especie humana y por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que mantiene que “el derecho a la vida no puede ser

interpretado restrictivamente”.

En la medida en que la razón por la que se va a abortar es que el que va a nacer será una persona con discapacidad, desde la óptica del modelo social de la discapacidad se entiende que dicho supuesto no es aceptable porque si el embarazo llega a término y se produce el nacimiento de una persona con discapacidad, su vida será tan plena, autónoma e independiente como las de las demás personas, puesto que la discapacidad sólo viene determinada por las barreras sociales externas impeditivas de la participación plena y efectiva del discapacitado en la sociedad en condiciones de plena igualdad con los demás.

Dicho de otra manera, si se admite que la vida prenatal (sin matices ni distinciones) es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz (como afirma la exposición de motivos de la LO 2/2010, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional), no se puede desamparar a aquélla cuando existe “riesgo” de discapacidad, sin incurrir en una grave discriminación. Puesto que si no se protege a la vida prenatal en riesgo, del mismo modo que se protegen las demás vidas prenatales, es evidente que se valoran ambas de modo diferente. Se considera de menor valor, y por lo tanto menos digna de protección, la vida prenatal del discapaz que la de quien no lo es, arrojándose de ese modo el estado una especie de “derecho al bienestar de la madre”, que ésta puede ejercer si lo desea, abortando.

En el caso de *enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico* (confirmada por comité clínico regulado en la propia LO 2/2010), también se incurre en discriminación por razón de discapacidad si es ésta la “enfermedad grave e incurable” invocada para provocar el aborto y este tiene lugar más allá de la vigésimo segunda semana de embarazo. Si la doctrina constitucional (invocada en el preámbulo de la LO) advierte de la especial trascendencia que en el transcurso de la gestación tiene el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre (umbral de la viabilidad fetal que la

comunidad científica fija en el entorno de las veintidós semanas), el efecto discriminatorio parece aquí aún más grave ya que dicho umbral de viabilidad fetal, que impide absolutamente la interrupción del embarazo “normal”, no juega en el caso de feto con discapacidad. Ya no es que se admita la eugenesia discriminatoria por razón de discapacidad, sino que la misma se permite incluso cuando el feto es ya viable fuera del seno materno.

C) Diagnóstico prenatal. Por lo demás, aunque la Convención (art. 25.b) deja abierta la puerta a los diagnósticos preimplantatorios como servicios de pronta detección e intervención, es lo cierto que las técnicas de estos diagnósticos abarcan un amplio espectro que va desde la inocua ecografía (que permite reconocer anomalías morfológicas en el feto) hasta otras mucho más invasivas y profundas.

La ley española solo permite la intervención del embrión en el útero con fines diagnósticos y sólo la considera legítima si tiene como finalidad el bienestar del *nasciturus* y su desarrollo (art. 12.2 de la Ley 35/1988, de 28 de noviembre. Y las recomendaciones del Consejo de Europa (Comité de Ministros nº 90/13 de 21 de junio de 1990) y del Comité internacional de Bioética de la UNESCO (Informe de 29 de agosto de 1994) obligan a interpretar dicho precepto en el sentido de que el diagnóstico prenatal sólo puede tener finalidades terapéuticas y nunca eugenésicas. Es

decir, el diagnóstico prenatal que puede lícitamente conducir a una interrupción voluntaria del embarazo por razón de la salud de la madre (supuesto a del art. 15 LO), nunca puede ser utilizado para finalidades eugenésicas.

CONCLUSIÓN

Cabe afirmar, por lo tanto, que el aborto por razón de discapacidad viola el propósito u objeto de la CIDPD que no es otro que la salvaguarda y respeto de la dignidad inherente a las personas con discapacidad. Lo que la Convención impide claramente es la posibilidad de que se realicen distinciones basadas en la condición de discapacidad de quien va a nacer. Si el Estado permite el aborto debe hacerlo en igualdad de condiciones cuando el feto tiene discapacidad y cuando no la tiene. Sin embargo, la LO 2/2010 que lo permite deja traslucir una concepción filosófica de fondo en la que se presupone que la vida de una persona con discapacidad no es lo suficientemente digna para ser vivida, o al menos no en igual medida que la del resto de seres humanos sin discapacidad. Lo cual es claramente contrario al principio de sustancial igualdad de valor de la dignidad de todos los seres humanos.

V. INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA Y

a
l
a
v
i
d
a

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA

JESÚS MANDRI ZÁRATE
ABOGADO

El presente trabajo va a tener como objeto el análisis de una serie de aspectos relacionados con las nuevas técnicas de reproducción humana a la luz de la normativa que rige en estas materias en España, Ley 14/2007 de Investigación Biomédica y Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y su comparación y contraste con la doctrina de la Iglesia, contenida fundamentalmente en las Instrucciones “Donum vitae” y, especialmente, en la denominada “Dignitas personae”, que revisa e incorpora, después de veinte años de análisis y estudio, nuevas cuestiones relacionadas con la investigación biomédica y técnicas de reproducción.

PRIMERA PARTE: ASPECTOS GENERALES

1. Doctrina de la Iglesia

En los últimos años las ciencias médicas han experimentado un impresionante avance en el conocimiento de la vida humana y sus estados iniciales,

llegándose a un conocimiento muy exhaustivo de las estructuras biológicas del hombre y el proceso de su generación. Estas técnicas deben estar siempre al servicio del ser humano, en cuanto que sirven para corregir patologías y ayudan a restablecer el proceso normal de los procesos generativos. Por tanto, deben rechazarse estas técnicas cuando van dirigidas o tienen como consecuencia la supresión de seres humanos, lesionando la dignidad de la persona y empleándose con fines eugenésicos.

“El fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado, que es debido moralmente al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como una persona desde el instante de la concepción, y por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida”. Esta es la primera

declaración sobre la que se irá asentando la Doctrina Católica, fundamentada en el Derecho Natural y en el respeto más integral a la persona.

Otro punto importante es la manifestación, como exigencia de la dignidad de la vida humana, de que su origen tenga su contexto auténtico y deseable en el matrimonio y en la familia, donde es generada por medio de un acto que expresa el amor recíproco entre el hombre y la mujer. Una procreación responsable con quien ha de nacer exige que sea fruto del matrimonio, puesto que el matrimonio, presente en todos los tiempos y culturas *“es una sabia institución del Creador para realizar en la humanidad su designio de amor. Los esposos, mediante su recíproca donación personal, propia y exclusiva de ellos, tienden a la comunión de sus seres en orden a un mutuo perfeccionamiento personal para colaborar con Dios en la generación y educación de nuevas vidas”*, puesto que en la fecundidad del amor conyugal el hombre y la mujer ponen de manifiesto que en el origen de su vida matrimonial hay un “sí”, genuino que se pronuncia y se vive recíprocamente con un compromiso de lealtad y fidelidad, para poder educar a los hijos.

La Ley Natural debe reconocerse en esta materia como una norma fundamental por encima de cualquier formulación contingente, tanto civil como religiosa.

Juan Pablo II, partiendo de una doble dimensión del matrimonio cristiano, afirmaba que este *“hunde sus raíces en el complemento natural que existe entre el hombre y la mujer, y se alimenta mediante la voluntad personal de los esposos de compartir su proyecto de vida, lo que tienen y lo que son; por esto tal comunión es el fruto y el signo de una existencia profundamente humana”*.

La posición de la Iglesia es, pues, terminante en estos aspectos, por cuanto que admitiendo los avances de las ciencias biomédicas en el aspecto de la reproducción genética, exige de las mismas un respeto “ab initio” de la dignidad de la persona. El ser humano no puede ser concebido *a la carta* pues ello representa un atentado contra la libertad.

Como señaló recientemente SS Benedicto XVI, al recibir a la Academia Pontificia para la Vida con motivo de su Asamblea General, citando su Encíclica “Caritas in veritate”, *“en el muy delicado y decisivo ámbito de la bioética se plantea la cuestión fundamental: si el hombre es un producto de sí mismo o si depende de Dios”*, **exhortando** *“para que la vida humana sea reconocida siempre como sujeto inalienable del derecho y nunca como objeto sometido al arbitrio del más fuerte”*, **advirtiendo** que *“la historia ha mostrado cuán peligroso y deletéreo puede llegar a ser un Estado que procede a legislar sobre cuestiones que tocan a la persona y a la sociedad, pretendiendo ser el mismo principio y fuente de la ética”*, **recordando** que *“la ley moral natural, fuente de su propio carácter universal, permite conjurar este peligro y sobre todo ofrecer al legislador la garantía para un auténtico respeto, tanto de la persona como del entero orden de la creación”*.

Hemos de rechazar la frecuente acusación que se hace de la doctrina católica emanada de la Iglesia, como contenedora de un conjunto de prohibiciones. No podemos estar de acuerdo con esta percepción, pues como afirma la instrucción *“Dignitas personae”*, detrás de cada no brilla, en las fatigas del discernimiento entre el bien y el mal, un gran “sí” en reconocimiento de la dignidad y del valor inalienable de cada singular e irrepetible ser humano llamado a la existencia. De ahí su llamamiento a todos los hombres de buena voluntad, especialmente a los médicos y a los investigadores dispuestos a confrontarse y llegar a la verdad para que comprendan y compartan estos principios y valoraciones que están orientados a proteger la frágil condición del ser humano en las etapas iniciales de la vida y a promover una civilización más humana.

2. Legislación del Estado español

La legislación española sobre la materia, que arranca con la Ley 35/1988, derogada por la Ley 14/2006 y la Ley 14/2007 de Investigación Biológica,

y la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, se caracteriza por su indefinición conceptual y por ser vehículos para adaptarse a situaciones no admitidas por parte de la sociedad, partiendo de unos postulados éticos utilitarios y que en nada sirven para elevar la dignidad de las personas. Únicamente mantiene definiciones claras en relación con determinadas prohibiciones, como son las llamadas “clonaciones humanas reproductivas”, así como los “contratos de gestación”.

No puede decirse que la legislación española, por mucho que pretenda justificarse, responda a criterios éticos y protectores de la persona. Es este mismo concepto el que entra en crisis, cuando en la Ley Orgánica 2/2010, se pone en duda el que los no nacidos puedan considerarse en nuestro ordenamiento como titulares al derecho fundamental a la vida, siendo solamente conceptuados como “un bien jurídico”, cuya protección decae ante el interés de la madre embarazada.

Por otra parte, resulta contradictorio que, constatada la existencia en España en el año 1988 -fecha de la primera ley sobre técnicas de reproducción-, de 700.000 parejas estériles, casadas en edad fértil, se promulgue una ley para favorecer las técnicas de reproducción asistida y, por otro lado, se fomente el aborto que, en cifras recientes, se sitúa en torno a 2.000.000.

3. El derecho a la procreación

Resulta necesario, al tratar la cuestión de las técnicas de reproducción asistida, determinar si existe un “derecho al hijo”, puesto que este sería el fundamento para justificar las diferentes técnicas de reproducción a fin de obtener una fecundación en todo caso.

Repasando las principales Declaraciones de Derechos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Carta Social de Europa, Carta de los Derechos de

la Familia) así como los diferentes documentos Pontificios, es obvio que en ninguno de ellos se hace referencia a un derecho a la procreación, solamente se formula el derecho a fundar una familia, en la que se dará la función procreativa. A esta nunca se la podrá considerar como un derecho, pues no cabe duda alguna que estando condicionada por la propia naturaleza humana queda fuera del ámbito de libertad de las personas.

La Asamblea de Obispos de la República Federal Alemana, declaró que “*los hijos no existen para dar satisfacción al deseo de los padres*”. Los hijos no existen para satisfacer unos anhelos de una persona o de una pareja, existen en cuanto que son un valor en sí. La utilidad nunca puede elevarse a la categoría de Ley en la transmisión de la vida humana. La búsqueda de un hijo conlleva unas exigencias éticas que no se pueden sacrificar y obviar.

4. Derecho a la identidad personal

En el reverso de la moneda del pretendido derecho a tener hijos, aparece el legítimo derecho a la identidad personal, es decir, a saber quién soy, de dónde procedo, cuáles son mis circunstancias, pues son en definitiva elementos que van a conformar una vida y una identidad. Elementos que en su estudio sobre Velázquez, definía Ortega y Gasset como: circunstancia, vocación y azar. En los casos de reproducción asistida, se está privando a la persona del derecho a insertarse en su propia estirpe, teniendo que adoptar otra que aleatoriamente le ha sido impuesta, quebrándose la relación de causalidad filogenética.

En el año 1978 nació en Estados Unidos la primera niña probeta, llamada Louise Brown. Seis años más tarde, nació en Barcelona Victoria-Ana Perea, la primera niña probeta española. Desde entonces, el número de niños probeta ha ido creciendo de forma espectacular. De los testimonios de la vida de estas personas, solamente he tenido conocimiento del de la primera, Louise Brown, en un artículo o carta abierta publicada en la revista NEWSWEEK, en el que

a la edad de veinte años se lamentaba de su situación al no conocer la existencia de su padre biológico, del cual, por confesión de la madre, únicamente supo que podía ser un estudiante moreno y de buena complexión física. Según ella, le faltaba un referente esencial para su desarrollo y madurez psicológica: *“soy una persona engendrada por inseminación artificial, alguien que nunca conocerá la mitad de su identidad. Siento rabia y confusión y se me plantean miles de preguntas”*. Resulta evidente que en algo afecta al desarrollo emocional de las personas esta relativa carencia de identidad.

Los problemas jurídicos que plantean las nuevas técnicas no pueden resolverse simplemente como pretende la Ley 14/2006, diciendo que la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles. El *status filii*, desde el derecho romano, constituye una atribución de derechos al individuo por razón de su pertenencia a una familia, que en estos casos aparece totalmente privado de su elemento natural y travestido a una situación anómala en la que se obliga a la familia a integrar en ella a alguien del que se desconoce cierta parte de su identidad.

En el caso de una fecundación con contribución de donante o donantes anónimos, se prohíbe la impugnación de la filiación matrimonial a la mujer progenitora y al marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación (artículo 8.1 de la Ley 14/2006).

Este derecho a la identidad personal se quiebra incluso cuando se dice que los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes, que no incluya su identidad, que sólo podrá ser descubierta en situaciones extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto (artículo 5.5 de la Ley 14/2006).

En materia del derecho a la identidad, resulta también cuanto menos sorprendente la regulación

de la gestación por sustitución. Si bien, como hemos anticipado, la ley española considera nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, considera que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será la determinada por el parto, sin perjuicio de la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (artículo 10 de la Ley 14/2006).

Este precepto ha motivado que ciudadanos españoles formalicen este tipo de contratos fuera de España, en países donde casi todo está admitido, por ejemplo, algunos estados de Norteamérica y que luego posteriormente pretendan inscribirlos como hijos propios en los correspondientes registros consulares españoles, con lo que se añadiría a un grupo familiar a alguien que nada tienen que ver con la familia biológica.

Incluso puede darse el supuesto de que un ciudadano español encargue una gestación por sustitución mediante fecundación de óvulo o gameto propio o ajeno, y se atribuya el resultado de esa “paternidad/maternidad” sin que se haya producido intervención fisiológica alguna.

A fin de solventar esta situación, recientemente recayó una Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado, de fecha 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en la que tratando de dar plena protección jurídica al interés superior del menor, se admite el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida, que en España está totalmente prohibida, exonerando de cualquier obligación filio/maternal a las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres, siempre y cuando junto a la solicitud de inscripción se acompañe una resolución judicial, dictada por tribunal competente, en la que se determine la filiación que deberá acompañarse con el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur. No obstante, si la resolución judicial se

hubiese obtenido en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, se encomienda al encargado del registro civil *“un control incidental de la resolución”*. Se rechaza como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica, relativa al nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Con este procedimiento se establece, en mi opinión, un trato discriminatorio, que solamente encuentra justificación en la existencia de unos intereses económicos en este “turismo reproductivo”, y se elude la aplicación de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 14/2006: *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*.

SEGUNDA PARTE: ASPECTOS CONCRETOS

A la luz de los anteriores principios y teniendo en cuenta la legislación española y la doctrina de la Iglesia, iremos estudiando las siguientes cuestiones:

1. Las técnicas de ayuda a la fertilidad.
2. La inseminación artificial.
3. La fecundación in Vitro y la eliminación voluntaria de embriones.
4. La ICSI.
5. Congelamiento de embriones y de óvulos.
6. Diagnóstico preimplantatorio.
7. Terapia génica.
8. Clonación humana.

1. Técnicas de ayuda a la fertilidad

Las técnicas de ayuda a la procreación no siempre suponen un indudable avance científico y clínico que consiga solventar los problemas de esterilidad de muchas parejas.

Parece fundamental que en este ámbito de ayuda a la fertilidad se respeten tres bienes fundamentales:

- a) El derecho a la vida y a la integridad física

de cada ser humano desde la concepción hasta la muerte natural.

b) La unidad del matrimonio, que implica el respeto recíproco de los cónyuges a convertirse en padre y madre, solamente el uno a través del otro.

c) Los valores específicamente humanos de la sexualidad, que exigen que la procreación de un ser humano sea deseada como fruto del acto conyugal específico del amor entre los esposos.

Es relevante en este aspecto la Instrucción *“Donum vitae”* que dice que *“el médico está al servicio de la persona y de la procreación humana; no le corresponde la facultad de disponer o decidir sobre ellas. El acto médico es respetuoso con la dignidad de las personas cuando se dirige a ayudar al acto conyugal, ya sea para facilitar su realización, o para que el acto normalmente consiga su fin”*.

La Instrucción *“Dignitas personae”* afirma que son ciertamente lícitas las intervenciones que tienen por finalidad solventar los obstáculos que impiden la fertilidad natural, como por ejemplo, el tratamiento hormonal de la infertilidad de origen gonádico, el tratamiento quirúrgico de una endometriosis, la desobstrucción de las trompas o bien la restauración microquirúrgica de su perviedad, puesto que todas ellas pueden ser consideradas como terapias en la medida en la que una vez superada la causa de la infertilidad, los esposos pueden realizar actos conyugales con un resultado procreador.

2. La inseminación artificial

La Ley 14/2006 considera como una de las técnicas de reproducción humana asistida que reúne condiciones de acreditación científica y clínica, la inseminación artificial. Técnicamente consiste en el depósito de espermatozoides en los órganos genitales internos femeninos mediante dispositivo instrumental específico. Este procedimiento terapéutico tiene antecedentes desde el año 1979, no habiendo gozado nunca de una gran difusión, por lo que la aparición de otras fórmulas ha hecho que varíe su esquema

de utilización.

La legislación española exige para la mujer receptora de estas técnicas, que sea mayor de 18 años y preste su consentimiento por escrito de manera libre, consciente y expresa. En el supuesto de que estuviese casada, será necesario el consentimiento de su marido con los mismos requisitos.

La inseminación artificial puede realizarse con semen del marido, denominándose IAC, o con semen de otro hombre, denominándose IAD. La elección del donante de semen sólo puede realizarse conforme a la legislación española, por el equipo médico que aplica la técnica que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación, estando prohibida la selección personal del donante a petición de la receptora. Existe también una obligación del equipo médico correspondiente, de intentar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica con la mujer receptora.

Para disminuir el riesgo de que con el tiempo, personas nacidas mediante el sistema de IAD pudiesen llegar a establecer, sin saberlo, relaciones sexuales teniendo el mismo padre genético, el consenso general fija en seis el número de hijos que hubiesen sido generados con gametos de un mismo donante. Para evitar este riesgo, la Ley, cándidamente, establece la obligación que tienen los donantes de declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en que se hubieran realizado dichas donaciones.

3. La fecundación *in vitro* y la eliminación voluntaria de embriones

Otra de las técnicas admitidas por la Ley española es la fecundación *in vitro*. En ella concurren técnicas encaminadas a la obtención de óvulos y de espermatozoides, fecundación *in vitro* y primer desarrollo del cigoto, traslado del embrión al útero para el ulterior desarrollo intrauterino. El principal problema que plantea esta técnica es el hecho de que comporta muy frecuentemente, la

eliminación voluntaria de embriones, por cuanto que para esta técnica se trata al embrión humano como un simple cúmulo de células que se usan, se seleccionan y se descartan o no. Se trata de justificar que el número de embriones sacrificados se debe a causas naturales y que igualmente se producen dentro de un proceso normal de gestación, pero ello no es del todo cierto; en muchas ocasiones, por no decir todas, la destrucción o pérdida de embriones es voluntaria.

El art. 3.2 de la Ley 14/2006 solamente autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer por cada ciclo productivo.

En esta técnica no cabe duda alguna que los embriones defectuosos son inmediatamente desechados, lo que determina la aplicación de estas técnicas de procreación artificial a fines eugenésicos, así como una discriminación entre embriones obtenidos y embriones trasplantados al seno materno con la congelación de los sobrantes. De este modo, se instrumentalizan los embriones, siendo condenados a una muerte cierta en unos porcentajes que ninguna autoridad sanitaria admitiría si se tratara de una experimentación clínica.

La Ley española establece que los pre-embriones, término que trata de eliminar problemas éticos mediante la semántica, que *sobren* de la aplicación de las técnicas de fecundación *in vitro*, pueden ser criopreservados en los bancos autorizados para ello, siendo su destino la utilización por la propia mujer o su cónyuge, la donación a otra persona con fines reproductivos, la donación con fines de investigación o bien su destrucción una vez finalizado el plazo máximo de conservación que establece la Ley, sin que se haya dado cualquiera de los otros destinos. Curiosamente, se establece la obligación de acreditar la solvencia financiera mediante un seguro o garantía, para que los Centros de fecundación *in vitro* puedan resarcir a las parejas en el caso que se produjese un accidente que afectase a su criopreservación.

4. La ICSI

a
l
a
v
i
d
a

Entre las técnicas de fecundación artificial más recientes, aparece la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, encaminada a solventar diversas formas de esterilidad masculina. La técnica consiste en una inyección en el citoplasma del óvulo de un solo espermatozoide, previamente seleccionado, y a veces a través de la inyección de elementos inmaduros de la línea germinal masculina.

Según el pensamiento de la Iglesia, esta técnica es totalmente contraria a la dignidad de la persona, por cuanto que confía la vida y la entidad del embrión al poder de los médicos y de los biólogos, e instaura un dominio de la técnica sobre el origen y el destino del ser humano.

La Ley española permite esta técnica de reproducción asistida, a la que se aplica toda la normativa a la que nos hemos venido refiriendo.

5. Congelamiento de embriones y de óvulos

La crioconservación de óvulos es un elemento subyacente para las técnicas de fecundación in Vitro, que se da cuando se ha obtenido un mayor número de óvulos de los que se pretenden utilizar, conservándose los restantes para ulteriores implantaciones.

La Ley española exige la previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente para su utilización posterior con los fines que hemos citado.

La congelación de embriones supone que aquéllos sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in Vitro, que no sean transferidos a la mujer, sean crioconservados en los bancos autorizados para ello. Si bien la Ley española admite esta práctica (artículo 11 de la Ley 14/2006), entendemos que congelar un embrión humano es poner término brusco al proceso al que tiene por sí mismo derecho todo ser humano vivo, y así lo manifestaban ya los Obispos de la provincia de Victoria (Australia), puesto que se impide poner en marcha la propia bioquímica que le prepara para vivir en el vientre de la madre, y deliberadamente se le impide prepararse de esta forma. Si esto se hace con el fin de una ulterior implantación, ello tropieza con las mismas objeciones

que hemos comentado anteriormente. Si se hace para disponer de un material humano destinado a la experimentación o a la terapia, ello supone una violación de la dignidad humana y un rechazo del mismo derecho a la vida.

6. Diagnóstico preimplantatorio.

El diagnóstico preimplantatorio es una forma de diagnóstico prenatal, vinculada a las técnicas de fecundación artificial, que prevé el diagnóstico genético de los embriones formados in Vitro antes de su traslado al seno materno. Su finalidad es tener la seguridad de trasladar a la madre sólo embriones sin defectos o con un sexo determinado o con determinadas cualidades particulares. El principal problema que plantea este diagnóstico es que a aquel embrión que haya sido declarado sospechoso de poseer defectos genéticos o cromosómicos, se le hace desaparecer. Este diagnóstico preimplantatorio es expresión de una mentalidad eugenésica, por cuanto se podría interpretar que está abriendo camino a situaciones más graves, como la eutanasia por ejemplo. Volvemos otra vez a encontrar en estas técnicas, la consideración del embrión humano como material desechable de laboratorio, que puede ser utilizado y rechazado.

La legislación española autoriza a determinados Centros a practicar técnicas de diagnóstico preimplantatorio, si ello tiene como finalidad:

a) La detección de enfermedades hereditarias graves de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal, con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los pre-embriones no afectados para su transferencia.

b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del embrión.

También se autoriza esta práctica para la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los pre-embriones in Vitro con fines terapéuticos para terceros, que requiere la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional

de la Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales en cada caso.

Con estos preceptos se está contribuyendo a la discriminación de aquellas personas que están afectadas por patologías e incapacidades, abriéndose un insondable abismo que parece llevar a la destrucción de la dignidad humana.

7. Terapia génica

Con el término de *Terapia génica* se entiende la aplicación de técnicas de ingeniería genética con una finalidad terapéutica, es decir, para curar enfermedades de origen genético, aunque recientemente se intenta aplicar la terapia génica a enfermedades no hereditarias, como por ejemplo, el cáncer.

La Ley española establece que cualquier intervención sobre el pre-embrión vivo in Vitro sólo puede tener como finalidad tratar una enfermedad o impedir su transmisión con garantías razonables y contrastadas. Requiere, en todo caso, autorización y solamente se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola, haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y los haya aceptado previamente.

b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o de curación.

c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.

La valoración moral de esta terapia hay que situarla en un doble nivel. Las intervenciones sobre células somáticas con finalidad estrictamente terapéutica son, en principio, como afirma la Instrucción *Dignitas personae*, moralmente lícitas, por cuanto que las mismas quieren restablecer la normal configuración genética del sujeto, o bien contrarrestar los daños que derivan de la presencia de anomalías

genéticas u otras patologías relacionadas. Por el contrario, sobre la terapia génica germinal, que tiene como finalidad corregir defectos genéticos presentes en células de la línea germinal, de modo que los efectos terapéuticos conseguidos sobre el sujeto se transmitan a su eventual descendencia, en el estado actual de la ciencia, la Iglesia Católica considera que es moralmente ilícito, al realizarse en un contexto técnico de fecundación in vitro. Pesan sobre este rechazo dos razones: primera, hace que la voluntad de algunos prevalezca sobre la libertad de otros; segunda, aparece una cuestión ideológica: el hombre pretende sustituir al Creador.

8. La clonación humana

Por clonación humana se entiende la reproducción asexual y agámica de la totalidad del organismo humano, con objeto de producir una o varias copias sustancialmente idénticas desde el punto de vista genético. La clonación puede tener dos finalidades: reproductiva o terapéutica o de investigación. Con la clonación reproductiva se trataría de controlar la evolución humana, la selección de seres humanos con cualidades superiores, la preselección del sexo, la producción de un hijo que sea una copia del otro, etc. La clonación terapéutica en cambio ha sido propuesta como un instrumento de producción de células troncales embrionarias con patrimonio genético predeterminado para superar el problema del rechazo (inmunoincompatibilidad).

Los intentos de clonación suscitan, como no podía ser de otra manera, una viva preocupación. Muchos organismos nacionales e internacionales han expresado valoraciones negativas sobre la clonación humana, y así la Ley 14/2006 establece la prohibición de la clonación en seres humanos con fines reproductivos, de donde se puede desprender que se admite la clonación terapéutica, que también conlleva cierta carga de ilicitud aunque no esté prohibida, por cuanto que impone al sujeto clonado un patrimonio genético preordenado, sometiéndole a una esclavitud biológica de la que difícilmente podrá liberarse.

a
l
a
v
i
d
a

CONCLUSIÓN

Al analizar todas las cuestiones comentadas, no puedo dejar de oír y ver la ilustración que en la magnífica película *Fantasia* hacía Walt Disney del “Aprendiz de Brujo” de Paul Dukas, viendo al pequeño ratón, aprendiz de brujo, superado por las fuerzas del agua e incapaz de contener por sí mismo la riada que se le venía encima, al haber traspasado los límites de su inteligencia.

Como dice el científico francés, Jacques Testart, citado por María Dolores Vila-Coro en su libro “Huérfanos biológicos”, *“la investigación que hacemos ya no es para hacer mejor a la persona sino que*

abre la puerta a un cambio radical de la persona humana”. A esta finalidad, añado, nadie está autorizado ni existe principio o fundamento alguno que autorice a hacerlo.

La inteligencia es siempre creadora pero necesita respetar el orden natural, pues en caso contrario concurre el caos y la destrucción. Solo Dios es Creador y esa es nuestra fe.

VI. CUIDADOS PALIATIVOS Y ENCARNIZAMIENTO TERAPÉUTICO

SANTIAGO THOMAS DE CARRANZA
ABOGADO

I. INTRODUCCIÓN: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

El objetivo del presente artículo no es otro que el de reflexionar someramente sobre cuál debe ser la respuesta adecuada, proporcional y razonable, ante un enfermo que se encuentra en situación terminal y, por tanto, ante la inminencia de una muerte inevitable. ¿Cómo queremos ser tratados si el día de mañana nos convertimos en pacientes terminales?; ¿hasta dónde debe llegar el tratamiento médico que estemos recibiendo?; ¿tenemos derecho a rechazar un tratamiento determinado?; ¿tenemos derecho a una muerte sin sufrimiento?; ¿qué es la eutanasia?; ¿ayudar a morir?; ¿dónde están los límites?; ¿qué es el ensañamiento terapéutico?; ¿en qué se diferencian la eutanasia y la ortotanasia? ¿qué son los cuidados paliativos?; ¿es moralmente lícita la sedación agonizante o terminal?; y en fin, un largo etcétera de preguntas que tienen como denominador común, la idea de la muerte y la forma en la que queremos morir.

Todos nos hemos hecho, en algún momento, estas o similares preguntas. El debate sobre la materia que nos ocupa forma parte de la actualidad y de nuestra vida cotidiana; está en la calle, en la universidad, en la política, en los medios de comunicación; constituye una polémica social de primer orden a cuya respuesta se han lanzado afanosos religiosos, médicos, juristas, filósofos, políticos, lo que dificulta en muchas ocasiones su comprensión. A ello hay que añadir la profunda confusión terminológica que existe en este campo, donde la manipulación del lenguaje²³, la ambigüedad e imprecisión de los términos empleados, cargados muchas veces de una

23 Son muchos los ejemplos que se pueden dar sobre la manipulación del lenguaje. El propio término “eutanasia” (etimológicamente: buena muerte); la identificación del término “muerte digna” con la eutanasia, lo cual no deja de ser un eufemismo para fomentar un supuesto derecho a matar por compasión en determinadas condiciones. ¿Por qué los defensores de la eutanasia habla de “ayudar a morir” cuando lo que realmente se hace con la acción eutanásica es provocar la muerte?

importante carga ideológica y emotiva, el multiculturalismo y, en fin, el vaivén relativista de las diferentes concepciones, contribuyen a generar confusión y dificultan, cuando no impiden, la existencia de un debate sereno y objetivo sobre el fondo del asunto.

Por todo ello, si queremos dar respuesta a las preguntas formuladas, lo primero que debemos hacer es tratar de aclarar el significado de algunos de los términos y expresiones relacionados con el objeto del presente artículo:

- **Eutanasia:** Etimológicamente, eutanasia procede de los vocablos griegos “eu” (bueno/a) y “thanatos” (muerte), y no significa otra cosa que buena muerte o bien morir.

No obstante, cuando hoy se habla de eutanasia se hace comúnmente referencia a la conducta llevada a cabo por personal médico, consistente en un hacer (acción), o en un no hacer (omisión), con la intención de provocar la muerte de un paciente en situación terminal o altamente dependiente, por compasión y para eliminarle todo dolor, considerando que su vida carece de la calidad mínima para que merezca el calificativo de digna.

Entre los elementos estructurales propios del concepto eutanasia es habitual incluir el consentimiento del paciente y la existencia de un contexto de sufrimiento extremo debido a una enfermedad incurable que el paciente siente como inaceptable. En ocasiones el concepto se restringe contemplando únicamente los supuestos de enfermedad terminal y muerte inminente.

Debe quedar claro que en el Derecho Español la eutanasia, en sus diversas modalidades, no está regulada como tal. Los supuestos que podrían ser considerados como eutanasia están penalizados y tipificados como delitos de homicidio por nuestro Código Penal (artículo 143.4).

- **Eutanasia activa:** La que provoca la muerte del paciente mediante una acción positiva de un tercero (por ejemplo: mediante la inyección de una dosis letal de morfina).

- **Eutanasia pasiva:** Dejar morir intencionalmente al paciente por la omisión de un tratamien-

to terapéutico necesario, indicado y proporcionado

- **Eutanasia voluntaria:** La que se lleva a cabo con consentimiento del paciente, a instancias suyas.

- **Eutanasia no voluntaria o avoluntaria:** Procurar la muerte al paciente que no es capaz de entender la opción entre la vida y la muerte y, por tanto, no puede manifestar ningún deseo (situaciones en las que existe una pérdida total e irreversible de conciencia; estados vegetativos permanentes; recién nacidos; etc.).

- **Eutanasia involuntaria o impuesta** (también llamada cacotanasia o coactiva): la practicada contra la voluntad del paciente, que manifiesta su deseo de no morir o que, simplemente, no manifiesta su deseo de morir teniendo capacidad para hacerlo y no lo hace.

Buena parte de la doctrina no admite la distinción entre eutanasia voluntaria e involuntaria. Para ellos la eutanasia debe ser siempre, por definición, voluntaria. La eutanasia se circunscribiría así a los supuestos en los que el paciente capaz puede manifestar de forma expresa su voluntad o, al menos, la manifestó con anterioridad mediante la suscripción del documento correspondiente (testamento vital o documento de instrucciones previas). La petición expresa del paciente capaz, en los términos descritos, se concibe como un elemento estructural imprescindible. La eutanasia involuntaria no sería por tanto eutanasia, sino, simplemente, un delito de homicidio.

Más compleja es, sin embargo, la llamada eutanasia avoluntaria, en la que el paciente no puede manifestar su voluntad o no tiene una voluntad jurídicamente relevante. En estos supuestos se percibe de forma preocupante un progresivo debilitamiento del rigor conceptual y, por tanto, de la protección de la propia vida del paciente, siendo cada vez más, entre los partidarios de la eutanasia, los que admiten que la falta de voluntad o de consentimiento del paciente pueda ser sustituida por el consentimiento de la propia familia y/o el criterio de una comisión médica que analizará si en dicho caso la acción eutanásica debe o no llevarse a cabo, correspondiendo en última

instancia a los tribunales dirimir el conflicto en caso de confrontación.

• **Distanasia o encarnizamiento terapéutico** (también llamada obstinación o ensañamiento terapéutico): La práctica, contraria a la deontología médica, de aplicar tratamientos inútiles o, incluso si son útiles, desproporcionados en relación con la situación del enfermo y su familia, con el fin de prolongar artificialmente la vida del enfermo que se encuentra en fase terminal. La Real Academia Española de la Lengua define la distanasia como “tratamiento terapéutico desproporcionado que prolonga la agonía de enfermos desahuciados”.

• **Ortotanasia:** Se habla comúnmente de ortotanasia para designar la actuación correcta ante la muerte, permitiendo que ésta llegue de forma natural, a su debido tiempo, sin adelantamientos de la muerte de forma intencionada, ni prolongaciones indebidas de la vida más allá de su momento de muerte natural. Etimológicamente, ortotanasia (del griego “orthos”= recto, “thanatos” = muerte) se identifica con la muerte digna, acompañando al paciente terminal durante todo su proceso de muerte, tratándole con los máximos tratamientos paliativos para evitar sufrimientos y evitando el empleo de medios desproporcionados y extraordinarios para el mantenimiento o alargamiento de la vida.

Los partidarios de esta línea de pensamiento clasifican los medios materiales de los que se dispone para salvar la vida de los pacientes en dos categorías: los medios ordinarios, proporcionados o razonables, que ofrecen una esperanza razonable para el sujeto y cuya obtención o empleo no acarrear un coste, dolor u otros inconvenientes excesivos; y los medios extraordinarios, desproporcionados o irrazonables, que no poseen tales características. Sólo los primeros tendrían carácter obligatorio, siendo lícito dejar morir a un paciente, sin abandonarlo, cuando no podemos curarle, cuando le ha llegado su hora, cuando los medios proporcionados y razonables no permiten prolongar su vida.

• **Enfermo terminal:** El paciente que padece una enfermedad avanzada, progresiva e incurable,

de la que no cabe esperar que se recupere, previsiblemente mortal a corto plazo (6 meses).

Según la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL), en la enfermedad terminal concurren una serie de elementos característicos cuya identificación resulta importante no solo para definirla, sino también para establecer adecuadamente la actitud terapéutica.

1. Presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable.
2. Falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico.
3. Presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes.
4. Gran impacto emocional en el paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la consideración, explícita o no, de la muerte.
5. Pronóstico de vida inferior a 6 meses.

• **Cuidados paliativos:** La atención a los aspectos físicos, psíquicos, sociales y espirituales de los enfermos en situación terminal. El enfermo y su familia son la unidad a tratar. Sus objetivos fundamentales son la promoción de la dignidad y autonomía de los enfermos y su familia en las fases finales de una enfermedad terminal; proporcionarles información, bienestar, confort y soporte, aliviando su sufrimiento y su dolor, acompañando y cuidando al enfermo durante todo su proceso de muerte; “ayudándole a morir con dignidad”.

Los cuidados paliativos ni aceleran ni detienen el proceso de morir. Solamente intentan estar presentes y mejorar considerablemente la calidad de vida de los pacientes antes de su muerte; establecer una relación franca y honesta con el enfermo y su familia; aportar los conocimientos médicos y psicológicos y el soporte emocional y espiritual que los pacientes necesiten, con los síntomas bajo control, libres de dolor, y en el entorno más adecuado (hogar, familia, amigos).

Estos cuidados requieren normalmente el concurso de equipos multidisciplinares que pueden incluir profesionales sanitarios (médicos, enfermeras, terapeutas, auxiliares de enfermería, psicólogos),

expertos en ética, asesores espirituales, abogados y voluntarios. Las unidades de cuidados paliativos tratan de proporcionar una atención integral al paciente terminal con el único objetivo de mejorar su calidad de vida durante su proceso de muerte, atendiendo a las necesidades, físicas, psíquicas, sociales y espirituales del paciente y su familia.

• **Sedación en la Agonía o Terminal:** La SECPAL define la sedación en la agonía, también llamada sedación terminal, como la sedación paliativa consistente en la administración deliberada de fármacos con la intención de lograr el alivio de un sufrimiento físico y/o psicológico, mediante la disminución suficientemente profunda y previsiblemente irreversible de la consciencia, en un paciente terminal cuya muerte se prevé próxima, con el consentimiento explícito, implícito o delegado del mismo.

Hay que dejar claro que la finalidad de la sedación en la agonía no es la de provocar la muerte del paciente, sino la de aliviar el sufrimiento refractario del mismo, aun cuando su aplicación pueda tener como efecto secundario, no querido, pero previsible, el adelantamiento de la muerte del enfermo.

La diferencia entre la sedación agonizante y la eutanasia activa se encuentra, pues, en los fines de una y otra. En la sedación en la agonía no se busca la muerte del paciente, sino aliviar su sufrimiento utilizando para ello la dosis mínima de fármacos que resulte necesaria para tal fin. En la eutanasia activa se busca deliberadamente la muerte del paciente, utilizando para ello una dosis letal de fármacos que garantice una muerte rápida para acabar así con el sufrimiento del paciente.²⁴

La sedación agonizante es una práctica médica común y, en mi opinión, adecuada para todos aque-

llos enfermos que, encontrándose en situación terminal, son presa de sufrimientos intolerables. Como ha señalado el Profesor Abellán, desde el punto de vista ético no es relevante el que, como efecto secundario no deseado de la sedación paliativa, se adelante la muerte de la persona, siempre y cuando esto no sea lo que se pretenda directamente como fin de la acción.²⁵

• **Suicidio y Suicidio Asistido:** El suicidio es el acto de quitarse voluntariamente la propia vida. Por su parte, el suicidio asistido supone el acto de ayudar a suicidarse en los casos en los que la persona que se quiere suicidar no puede hacerlo por sus propios medios. En el suicidio asistido se le proporciona al sujeto los medios necesarios para que sea él mismo el que se produzca la muerte.

El suicidio asistido no puede ser confundido con la eutanasia. En el suicidio la muerte es producida por la propia víctima, mientras que en la eutanasia, aun suponiendo una concurrencia de voluntades entre los sujetos intervinientes, el que realiza materialmente los hechos es un tercero.

A diferencia del suicidio, que no está contemplado en nuestro Derecho como un delito (y tampoco lo es la tentativa de suicidio o el suicidio frustrado), el suicidio asistido no es sino un supuesto de “homicidio consentido o a petición”, contemplado y tipificado como delito en el artículo 143 del Código Penal.

• **Testamento vital:** También conocido con el nombre de Voluntades Anticipadas o Instrucciones Previas, es un documento en el que una persona, mayor de edad, con capacidad suficiente, voluntaria y libremente, expresa de forma anticipada su voluntad sobre los tratamientos médicos que desea, o no desea recibir, en el caso de una enfermedad terminal para el supuesto de que, llegado el momento, careciese de la facultad de decidir acerca de su tratamiento médico.

De las definiciones expuestas, y a los efectos de poder dar debida respuesta al tema que nos ocupa, podemos extraer una importante conclusión:

²⁴ El término “sedación terminal” puede resultar hoy confuso, ya que puede interpretarse en el sentido de que la finalidad de la sedación es la de “terminar” con el enfermo. Parece por ello más apropiado, según la propia SECPAL, sustituirlo por el de Sedación Paliativa en la Agonía o Sedación en la Agonía.

²⁵ Abellán Salort, J.C. y otros; La Eutanasia: Perspectiva Ética, Jurídica y Médica.

La eutanasia, activa o pasiva, no puede en ningún caso confundirse con los cuidados paliativos ni con la ortotanasia, ni siquiera en aquellos supuestos en los que la utilización de ciertos medicamentos para aliviar el dolor físico o psíquico del paciente terminal pueda provocar, como efecto no deseado, pero sí previsto y tolerado, la aceleración de la muerte; ni tampoco cuando se decida poner fin a un tratamiento fútil o desproporcionado, o incluso se proceda a la retirada de un soporte vital, en situaciones de enfermedad terminal a fin de no alargar artificialmente la muerte de un paciente.

En la eutanasia, aun cuando sea por compasión y con la intención de acabar con el dolor del sufriente, existe siempre la intención de provocar la muerte del paciente, tanto por acción (aplicación de una combinación de analgésicos letal), como por omisión, cuando se cesa en la aplicación de un tratamiento, ordinario, indicado y proporcionado, con la intención de adelantar o provocar su muerte.

Por el contrario, en los cuidados paliativos o en la ortotanasia el adelantamiento de la muerte de la persona no es el fin pretendido por la acción u omisión, aun cuando en ciertos casos pueda ésta adelantarse como consecuencia de las mismas.

El respeto por parte del médico a la decisión del paciente de rechazar la aplicación de tratamientos desproporcionados para su situación; la conducta del médico que evita y rechaza la imposición de tratamientos inútiles y desproporcionados que ocasionarían al paciente más molestias que beneficios (limitación del esfuerzo terapéutico); la prestación al enfermo de cuidados paliativos, el alivio con todos los medios disponibles del dolor, favoreciendo el bienestar del paciente que sufre, aun cuando pueda tener como efecto secundario, no deseado, el acortamiento de la vida del paciente; no son conductas eutanásicas, sino que son prácticas médicas correctas y habituales, plenamente conformes con la dignidad de la persona humana y con los derechos que a favor de todos los pacientes consagra en nuestro país la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones

en materia de información y documentación clínica, entre los cuales se encuentran el derecho de los pacientes a la autonomía para decidir y a la renuncia a tratamientos inútiles.

II. LA MEDICINA PALIATIVA COMO LA RESPUESTA ADECUADA ANTE UN PACIENTE EN FASE TERMINAL:

La finalidad primaria de la medicina es la de curar a los enfermos. Ahora bien, ¿qué hacer cuando ya no se puede curar? En mi opinión la respuesta es clara: ayudar al enfermo a vivir de la mejor manera posible sus últimos momentos, o por utilizar la expresión más común en estos casos, ayudarle a “morir con dignidad”.

Desgraciadamente, el concepto de “muerte digna” está ya tan manido, por unos y por otros, que por sí solo no nos aporta casi nada, pues sirve tanto para sostener una posición como la contraria. Por ello es importante recuperar el concepto de dignidad, que es algo inherente a todo ser humano por su condición de tal; no viene definida por las circunstancias externas, sino que nos acompaña durante toda nuestra vida, desde la concepción hasta la muerte. También son muchas las ocasiones en que la “dignidad” se identifica en este campo con calidad de vida; con una forma determinada de morir (dulcemente, sin dolor); o con la actitud o fortaleza con la que uno se enfrenta al trance de la muerte. En todos estos casos, con independencia de lo que entendamos por dignidad, parece claro que llegado el momento de la muerte el enfermo terminal tiene derecho a afrontarlo en las condiciones más llevaderas posibles, tanto desde el punto de vista del dolor físico, como también desde el punto de vista del sufrimiento moral. Los cuidados paliativos —el tratamiento del dolor, el calor humano, el consuelo moral, la atención a los aspectos físicos, psíquicos, sociales y espirituales de los enfermos terminales— son la respuesta exigida por la dignidad del ser humano, contribuyendo a enaltecer la dignidad de su muerte, haciéndole ver que, a pesar de su enfermedad, no ha perdido ni un

a
l
a
v
i
d
a

ápice de su dignidad.

Parece que cada vez va abriéndose camino con más fuerza la certeza de que la ortotanasia y los cuidados paliativos son la forma más digna de tratar a un enfermo terminal, de ayudarlo a “morir con dignidad”. En ellos se ponen de relieve dos aspectos básicos de la ética médica: de una parte, el respeto hacia los más débiles, hacia los enfermos terminales, acompañándolos, sin abandonarlos, durante todo su proceso de muerte; considerando su vida, aunque débil, dependiente y sufriente, siempre digna y, por ello, merecedora de atención, de asistencia, de alivio y de comprensión; y, de otra parte, el carácter finito o limitado de las intervenciones curativas del médico y, por tanto, el rechazo a la utilización de medios desproporcionados y fútiles que alarguen artificialmente la vida del paciente.

La ortotanasia y la medicina paliativa se sitúan así entre dos extremos, entre las dos caras opuestas de una misma moneda: la eutanasia, que provoca siempre, por acción u omisión, el acortamiento artificial de la vida del paciente y que trata de encontrar su legitimación moral y legal en la reivindicación autonomista; y la distanasia, que instrumentaliza al paciente alargando su vida y agonía de forma artificial y sin esperanza, mediante la utilización de medios desproporcionados de carácter terapéutico o medicina intensiva.

Ambos extremos son moralmente rechazables y desconocen, en mi opinión, la verdadera dignidad de la persona humana, que no se mide en términos de utilidad o funcionalidad, sino que nos corresponde a todos los seres humanos por nuestra condición de tales, desde la concepción hasta la muerte, sin distinciones por razones de edad, sexo, religión, salud, etc. Todas las vidas son dignas de respeto, las de los más débiles, las de los enfermos, las de los ancianos, también.

La Medicina paliativa implica en definitiva, ni más ni menos, un cambio de mentalidad ante el paciente terminal. Supone reconocer en el enfermo terminal, detrás de su apariencia dolorida y físicamente degradada, toda la dignidad del ser humano.

Es saber que, cuando ya no podemos curar, aún podemos cuidar.

III. REFLEXIONES FINALES

La eutanasia es ya una realidad en varios países de nuestro entorno, como Holanda y Bélgica, y es muy posible que en un plazo de tiempo no muy largo, más temprano que tarde, lo pueda ser también en otros países europeos, siendo España, desgraciadamente, un firme candidato a ello. De la eutanasia me preocupa especialmente, no tanto la consideración de situaciones límite muy concretas y especialmente dolorosas —que son por cierto las situaciones que los partidarios de la eutanasia suelen utilizar para promover su aceptación general—, sino los efectos que su legalización tendría a nivel general; la progresiva extensión social como algo “moralmente” aceptable y, por ello, el progresivo debilitamiento de la debida protección a la vida humana y de la dignidad que a todos nos corresponde. La aceptación de la eutanasia en casos excepcionales justificará, poco a poco, su aplicación a casos más generales.

Esta preocupación no es un riesgo meramente teórico, es una realidad. Si algo puso de manifiesto el conocido estudio *Rommelink* sobre la práctica de la eutanasia en Holanda, fue precisamente el progresivo debilitamiento del respeto por la vida humana, contabilizando cientos de casos en los que los médicos reconocieron haber acelerado o causado la muerte de sus pacientes, por acción u omisión, sin contar siquiera con su consentimiento. Las razones fueron varias, imposibilidad de tratar el dolor, falta de calidad de vida, tardanza de su proceso de muerte, vida indigna de ser vivida, situación insoportable para médicos y enfermeras, etc. Si algo parece demostrar la experiencia holandesa es que la eutanasia no sólo amplía la capacidad de decisión del paciente (como afirman sus partidarios), sino que también amplía la capacidad de decisión del médico. Con la eutanasia los médicos no sólo pueden curar, sino que también pueden matar. ¿Es esta la sociedad que queremos?

La mejor manera de ayudar a morir con digni-

dad a un paciente terminal no es matarle, aunque sea por compasión, sino garantizarle, aunque sea más caro para el Estado y la sociedad, el acceso a unos cuidados paliativos de calidad, poniendo a disposición de los profesionales de la sanidad los recursos técnicos y humanos necesarios para atender al enfermo terminal. Es la respuesta más humana y, desde luego, la más solidaria. Hace poco escuché en la radio a un médico oncólogo decir que cuando un paciente le decía “Doctor no quiero seguir viviendo”, lo que realmente quería decir es, “Doctor, no quiero seguir viviendo. . . así”. Pues bien, como dijo ese Doctor, cambiar el “así”, esa es precisamente la finalidad fundamental de la medicina paliativa.

Según los datos aportados por la SECPAL, en el año 2009 había en España 400 unidades de cuidados paliativos para 200.000 enfermos terminales. Esto significa que todos los años mueren en nuestro país miles de personas, la mayoría sin poder acceder durante los últimos días o meses de su vida a un tratamiento paliativo realmente eficaz, lo que a mi modo de ver constituye, cuando menos, un grave atentado contra la dignidad de la persona humana y los principios más elementales de justicia e igualdad. La SECPAL, en su “Declaración sobre la Eutanasia”, no duda en afirmar que su solicitud por parte de enfermos terminales disminuiría drásticamente si dispusiesen de una medicina paliativa de calidad. El esfuerzo de los poderes públicos, de la sociedad, de una sociedad humana y solidaria, debe centrarse en la exigencia de un programa eficaz que garantice el derecho de acceso de todos los enfermos terminales, y de sus familias, a cuidados paliativos de calidad. Plantearse, por parte de los poderes públicos, la legalización de la eutanasia cuando la gran mayoría de los enfermos terminales y de sus familias no tienen

todavía acceso a programas específicos de cuidados paliativos, constituye, a mi modo de ver, un engaño y un dramático error.

Soy consciente de que la promoción de la eutanasia es tan intensa hoy que su llegada parece algo inevitable. El relativismo y el hedonismo individualista de la sociedad en la que vivimos contribuyen sin duda a ello. Sin embargo, aunque parezca difícil, no podemos permanecer indiferentes. Un dato para el optimismo: hace unos días asistí a unas conferencias sobre la familia y escuché que por primera vez en muchos años las encuestas en Estados Unidos reflejaban que eran más las personas que estaban a favor de la vida y en contra del aborto, que los que lo apoyaban. La razón de este resultado se encontraba en las miles de personas que no se dejaron arrastrar por lo que parecía “inevitable”, y que decidieron asumir el compromiso de defender la dignidad de la vida humana desde su concepción hasta su muerte.

Este es el caso, por ejemplo, de Cicely Saunders, pionera del movimiento “*Hospice*” y de los cuidados paliativos. Gracias a su esfuerzo, y al esfuerzo de miles de personas que como ella no se dejaron arrastrar por la corriente, los cuidados paliativos son hoy una realidad que ayudan a miles de personas y a sus familias a vivir con dignidad los últimos momentos de su vida. Con unas palabras tuyas quiero acabar estas líneas:

“Tú importas porque eres tú, y tú importas hasta el último momento de tu vida. Nosotros haremos todo lo que podamos, no sólo para ayudarte a morir apaciblemente, sino también para ayudarte a vivir hasta que mueras”.

VII.- ¿EXISTE EL DERECHO A LA

a
l
a
v
i
d
a

MUERTE?

DAVID MELLADO RAMÍREZ
ABOGADO DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

Con frecuencia asistimos a discusiones en las que se cuestiona el reconocimiento legal del derecho a la muerte, donde los defensores de su reconocimiento lo presentan como avance social, lo que no comparto, y lo hacen a través de una serie de explicaciones que valen para todo, mostrando el derecho a la muerte como algo obvio y necesario.

A la hora de exponer argumentos en contra del derecho a la muerte mi reacción natural es apelar en gran medida a razonamientos morales de influencia cristiana, con escaso éxito. Fracaso que puede deberse a que todo aquel argumento que se presenta asociado a una concepción trascendente del hombre es rechazado de plano, pues nuestra sociedad huye de las concepciones religiosas y solo admite argumentos estándar, es decir, argumentos que cualquier hombre con independencia de sus creencias o moral pueda admitir sin con ello alinearse a favor o en contra de un determinado credo.

Con esta barrera de entrada trataré de exponer argumentos que pueden admitirse en cualquier

foro, por no depender de la concepción cristiana del hombre, aun cuando son compatibles con esta concepción y con los principios éticos que deben inspirar la actividad legislativa.

Otra dificultad en los debates estriba en la complejidad de los argumentos. Me explico, cuánto más sencillo es un argumento mayor aceptación social tiene. No se trata de un fenómeno aislado, nuestra cultura ha generalizado los mensajes cortos, directos y sencillos como paradigma de comunicación y así los anuncios comerciales se condensan en una idea, las conferencias se acortan, los programas políticos solo se refieren a objetivos... Con estas reglas de juego, trataré que mis argumentos sean sencillos, evitando construcciones excesivamente elaboradas, pese a que esta posición simplista impide la mejor formación de las personas haciendo que el conocimiento sea cada vez más superfluo. Buen ejemplo de esta tendencia es el relativismo ideológico al que nos enfrentamos que ha generado una enorme colección de razonamientos tautológicos como: “¿Por qué

no?”; “no molesta a nadie”; “nadie puede imponer su opinión”; “hay que respetar cualquier decisión” . . .

Con estas dos premisas, argumentos estándar, argumentos sencillos, expongo a continuación una serie de razonamientos que cuestionan el reconocimiento legal del derecho a la muerte, sin mayor ambición que la de ser presentados de modo dialéctico.

¿POR QUÉ NO RECONOCER EL DERECHO A LA MUERTE? NO ES UNA CUESTIÓN TEÓRICA, TE AFECTA A TI

El hombre vive en sociedad, rodeado de sus semejantes; y lo hace en un entorno, su hábitat, la naturaleza.

Así visto no somos muy distintos del resto de seres vivos, salvo que para garantizar nuestra convivencia hemos decidido dotarnos de reglas. Digo “dotarnos” porque el resto de seres vivos tiene reglas, normas de convivencia y respeto. Y así conforme más desarrollados son los animales es más frecuente advertir la jerarquía de unos sobre otros, la demarcación territorial, el auxilio mutuo. . .

El hombre, es sin duda algo más avanzado — aunque a veces no lo parece— y ha elaborado lo que llamamos Ordenamiento jurídico, qué expresivo, *ordenamiento*, todo tiene que estar en su sitio. La finalidad última del Ordenamiento jurídico es garantizar la convivencia de los hombres —convivencia que no *conmoriencia*—, y es que regular la eliminación del hombre aunque sea a propia iniciativa supone apartarse de la razón última del Derecho, la vida.

El Ordenamiento jurídico incorpora a través de un complicado proceso, que se supone expresión de la voluntad popular, un conjunto de derechos y obligaciones. Proceso normativo, que como la sociedad misma, ha ido evolucionando y hoy nos encontramos con algo más parecido a un proceso industrial, por lo complejo y por lo elevado de la producción. Tratamos de regularlo todo, y todos tratan de regular. Se regulan desde las semillas hasta el uso de satélites, regulan desde las entidades locales hasta los organismos supranacionales.

En este apetito legal, alguien pudiera pensar en regular el derecho a la muerte. ¿Qué interés puede tener alguien en regular el derecho a la muerte? Mucho.

Decir sí o no a regular el derecho a la muerte no es una cuestión teórica, el reconocimiento legal de un derecho nos afecta a todos, presentes y futuros, vivos y muertos. Consagrar normativamente un derecho supone más de lo que nos pensamos, supone su oponibilidad frente a todos, poder exigir respeto en su ejercicio, prever el conflicto con otros derechos, tutelar su lesión. . .

De manera que no podemos desentendernos ante esta cuestión como si no fuera a afectarnos, debemos pronunciarnos en contra, pues detrás del reconocimiento de un derecho vienen obligaciones para los demás y esto nos afecta.

En conclusión, ante la retórica de “qué más da” reconocer legalmente el derecho a la muerte, debemos resistirnos, pues su reconocimiento afecta no solo a su titular sino a toda la sociedad, no se trata de una cuestión teórica, es evidentemente práctica.

EL ENGAÑO DE LA FELICIDAD

Reta a alguien a que se imagine tres personas en situación tal en la que según él debiera reconocérsele el derecho a la muerte, que se tome su tiempo, es necesario que se represente con todo lujo de detalles la situaciones, incluso es aconsejable que les ponga nombres a los tres.

A continuación pregúntale si son felices. Que se tome su tiempo.

No es preciso que teorice mucho sobre la felicidad, y salvo que alguna de estas personas esté en situación de inconsciencia la respuesta es que son infelices o de ser conscientes de su situación debería sentirse infelices.

Creo que podemos coincidir que quien es feliz no desea terminar con su vida. También podemos ponernos de acuerdo en que normalmente la felicidad es un estado anímico que cada vez más se asocia a aspectos materiales y sociales, de manera

a
l
a
v
i
d
a

que quien tiene de todo (familia, amigos, trabajo, dinero, reconocimiento...) debiera ser feliz y por el contrario quien se ve privado de afecto, recursos, autonomía... debiera sentirse cada vez más desgraciado. Esta tendencia social ignora que en ocasiones personas supuestamente infelices son felices para extrañeza del resto, y lo son pese a su enfermedad, a su pobreza... y por el contrario, supuestos felices acaban con su vida.

La concepción cristiana rechaza esta asimilación de la felicidad a lo material —como toda concepción espiritual del hombre— dado que la felicidad reside en la espiritualidad y no en la materialidad. A favor de la disociación felicidad-materialidad existen múltiples testimonios en un sentido y otro. Encontramos supuestos de personas que teniéndolo “todo” deciden quitarse la vida. La crisis financiera en U.S.A ha traído consigo innumerables noticias de suicidios de directivos, como el caso David Kellermann, de 41 años, Director Financiero de Freddie Mac (entidad hipotecaria intervenida por el gobierno americano), Steven L. Good, de 51 años, Director Ejecutivo de Sheldon Good & Co (una las Inmobiliarias más grandes de los Estados Unidos); Adolf Merckle quien aparecía en la lista Forbes y que controlaba el Group Ratiopharm (multinacional farmacéutica), Heidelberg Cement and Phoenix (líder de distribución en Alemania)... y un largo y triste etcétera. Sin embargo apenas damos importancia a estas noticias que nos deberían hacer reflexionar.

Por otra parte, encontramos que en ocasiones quienes supuestamente deberían ser infelices resulta que quieren seguir viviendo, afirmando sin miedo ser felices. Este es el caso de Olga Bejano, tetrapléjica que sigue viva gracias a un respirador artificial y cuyo testimonio lo encontramos en La Razón, como también el de Maribel Campo, Francisco Vaño, María Luisa Ruiz Jarabo... Ron Heagy, estadounidense de 43 años a quien una ola dejó tetrapléjico a los 17, cuyo testimonio aparece en La Vanguardia; Luis de Moya sacerdote... y un largo y alegre etcétera. Al que apenas se le da importancia pese a lo revelador

de su testimonio.

No obstante, la felicidad se ha convertido en un icono moderno, incluso una marca bien conocida de refrescos se identifica con la felicidad, eso sí disfrazada de apariencia. Esta apariencia de felicidad se encuentra arraigada en los más jóvenes siempre dispuestos a ofrecer una fachada de sí mismo en las redes sociales asociada al número de amigos, viajes, profesión... que distorsiona la realidad.

Configurados estos supuestos dos grupos sociales felices vs. infelices, seguramente ninguna persona feliz tendría interés en ser titular del derecho a la muerte y todo aquel en situación de reconocerse el derecho a la muerte vendría a ser infeliz. Pero como hemos visto no podemos tan fácilmente fijar en una norma un presupuesto de hecho que merezca como consecuencia jurídica la muerte.

Coincidiendo en lo dicho, mantenemos en silencio la identidad de los tres “infelices” que hemos pedido a nuestro interlocutor que se imagine.

¿EL DERECHO A LA MUERTE COMO AVANCE SOCIAL? DE LAS AGRESIONES EXTERNAS A LAS AGRESIONES INTERNAS

Si tuviéramos que seleccionar dos derechos que condensasen las grandes conquistas sociales del hombre en nuestra sociedad posiblemente coincidiríamos en que debieran serlo el derecho a la vida y el derecho a la igualdad. No es difícil convencer a nadie, invítale a examinar cuales son los dos primeros derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución y la mayoría de Tratados y Convenios internacionales. La igualdad y el derecho a la vida son un dúo fundamental, el uno explica el otro, y el otro el uno, de manera que cuando asumimos que todos somos iguales nadie puede disponer sobre otro por ser mejor, en definitiva por ser diferente.

Pero no ha sido fácil esta conquista, antes y no mucho antes, había esclavos y unos podían disponer sobre la vida de otros, lo que ha justificado genocidios, invasiones, masacres... Si volviéramos la vista atrás y pudiéramos tener acceso a las tragedias

de nuestra humanidad valoraríamos lo que hoy unánimemente aceptamos, somos iguales y tenemos derecho a la vida.

Hasta ahora las agresiones a estos dos derechos han sido externas, unos se han impuesto sobre otros, pero ahora, las agresiones son otras, son internas. Me detengo en este punto porque es fundamental, hoy el problema no es que alguien discrimine a otro (que lo sigue siendo), el problema es que hay hombres y mujeres que se sienten peores que el resto, se consideran inferiores, en ocasiones esta estima personal se liga al aspecto físico, a condicionantes sociales, a desarrollos profesionales... y así surgen lacras modernas como la anorexia, las depresiones... Este considerarse a sí mismo inferior es una reacción a una sociedad que ofrece como modelos o referentes a personas “guapas, famosas y ricas” de manera que quien no reúne todos estos elementos es simplemente un fracaso. Sin embargo todos somos iguales, ricos y pobres, guapos y feos, famosos y anónimos... felices e infelices. Pensar que los únicos enemigos de la vida y la igualdad se encuentran fuera de nosotros es un error, en ocasiones podemos llegar a ser nuestros propios devoradores.

Tras esta consideración, volvemos a los tres supuestos vistos más arriba, y preguntamos a nuestro interlocutor qué distingue a estas tres personas frente a él, sea cual fuera la diferencia, el avance social verdadero es mantener que no obstante las diferencias somos iguales y que esa igualdad debe venir acompañada de que su derecho a la vida no dependa de ser diferente por cuanto nada justifica que su vida valga menos. Aunque el considerarse uno mismo distinto sea algo reflexivo tiene su origen en una concepción social del hombre que rechaza a quien aparece privado de signos de felicidad, pese al absurdo de que afirmamos que todos somos iguales.

Reconocer a alguien el derecho a la muerte supone admitir que lo que diferencia a esta persona frente al resto justifica su muerte y admitido que somos iguales no obstante nuestras diferencias y que nadie so pretexto de la diferencia puede disponer de nuestra vida, no podemos dar el siguiente paso, que una parte de la sociedad reclama, pues lejos de

avance social nos encontramos con un retroceso. En efecto, precisamente los “infelices” son los que más necesitan, y ese “más” nunca puede ser el “menos” de la muerte. ¿Cómo explicar que se protege a alguien matándolo?

Pese a lo dicho, seguro que encontraremos quien defienda que se trata de poner fin al sufrimiento, a la infelicidad... pero insisto el sufrimiento aun en su grado mayor no puede tener como respuesta social la muerte. Es un contrasentido, y lo vemos a continuación con la paradoja del reo.

LA PARADOJA DEL REO

Continuando con la representación de situaciones y personas, ahora tratemos de pensar en alguien condenado por un delito de violación y agresiones graves a un menor, no es preciso explicitar detalles, pero sí representarse el delito mínimamente. No hace falta mucha imaginación, estamos inundados de violencia en el cine, televisión... Puestos a dar forma al delito es recomendable el más execrable de los crímenes, el más abominable de los delitos y también el peor de los reos.

Teniendo en mente el delito y al delincuente, añadimos que el reo estará ingresado en prisión por el plazo máximo, pongamos 20 o 30 años, lo que se debe a que en línea con el reconocimiento del derecho a la vida, nuestro sistema legal no ampara la pena de muerte pese a lo detestable del delito. La abolición de la pena de muerte se alza así como una conquista más de nuestra sociedad, y ello, insisto, pese a lo abominable que pueda ser el delito.

Esta conquista social tiene sus costes económicos, ya que mantener al condenado en prisión no es gratuito, y cuanto mayor es la duración de la pena, mayor será el coste para todos los ciudadanos su ingreso en prisión.

Hasta aquí creo que podemos coincidir en que pese a todas las reticencias sociales nuestro reo debe vivir con independencia del delito.

¿Y la víctima del delito cometido? ¿Qué sucedería si la víctima de nuestro reo fuera una de las tres

a
l
a
v
i
d
a

personas que pedimos a nuestro interlocutor que se representara? No es tan descabellado, ya que la víctima, esa menor agredida y lesionada pudiera estar en una situación física y mental tal que alguno aisladamente pudiera pensar que tiene derecho a la muerte. Incluso podría ser uno de los tres sujetos que pedimos que se imaginara nuestro interlocutor. ¡Qué ironía! Reconocemos el derecho a la vida al responsable de la situación de la menor al mismo tiempo que se cuestiona el derecho a la muerte de la víctima. ¡Cómo explicar los esfuerzos para abolir la pena de muerte y al mismo tiempo promover la muerte de los más necesitados! Si hay razones para negar la muerte al reo, más las hay para negar el reconocimiento del derecho a la muerte a la víctima. Pues si el causante de la desgracia debe vivir, más aún la víctima, pese a que su vida pueda presentarse como una desgracia. Volviendo a las diferencias entre sujetos, nos encontramos de un lado el ser autor de un delito de extrema gravedad y de otro lado ser un sujeto que sufre en grado máximo. Aisladamente ninguna de las situaciones de los anteriores justifica la muerte de ninguno de ellos, pero también hemos de advertir que el debate del reconocimiento del derecho a la muerte debe hacerse en conjunto pues los derechos se integra en un todo, en un ordenamiento, en un “sistema” legal que debe responder a unos mismos principios, fundamentalmente la dignidad del hombre a través de la protección de la vida y la igualdad. Y si tiene dignidad el reo, más la ha de tener los más necesitados.

COHERENCIA CON EL AVANCE SOCIAL

Gran parte de los defensores del reconocimiento legal del derecho a la muerte lo apoyan en la medida en que este hipotético derecho se integraría en las conquistas pendientes de los más progresistas. Pero lo hacen sin conciliar su reclamación con las verdaderas conquistas sociales, lo que evidencia lo endeble de su discurso.

Me explico, son muchas las evidencias de la incoherencia, una ya la hemos visto, la prohibición

de la discriminación que todos admitimos, y que obviamos cuando atribuimos el derecho a la muerte a los más débiles lo que conlleva su discriminación y por ende su humillación, ya que privar a una vida de dignidad es humillar.

Otra evidencia es más reciente, y la encontramos en los esfuerzos por proteger a las denominadas personas dependientes. En efecto, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia reconoce a todas las personas en situación de dependencia una serie de derechos básicos involucrando a toda la Sociedad y Poderes Públicos en su defensa. Esta protección se extiende a las situaciones de gran dependencia definidas como aquellas en que *la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal*. ¿Cómo se puede reconocer tales derechos y al mismo tiempo la opción de la muerte? Sencillamente, no se puede. Cualquier avance debe partir necesariamente de garantizar la vida de las personas más necesitadas, de manera que lo procedente no es cuestionar el derecho a la muerte sino garantizar el derecho a la vida, y en especial el derecho a una vida digna.

EL AFECTO

La muerte es un hecho natural de innegables consecuencias jurídicas. Y así los sistemas legales más primitivos se preocuparon de regular los efectos de la muerte en el derecho patrimonial y en el derecho de familia, previendo sus resultados en las instituciones familiares y en las relaciones económicas. El derecho moderno no es ajeno a ello y la muerte sigue prevista en un gran número de normas como lo que es, un acontecimiento natural con consecuencias jurídicas, salvo los supuestos en que ésta es el resultado de la intervención de otro

sujeto generando la tipificación de tales conductas.

Ante la hipótesis del reconocimiento legal del derecho a la muerte no sólo se debe alzar la sociedad en su contra, en base a los argumentos expuestos, sino también debe reconocérsenos a cada uno de nosotros el derecho a oponernos a la muerte de aquellos a quienes queremos. Esta oposición no se justifica sólo en el impacto negativo que produce en nuestra organización patrimonial y familiar, sino también en la pérdida afectiva. La vida desde que comienza genera efectos en el entorno, trae consigo vínculos, relaciones... no sólo tangibles sino también y sobre todo intangibles. La impronta que generamos viviendo en nuestro entorno es incalculable, hasta el punto de que nada sería lo mismo si uno de nosotros no hubiera llegado a existir.

Las relaciones afectivas no solamente se presuponen en las relaciones familiares sino que incluso el legislador consciente de la relevancia del afecto lo reconoce para justificar situaciones asimiladas, parejas de hecho, reagrupaciones familiares...

Puesto en relación el afecto y la muerte nuestros sistemas de previsión social (seguridad social o seguros privados) atribuyen a la “contingencia” muerte una indemnización a los perjudicados, coherente con la concepción de que la muerte nos causa un daño a los allegados... ello demuestra la superación de la concepción individual de la muerte —como no podía ser de otra forma— y el reconocimiento a la sociedad como perjudicada. Reconocido el impacto que causa la muerte de una persona en su entorno afectivo no puede admitirse la hipótesis de la autonomía de la persona en la decisión de morir pues viviendo los hombres en sociedad y generando la vida vínculos, todos tenemos derecho a oponernos a la muerte.

CONCLUSIÓN

El debate sobre el derecho a la muerte nos afecta a todos, su reconocimiento supondría su oponibilidad

frente a todos, poder exigir respeto en su ejercicio, prever el conflicto con otros derechos, tutelar su lesión... por lo que no podemos desentendernos ante esta cuestión.

La consagración de este hipotético derecho parte de atribuir su titularidad a los más infelices. Resultando que la felicidad como paradigma moderno se asocia a aspectos externos, se ha generado una conciencia colectiva que estimula que algunos se sienta o deban sentirse infelices por su situación, hasta el extremo de poder desear su muerte.

Pese a las conquistas históricas del derecho a la vida y el derecho a la igualdad de los hombres no obstante sus diferencias, se alza como “avance” la discriminación de aquellos que por su situación debieran desear la muerte. La autoexclusión aunque sea una decisión autónoma es tan o más peligrosa que la exclusión por otros, sobre todo cuando lo que justifica la sugestión de desear la muerte trae causa de una situación de necesidad, desprotección, infelicidad... que merece protección y ante todo el derecho a una vida digna.

La incoherencia de esta reivindicación aparece más nítida cuando ponemos en relación los esfuerzos de algunos por imponer el derecho a la muerte a las víctimas con los esfuerzos sociales de garantizar la víctima de los agresores. Incoherencia que se revela una vez más cuando advertimos que nuestro sistema legal nos involucra a todos en la protección de las personas en situación de dependencia.

Por último, aunque el ejercicio del derecho a la muerte puede tener su punto de partida en la decisión individual de un hombre, los efectos de la muerte se extienden a la sociedad desde el núcleo familiar más cercano hasta el más amplio de los círculos de convivencia. La muerte es por ello una pérdida, una derrota para todos nosotros.

a
l
a
v
i
d
a

VIII.- EL TESTAMENTO VITAL

JUAN GIL DE ANTUÑANO FERNÁNDEZ-MONTES
NOTARIO

Mi experiencia me dice que el hombre precavido, consciente de sus limitaciones, desea dejar todo lo mejor atado posible.

Es normal por ello una conversación en la Notaría según la cual, el cliente habitual, ya mayor, le pregunta al Notario con el que lleva toda la vida condensándose jurídica y económicamente, si después de dejar a su hijo mayor de Administrador de la sociedad hay que hacer algo más para ordenar la vida y patrimonio.

El Notario le mira y le pregunta: ¿no hiciste ya *testamento* el año pasado?.

En efecto. Establecí la *cautela socini* para defender a mi mujer María, según me dijiste, y el poder de disposición de los bienes para mi segundo hijo Javier que es poco reflexivo a los 21 años, como si no hubieran modificado el artículo 320 del Código Civil de tiempos de Franco.

¿Tienes tú y tu mujer un *poder recíproco*?

Sí, y tal y como me comentaste, contempla los casos de incapacitación, es decir que la pérdida de

capacidad no es causa de revocación del mismo y facilita mucho la gestión del patrimonio en estas situaciones sin necesidad de solicitar una tediosa autorización judicial. Por eso hubo que otorgar otro nuevo porque el antiguo que teníamos no contemplaba esta posibilidad.

Todo eso está muy bien, responde el Notario, pero sólo afecta básicamente a la esfera patrimonial, aunque el testamento puede tener otras disposiciones al margen de las meramente patrimoniales.

¿Has oído hablar del *Testamento Vital*, llamado también *Voluntades Anticipadas* o *Instrucciones Previas*? Tu primo Alfonso, que en paz descansa, fue el primero que me las pidió siguiendo instrucciones de su oncólogo. Facilitó el tratamiento en sus últimos días.

Como tienes formación jurídica te explicaré de forma más detallada y esquematizando su complejidad:

El tema viene importado del Derecho americano "*living Will*", pasó al artículo 9 del Convenio para la

Protección de los Derechos y la Dignidad Humana y se plasmó en España en el artículo 11 Ley 41/2.002 que no deja de ser una ley de Bases y que ha tenido antes de su publicación y después réplicas en las diferentes Comunidades Autónomas, y éste es uno de los problemas básicos, ya que no siempre se decide anticipadamente la Comunidad Autónoma en la cual se va a recibir el tratamiento o se va morir, pero ya sabemos que nuestros políticos últimamente legislan como si todo el campo estuviese vallado, y no hubiere más allá de su feudo.

Por *Testamento Vital* o *Instrucciones Previas* debe entenderse el documento por el que una persona manifiesta anticipadamente su voluntad, al objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre el cuidado y el tratamiento de su salud o llegado el momento de fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.

De esta definición se deducen varias *características*:

1.- Tiene que otorgarlo una persona todavía lúcida.

2.- Contempla dos situaciones o momentos en que se encuentra la persona diferentes pero que se engloban en el mismo cajón de sastre:

2.1.- *Instrucciones previas al fallecimiento*: Persona todavía viva pero que ya no le es posible expresar su voluntad, es decir, ha perdido su lucidez y se encuentra en una condición física o mental incurable e irreversible y sin expectativas de curación. Más adelante veremos cuando se entiende que estamos en una de estas situaciones.

2.2.- *Instrucciones posteriores al fallecimiento*: Persona recién fallecida que quiere disponer de su cuerpo, alguno o todos los órganos. Disponer de sus restos vía enterramiento o incineración, y señalar la forma o condiciones que quiere ser enterrado o incinerado, sujeto o no a un determinado rito o religión.

A estos efectos he de señalar que las menciones que aprendí como Notario que se señalaban en los testamentos tradicionales respecto al enterramiento

tenían poca efectividad, ya que éste se abría cuando el cadáver ya había sido enterrado y poco se podía hacer.

La definición no impone una *forma* a esta declaración de voluntad. Por ello cada Comunidad Autónoma ha legislado lo que la ha parecido (sic). La mayoría, con la excepción andaluza, reconoce la *forma notarial*. Pero aún en esta Comunidad Autónoma se ha reconocido implícitamente la posibilidad de *otorgamiento ante Notario*, y entiendo que es posible y aconsejable.

Casi todas han creado un *formulario* como si este tema se pudiese tratar uniformemente como en el libro de Aldous Huxley *Un Mundo Feliz*.

El formulario se bajaría de Internet y se firmaría según la Comunidad Autónoma ante dos o tres testigos.

También en muchos casos se puede “confesar” el interesado, según han legislado nuestros representantes, ante el *funcionario* encargado del Registro de Voluntades Anticipadas que todas ellas han creado.

En Madrid éste está situado en la Calle Sagasta 6. Me imagino la cola en Bulevares de desahuciados para la declaración.

Desde luego si se ha otorgado ante Notario, éste mismo se encarga a requerimiento del interesado de comunicarlo guardando la confidencialidad y discreción debida.

Ante semejante barullo, se ha creado otro órgano administrativo más: un *Registro Central o Nacional* al cual desde comienzos del 2.009 se remiten todas las Voluntades Anticipadas para que puedan ser consultadas desde cualquier punto de España. Este *Registro Nacional de Instrucciones Previas*, tal y como lo denomina el artículo 11 de la ley 41/2002 depende del Ministerio de Sanidad y Consumo y debe de tener su propio desarrollo reglamentario.

Hay que señalar que la inscripción en el Registro es voluntaria y a mi modo de entender no es necesaria en muchos casos. Me explicaré:

Una de las menciones más convenientes del Testamento Vital es la de nombramiento de un *representante*.

En el caso de matrimonios bien avenidos será

a
l
a
v
i
d
a

normalmente nombrado representante el marido o la mujer ya que otorgaron el mismo día *Testamento* y *Testamento Vital* ante el mismo Notario que así lo aconsejó.

El marido o la mujer tienen relación directa con el médico que trata a su pareja.

El *testamento Vital* es realmente un *medio de protección del médico* cuando deba tomar una decisión difícil. Y ésta decisión la consultará con los parientes más próximos, con el marido o mujer representante, que le exhibirán el documento notarial aún no inscrito que le exime de responsabilidad de llevar el tratamiento más allá de los límites humanamente razonables.

Es el familiar cercano y no el médico quien conoce mejor las creencias y posibles intenciones del paciente, por eso se le llama aún impropriadamente “representante”.

El médico aconseja y el familiar decide. Y el médico así salva la responsabilidad. Para ello no hace falta Registro. Esta teoría como luego veremos no se cumple al limitar muchas Comunidades Autónomas la capacidad de decisión del representante.

El invento del Registro de Voluntades Anticipadas es una intención de completar el *Expediente Clínico del Paciente*, pero a mi entender excede de las competencias de las Comunidades Autónomas crear cada una su propio Registro, ya que no se trata de un simple tema sanitario, sino que afecta al principal de los derechos fundamentales: la vida. Por ello a mi entender sobra tanta legislación autonómica que tanto complica y en nada beneficia al ciudadano.

Su regulación en aplicación del artículo 15 y 149.1º y 8º de la Constitución debía ser Estatal. Pero ya conocemos lo *moldeable* de La Constitución.

El Registro de Voluntades Anticipadas, si tiene su razón de ser en el segundo de los contenidos del Testamento Vital, es decir, la donación de órganos, y ello por razones de inmediatez de respuesta en caso de accidente mediante una rápida consulta. En éste caso si podría considerarse un tema de sanidad competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (véase el artículo 148.21 de la Constitución).

Centrándonos por su controversia en las **Instrucciones previas al fallecimiento**, que afectan al *derecho a la vida*, y que por lo que se ha dicho no debían aplicarse las formas ni regulación autonómica, hay que hacer mención a la posibilidad de recibir o rechazar posibles tratamientos, en especial aquellos paliativos del dolor.

La aceptación o rechazo de medicamentos o tratamientos complementarios si en nada van a mejorar la recuperación o aliviar los síntomas.

Aceptar o rechazar técnicas de soporte vital o autorizar al representante a que señale el momento en que cree deban retirarse una vez comenzadas.

Indicar si se desea o no ser informado de su diagnóstico fatal o designar a una o varias personas para que se les informe.

Señalar de quien quieren estar acompañados en su trance final. Es importante por ejemplo para poder llamar a un sacerdote que auxilie al enfermo en base a sus creencias.

Los Supuestos de aplicación de las instrucciones previas al fallecimiento son:

1.- La *enfermedad incurable avanzada* entendiéndose por tal aquella de curso progresivo, gradual, con afectación de la autonomía y calidad de vida, con respuesta limitada al tratamiento y que en opinión del médico evolucionará necesariamente a la muerte en el medio plazo. Y es aquí donde empieza el problema de la definición y límites.

Como bien sabemos la eutanasia no es legal en nuestro Ordenamiento Jurídico, si bien hay grupos de presión como la Asociación Federal de Derecho a morir dignamente, que la propugnan de forma activa.

Según el apartado 3 del artículo 11 de la ley 41/2002 “no serán aplicables las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.”

No obstante éstas asociaciones presionan para incluir en los modelos de aquellas Comunidades Autónomas más progresistas (sic), cláusulas de estilo tales como “si para entonces la legislación

regula el derecho a morir con dignidad mediante eutanasia activa, es mi voluntad evitar todo tipo de sufrimiento y morir de forma rápida e indolora de acuerdo con la *lex artis ad hoc*”, es decir, que inserto en un formulario, se autorice la eutanasia activa si en el momento del fallecimiento está legalizada. ¡Qué horror y que ahorro de costes al sistema sanitario!

¿Realmente se puede prescindir de un Notario para explicar claramente qué está haciendo el firmante del formulario?

Esta es la manifestación más importante de su vida y se pretende que se realice ante un funcionario autonómico o tres testigos de los cuales uno sólo puede ser familiar directo hasta el segundo grado, y además no puede ser la persona más querida, si la queremos nombrar representante.

Los otros dos testigos han de ser extraños, ya que no pueden ser ni familiares, ni tener relación laboral, patrimonial, de servicio u otro vínculo obligacional.

¿Quién comprueba todo esto? Puede dar lugar a tacha de idoneidad cuando el paciente ya no puede rectificar el testamento vital por estar en estado Terminal.

Es decir el testamento vital ante testigos puede desembocar fácilmente en un caso de ineficacia por incumplimiento de los requisitos formales. ¿Saben los médicos de la Clínica Universitaria de Navarra los requisitos formales de cada Comunidad Autónoma? ¿No es mejor entregarles un documento notarial aun prescindiendo del Registro?

Respecto del funcionario autonómico, hay que señalar que no hay libre elección del mismo a diferencia del Notario, y que no siempre está solucionado el problema de declaración ante funcionario no competente por pertenecer a Comunidad Autónoma distinta del lugar de residencia del declarante (otro motivo de posible ineficacia del documento por incumplimiento de los requisitos formales).

La Comunidad de Madrid consciente del problema, a través de la Ley 3/2005 de 23 de marzo y la Orden 2191/2006 de 18 de diciembre que regula el modelo oficial de documento de solicitud de inscripción, permite que se puedan inscribir de acuerdo

con la Legislación madrileña Instrucciones Previas de cualquier ciudadano sea no residente en Madrid.

En todo caso, la solución del Notario se antoja la mejor.

Pero volvemos a los supuestos de aplicación de las instrucciones previas al fallecimiento:

2.- *La enfermedad terminal* es aquella enfermedad avanzada, en fase evolutiva e irreversible, con síntomas múltiples, impacto emocional, pérdida de autonomía, con escasa o nula capacidad de respuesta al tratamiento específico y con un pronóstico de vida generalmente inferior a los seis meses, en un contexto de fragilidad progresiva.

Aquí se puede repetir lo ya señalado para la eutanasia.

3.- *Situación de agonía*: es aquella situación que precede a la muerte cuando se produce de forma gradual, y en la que existe deterioro físico intenso, debilidad extrema, alta frecuencia de trastornos cognitivos y de la convivencia, dificultad de relación e ingesta y pronóstico de vida de días u horas.

Hasta aquí las definiciones legales. Ahora la *interpretación que se da a estas situaciones*:

En el primero de los casos bastaría, según María de los Angeles Ceballos, encargada del Registro de Instrucciones previas de la Comunidad de Madrid, que el paciente estuviese afectado por la enfermedad de Alzheimer en fase severa, a la que se une alguna complicación como por ejemplo una obstrucción intestinal que obliga a intervenir quirúrgicamente y posiblemente a ingresar en la Unidad de Cuidados Intensivos.

¿Podrá el documento de Instrucciones Previas negarse a este tratamiento? Parece ser que sí. Que ésta es la intención. Que juzgue cada uno si le deja al médico en base a este documento la decisión o es mejor que el documento esté en manos del pariente-representante que tome la decisión, eso sí, previo asesoramiento del médico.

En el segundo de los casos, María de los Angeles Ceballos pone el ejemplo de un cáncer pulmonar con metástasis en el cerebro que provoca desorientación, alucinaciones, dificultad de lenguaje y deterioro

a
l
a
v
i
d
a

cognitivo.

El médico estima que no quedan más de seis meses de vida. En este caso también en las Instrucciones Previas se puede rechazar el tratamiento.

En la situación de agonía no hace falta poner ejemplos, ya que es la más clara.

Una figura imperfecta en este esquema de voluntades anticipadas previas es el mal llamado *representante*.

Su nombramiento es potestativo.

No hay más límites que sea mayor de edad y tenga plena capacidad de obrar. Entiendo que la ley piensa en personas físicas. Pero si establece prohibiciones: no puede serlo el Notario autorizante, el funcionario encargado del Registro cuando se otorgó el documento ante él o los testigos.

En la Comunidad de Madrid, el representante se asemeja más a la figura del nuncio, portavoz o mensajero que al representante o apoderado recogido en nuestro Código Civil bajo la figura del Mandatario y en el Código de Comercio bajo la figura del Comisionista.

Y ello porque se configura como un simple ejecutor que vela por el cumplimiento del Documento de Instrucciones Previas, sin que pueda contradecir lo expuesto por el otorgante.

Sí, es el interlocutor con el médico pero no queda claro si se le pueden o no dar facultades amplias de decisión, sin necesidad de especificar los casos.

Desde luego si se ha especificado por ejemplo la renuncia a tratamientos, no puede ir contra la voluntad del otorgante. Se limita a presentar el documento al médico y a consensuar con él hasta dónde pueden llegar. Aun esto es mejor que dejar todo en manos exclusivas del médico que podrá ser conocido o no.

En otras Comunidades Autónomas *el representante* se configura más como un verdadero apoderado con facultades decisorias. Es decir su palabra sustituye a la del paciente en estas situaciones pudiendo tomar decisiones incluso en los casos no previstos en la ley.

Esta solución me parece mejor que la solución madrileña ya que no siempre se pueden encorsetar

las situaciones en que nos vamos a encontrar con carácter previo. Pero insisto, hay que justificar la existencia de parlamentos autonómicos con mucha legislación.

El documento de Instrucciones Previas o Testamento en lo que sí se asemeja a un Testamento tradicional es en que puede ser en cualquier momento *modificado, sustituido o revocado* siempre y cuando el otorgante conserve la capacidad y se indique claramente.

Entiendo que si el otorgamiento ha sido Notarial, su modificación, sustitución o revocación deben de tener la misma forma.

Estas modificaciones serán igualmente notificadas en su caso al registro por el mismo procedimiento.

La notificación es obligatoria al Registro si se hubiese presentado el anterior y al Notario autorizante del anterior Testamento Vital por aplicación del artículo 178 del Reglamento Notarial.

¿Quiénes pueden tener acceso al registro de voluntades anticipadas?

Además del interesado, su representante nombrado (de ahí la importancia de nombrarlo), su representante legal, y los médicos encargados del tratamiento.

Respecto a las **instrucciones posteriores al fallecimiento**, pueden ser de dos tipos:

1.- Las referidas a la DONACIÓN:

Hay que señalar que en España todo el proceso de la donación y el trasplante de órganos y tejidos están regulados por la Ley de Trasplantes, garantizando el altruismo de la donación y la equidad en el acceso al trasplante. La donación de los órganos y tejidos se realiza tras la muerte encefálica, es decir el fallecimiento de una persona. El diagnóstico de muerte encefálica es realizado por tres médicos, siendo uno de ellos neurólogo o neurocirujano.

Los donantes de órganos son personas de cualquier edad. En el momento de la donación lo que se valora es la función de cada órgano en particular. Existen algunas enfermedades muy concretas que pueden contraindicar la donación por la posible

transmisión de dicha enfermedad al receptor del órgano.

Actualmente los órganos y tejidos de un donante fallecido susceptibles de trasplante son:

Órganos	Tejidos
Riñón	Córneas
Higado	Huesos y segmentos osteotendinosos
Corazón	Válvulas cardíacas
Pulmón	Segmentos vasculares
Páncreas	Piel
Intestino	Tejidos de cultivos celulares :
	Mioblastos
	Condrocitos
	Islotes pancreáticos
	Queratinocitos
	Membrana amniótica
	Médula ósea

Para poder donar los órganos y los tejidos, el donante tiene que fallecer en un hospital (tras una parada irreversible de las funciones cerebrales o de las funciones cardiorrespiratorias, sin que exista la posibilidad de recuperación); sólo así se puede mantener el cuerpo artificialmente desde el momento de la muerte hasta el de la extracción. Los órganos de las personas que fallecen fuera de un hospital pueden ser válidos en determinadas circunstancias, pero en la mayor parte de los casos NO son válidos para trasplante (se deterioran rápidamente).

En cuanto a la extracción de los órganos y tejidos, es una operación quirúrgica de cuyo rigor depende la vida de los enfermos que se van a trasplantar. Tras la extracción de los órganos y tejidos se realiza una reconstrucción, de forma que el cuerpo no queda desfigurado. El funeral, la incineración o el entierro se realizan de la misma manera que en los fallecidos no donantes.

Una persona puede declararse donante de órganos y de cuerpo simultáneamente, aunque tiene prioridad la obtención de órganos para trasplante siempre que sea posible. En el caso de que el donante no sea adecuado para trasplante, se notificará a la

Facultad de Medicina de la donación del cuerpo.

2.- Las referidas a RITOS, ENTERRAMIENTO O INCINERACIÓN. Entramos aquí en supuestos amplísimos que se han complicado con la inmigración de personas con creencias distintas de las tradicionales nuestras.

No nos parecerá raro en poco tiempo tropezarnos como en el extranjero con cementerios exclusivos de una creencia o profesionales especializados en ritos determinados. Todo ello excede de este artículo.

MODELOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS:

Hay tantos como Comunidades Autónomas que han legislado, más los de la Conferencia Episcopal, muy simple, y los citados de algunas asociaciones con ciertos intereses en el tema.

No interesan repetirlos ya que se pueden obtener a través de las respectivas páginas Web.

Cualquier Notario tiene un modelo que puede facilitarle, explicarle y adaptarlo a sus necesidades que no se pueden estandarizar en un formulario.

En definitiva, he intentado dar una visión necesariamente particular y parcial del testamento vital.

No he ocultado mi malestar y dudas por el proceso de regulación del mismo y los problemas que presenta.

La visión es de un jurista no un médico pero pretende ayudar y orientar a aquel que tenga interés en el tema.

Y por supuesto, mi visión no está exenta de críticas ya que hemos entrado en un mundo donde la moral y las creencias tienen mucho que decir, y por ello no soy partidario ni de la fragmentación legislativa, ni del encorsetamiento vía formularios salvo en el caso de la donación de órganos, en la que entiendo está justificado.

a
l
a
v
i
d
a

IX. LA VALENTÍA DE SER MADRE

MARÍA DOLORES ARMADA MARTÍNEZ DE CAMPOS
FARMACÉUTICA

El título no es más que la verdad. Las cinco historias que se van a contar son absolutamente reales. Los nombres son ficticios; pero los hechos ciertos. Y se cuentan en tiempo presente porque son historias actuales y vivas.

LUZ

Luz tiene 28 años. Es soltera. Es madre de un niño de 4 años, que tuvo con otra pareja. Es funcionaria. Tiene un novio estable de raza diferente a la blanca. Se ha quedado embarazada de su novio. Por una conocida suya supimos que se estaba planteando abortar. Como siempre, la llamamos por teléfono y le propusimos tener una sencilla charla de amigas. Nada más conocerla nos impresionó su cara de bondad. Es muy importante escuchar. Su problema no era ni profesional, ni económico, ni de estabilidad sentimental con su pareja. Se trataba del agobio natural que acompaña siempre a todo embarazo. La conversación transcurrió en el ambiente de mutua

confianza que se crea en cuanto alguien está dispuesto a abrir el corazón. En seguida surge la inquietud de en qué consiste realmente un aborto. Aunque lo sabía, no llegaba a creérselo del todo. Es bueno contraponer la alegría de una vida, a la frialdad sórdida de las técnicas del aborto. Al cabo de media hora, Luz sonrió. Se le iluminó la cara. Y la sonrisa era de complicidad. Dijo simplemente: “Tenéis razón”. Su embarazo está siendo complicado. Se encuentra fatal. Lleva varios meses con náuseas constantes... pero está feliz. Encargó a su ginecólogo que le hiciera una ecografía en tres dimensiones, para ver bien la cara de su hijo. De vez en cuando la veo pasear tranquilamente con su novio y su hijo mayor. Se les ve muy contentos.

JESSICA

Jessica tiene 14 años. Tiene un novio musulmán. Es extraño porque resulta habitual ver a muchachas musulmanas embarazadas. Cuando la conocimos

estaba de 14 semanas. Alguien nos puso en contacto. Y quedamos con ella. Apelamos sobre todo a su compasión. No lo sabían sus padres, y estaba decidida a no decírselo. Ella insistía en abortar. Nada parecía convencerla. Le explicamos tranquilamente los medios que nosotros podíamos poner para ayudarla: intentar conseguir, para ella y para su hijo, todas las subvenciones de las Administraciones Públicas, le dijimos que a su hijo no le faltaría ni el alimento, ni la asistencia médica, ni la posibilidad de estudiar. Incluso, si ella quería, el acogimiento temporal o la adopción. Tres cosas me han quedado impresas de ella: el desapego hacia su hijo, su prisa por abortar —¡hoy!— y, sobre todo, que decía con desprecio: “yo no lo quiero tener”. Nada hemos vuelto a saber de ella. No se debe juzgar a una niña de 14 años. Lo verdaderamente lamentable es que seguro que ha encontrado un abortorio en donde, de forma absolutamente ilegal, sin conocimiento de sus padres y simplemente por dinero, habrán hurgado en sus entrañas, y despedazado a la criatura que albergaba en su seno.

ADELINA

Adelina es sudamericana. Tiene 25 años. No está en situación regular en España. No tiene trabajo. Su novio es español. Quedamos con ella. Vino con dos amigas. Nos comentó que estaba embarazada de 7 semanas. Su novio se lo había dejado muy muy claro: él le pagaba el aborto; pero si decidía seguir adelante con el embarazo, la abandonaba. Su posición no es nada fácil. Charlamos tranquilamente con ella, y en la conversación salieron, como no podía ser de otra forma, los métodos de aborto. Cuando le estábamos explicando que se trocea al feto y se van aspirando los restos, y que en el caso de que no sean lo suficientemente pequeños se va repitiendo la operación, nos interrumpió una de sus amigas: “¡Es así de horrible! ¡A mí me hicieron un aborto y es así de horrible!” Adelina teme que las amenazas de su novio no se limiten al abandono, y que tome mayores represalias. Pensando una posible solución, ella nos

dijo que tenía una amiga en otra ciudad de España. Con tan buena suerte de que allí existe una casa de acogida de Redmadre. En esa ciudad y en esa casa, lejos de los peligros y trabajando en lo que puede, espera, ilusionada, la venida de su hijo.

RUBÍ

Rubí tiene 16 años. Está embarazada de 10 semanas. Su padre y su madre son españoles. Desde AVA nos contaron que se estaba planteando abortar. Y nosotros la llamamos. Fue su madre la que cogió el teléfono y lo primero que nos dijo: “¡Son ustedes nuestra última esperanza! ¡Esta niña está empeñada en seguir adelante con el embarazo! ¡Nosotros estamos hartos y no logramos convencerla de que aborte!” Nos dimos cuenta —no hay que ser muy astuto— de que sus padres querían exactamente lo contrario de lo que nosotros pretendíamos. En este caso, como en todos los demás, lo mejor es una tranquila conversación con quien quiera venir. Acudió Rubí con sus padres. Su madre desde el primer momento se mostró iracunda: ¡Esta niña no quiere abortar, y desde luego su padre y yo no lo vamos a consentir! ¡Si quiere seguir adelante que se vaya con su novio! ¡Nosotros no vamos a seguir manteniéndola! Charlamos. Charlamos todo lo serenamente que nos dejó la madre. . . que fue poco. Curiosamente el padre respondía al perfil del calzonazos: asentía, y de vez en cuando metía baza, mostrándose aún más violento que su mujer. Sin embargo, nosotros seguimos hablándole de la grandeza de la vida y de la ternura de un hijo. Y entonces se descubrió el pastel: Rubí había utilizado su embarazo como forma de hacerse la interesante y la rebelde con sus padres; pero nunca había pensado en no abortar. Y sólo cuando supo que nosotros íbamos en serio en lo de ayudarla, en su inmadurez como mujer y como futura madre, mostró una cara despectiva, como de hastío hacia todo lo que le rodeaba. Aquello terminó de forma abrupta. Mientras la madre gritaba que ellos eran “católicos, apostólicos y romanos” pero que lo que tenía su hija no eran nada más que unas

a
l
a
v
i
d
a

células, el padre nos insultaba. Eso sí, en dos tonos de voz más bajito que su mujer. No hemos vuelto a saber nada de Rubí, lo cual es una pena. Ni de sus padres, lo cual es una alegría.

PAZ

Paz también tiene 16 años. Se ha quedado embarazada de su novio. Estudia 1º de Bachillerato. Fue también AVA quién nos avisó. Y nosotros la llamamos y quedamos con ella. Vino con su novio. Su madre no sabía nada de su embarazo, y por ahora no quería decirle nada porque bastantes disgustos tenía con el traumático divorcio de un marido que un día, porque le dio la gana, se largó dejándola a ella y a sus dos hijas. Su intención era abortar. De nuestra conversación salió bastante impresionada pero dudando. En cualquier caso, para que tuviera todos los elementos con que decidir libremente, le ofrecíamos acompañarla a hacerse una ecografía. Al día siguiente vino sola. En la ecografía el médico y las enfermeras, como es habitual, la trataron con un gran cariño. Después de ver a la pequeña criatura moverse — parecía una niña- le cambió la cara. A la salida, radiante, nos dijo: “No sé en que hora se me pudo ocurrir abortar”. Nos dio las gracias y nos dijo que ya nos llamaría. No podíamos imaginar que en su inteligencia ya estaba diseñando toda una estrategia. La llamamos a los quince días. Nos dijo que estaba todo mucho mejor. Nos preocupaba, pero no la volvimos a llamar para no agobiarla. La siguiente noticia fue al cabo de otros quince días. Nos llamó su madre ¡que se acababa de enterar de la noticia, porque se la había dejado escrita en una carta antes de ir al Instituto! Muy afectada, llamó a un hermano suyo, al que no se le ocurrió otra cosa que decir que el que su sobrina tuviera un hijo de soltera, era una vergüenza para la familia; que él la pensaba recoger al día siguiente y llevarla a una clínica para que abortara, quisiera o no quisiera; y que si no abortaba, nunca más contarán con ellos. Esa misma tarde quedamos con Paz y con su madre. Como la madre es una extraordinaria persona, ya

se había hecho su composición de lugar, y aunque la noticia era un trago, ella pensaba ayudar a su hija en todo lo que necesitara. Lo mejor fue que Paz aconsejaba a su madre: “no te preocupes mamá, crees que yo me voy a desentender de la niña; pero ya verás como no”. Estábamos asombrados con la madurez de Paz. Cuando le preguntamos por su novio, nos dijo: “Ahí anda el hombre, todo agobiado”. Y en un momento de la conversación, tocándose la tripita, dijo: “Yo antes de matar a mi hija, la doy en adopción”. Tanto su madre como nosotros le dijimos que estábamos seguros de que saldrían adelante; pero nos cautivó su valentía. En cuanto a lo de sus tíos, le comentamos que lo mejor era dejarles claro que mayor vergüenza sería que se encontraran con una denuncia por secuestro, coacciones y violencia contra una mujer. Pocos días después me pidió que la acompañara a su Instituto; para explicar a la Directora la situación. La Directora es una religiosa, de mediana edad, cargada de experiencia y sentido común. Le dijo a Paz: “Hija si te conozco desde que eras muy pequeña ¿cómo no te vamos a ayudar? Además yo también tengo historias parecidas en parientes muy cercanos. Tienes que reconocer que tal vez la situación no sea la ideal, pero por eso te tienes que esforzar más para sacar adelante a tu hijo. Yo te aseguro que te vamos a ayudar, pero también vamos a exigirte académicamente, porque si no, en vez de un favor, te estaríamos haciendo una faena”. Y ambas están cumpliendo su acuerdo. Ahora está de siete meses. Hace poco ha venido a verme, no para que le ayude, sino para decirme que en cuanto tenga a su niño —al final era niño y no niña, con lo que no va a poder ponerle todos los lazos que tenía pensado—, me va ella a echar una mano en lo que pueda, con las chicas que se encuentren en su situación.

LA VALENTÍA DE SER MADRE

Esto no es como en las películas en que unos son felices y no tienen problemas, y otros son infelices y tienen problemas. Si se piensa en las historias reales anteriores, a ninguna de las mujeres que ha decidido

tener a su hijo se le presenta un panorama fácil. Por el contrario, seguro que lo tienen más difícil que las que se han deshecho de su hijo. Pero son mucho más felices. En efecto tienen muchas más dificultades, pero son mucho más felices. Ahora, y cuando vean crecer a sus hijos. La razón es bien sencilla. Han antepuesto la vida, la libertad y el amor a su egoísmo. Es así. No quiero profundizar en un hecho objetivo: la lacra psicológica — y, tristemente, muchas veces psiquiátrica— que arrastrará toda su vida una mujer que ha decidido matar a su hijo. Sí quiero detenerme en los tres grandes ideales de los que he hablado.

La vida.- No es lo mismo la vida que la muerte. Resulta evidente que la vida humana menos protegida, más indefensa, jurídica y socialmente, es la de los niños que están en camino de nacer. Defender la vida vale la pena.

La libertad.- Por nuestra experiencia sabemos positivamente que muchas mujeres que van a ser madres se encuentran desamparadas, desvalidas, ante un ambiente hostil, que las empuja a deshacerse de sus hijos. Hay auténtica violencia cuando las mujeres que están esperando se ven amenazadas por las personas que les rodean y por la sociedad. Sus novios, sus maridos, sus parejas: “¡Como lo tengas te abandono!” Sus padres: “¡No pensamos seguir manteniéndote!” Sus amigos, sus parientes... La sociedad, con ese sentimiento latente de que tener un hijo es un desgracia. Y la Ley, injusta, pero que niega a la mujer incluso el derecho a ser informada objetivamente, o que presiona de manera salvaje a médicos o enfermeras honrados, para que hagan justo lo contrario para lo que estudiaron, amenazándoles de una manera infame.

El amor.- Esta es una palabra tristemente degradada. Se ha sustituido por una especie de sentimiento empalagoso, con una musiquita de fondo. Amor, verdadero amor, es el de las chicas o mujeres que poniéndose el mundo por montera, sacan adelante a sus hijos, enfrentándose a la soledad, a las dificultades económicas y al rechazo social. Cuando dentro de 15, 20 ó 50 años uno de estos niños o niñas que ahora nacen reflexione sobre su vida, sobre su

libertad y sobre su felicidad, tal vez no sepa que todo se debe a la valentía de su madre que antepuso sobre todo su amor a él o a ella, a todo lo demás.

A.V.A. (ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DEL ABORTO), L.A.M. (LÍNEA DE ATENCIÓN A LA MUJER) Y REDMADRE

Las asociaciones, grupos o movimientos de defensa de la vida tienen todos un fin común: la defensa de la vida humana. Sin embargo, tienden a especializarse: plataformas de opinión, de defensa jurídica, etc. Yo puedo hablar de las dos con las que trabajo en mayor medida: AVA y Redmadre. Aunque también colaboramos con Fundación Madrina o Derecho a Vivir. AVA es más audaz en algunos aspectos; y Redmadre más institucional. Pero las dos son complementarias. Paso a explicarlo. AVA se anuncia, en Internet, en diarios, etc. “Si estás pensando en abortar, llámanos”. Esto tiene la gran ventaja de que muchas veces quien llama lo que está queriendo es, en efecto, abortar. Un pálido reflejo de los malos ratos que se pasan, está en la historia que se ha contado de Rubí. Pero es absolutamente imprescindible. No hay otra forma de conocer la realidad. Sin embargo, cuando una de esas mujeres cambia de criterio y decide tener a su hijo, nosotros —yo personalmente— además de alegría, paso a tener por ella admiración. Redmadre es el paso siguiente. No se puede hablar de la maravilla de la maternidad, y dejar luego a la embarazada o a la madre a su aire, con sus problemas. Por lo tanto Redmadre se constituye como Red de Asociaciones, cada una de implantación provincial, que permiten acceder mucho más directamente a las Administraciones públicas, instituciones y empresas, de ámbito local, provincial o autonómico, con una forma jurídica legalmente reconocida, para solicitar todas las ayudas que nos quieran dar. Parece ocioso decir que aquí no cobra nadie un duro —un euro—, y que todo absolutamente va a las madres. Esto es una súplica. Si alguien que ha leído esto, o aunque sólo haya leído el final, conoce a cualquier mujer

que este pasándolo mal por su embarazo y que se pueda plantear abortar, que llame a uno de estos dos teléfonos:

A.V.A: 900 500 505

REDMADRE: 902 188 988

Nuestro propósito es que ninguna madre se pue-

da sentir desamparada. Para ello no hay más camino que mirarla a los ojos, y decirle: “No estás sola, eres una valiente y te vamos a ayudar”.

Una vida ya habría merecido, con creces, la pena. Mucho más cuando son ya miles. Y serán más y más.

D
e
r
e
c
h
o