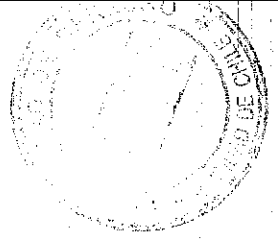


06
24546
D6549
2004
JL
07

06-1-236



LA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA MEDIANTE EL DERECHO PENAL¹

Claus ROXIN

PREÁMBULO

El profesor Claus Roxin me animó en su momento a escribir unas notas junto a la traducción de su texto original; me gustaría aprovechar esta extraordinaria ocasión para aportar una breve reseña que nos acercará al trabajo que se desarrolla más abajo.

En este magnífico estudio (en el que Roxin no sólo hace gala de su mente preciosa y de su conocimiento de los problemas penales vinculados a estos aspectos médicos, sino también de una capacidad de síntesis soberbia), se nos expone cómo el bien jurídico "vida humana", que se extiende desde la gestación hasta el momento de la muerte, debe determinarse con arreglo a criterios normativos, lo que no supone prescindir de criterios biológicos y psicológicos que si bien no son suficientes para determinar el contenido de ese bien jurídico, deben constituir un límite para su valoración.

Asimismo, se advierte que la protección de la vida humana —genéricamente entendida— deberá determinarse a partir del momento de la "antidación", mientras la defensa otorgada a la vida humana independiente partirá de la expulsión completa del feto del clastro materno coordinando los criterios biológicos y los jurídicos. La determinación del momento de la muerte se ha precisado detalladamente en este trabajo sobre la base del cese definitivo de las funciones cerebrales y del tronco del encéfalo.

¹ Preámbulo y notas del profesor Dr. Miguel Ángel Núñez Paz, profesor de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Salamanca y Becario DAAD en la Ludwig Maximilians Universität de Múnich. Texto revisado por el profesor Dr. Francisco Muñoz Conde de la traducción realizada por Miguel Ontiveros Alonso (Becario de Investigación en la Universidad de Salamanca y la Ludwig Maximilians Universität de Múnich).

Lo cierto es que este problema está íntimamente vinculado al constante avance de la medicina, que ha supuesto una serie de situaciones desconocidas y, hasta hace poco tiempo, consideradas excepcionales. La posibilidad de manipulación de embriones o de prolongar la vida hasta límites insospechados, sitúan al médico —hasta períodos relativamente recientes— necesariamente ante el dilema de realizar todo lo que sea posible desde el ámbito tecnológico de la medicina para proteger e incluso prolongar la vida. Pero los avances médicos —sin duda valiosos— deben ser situados, sin embargo, en relación con su utilidad y finalidad, teniendo en cuenta, también, que la vida tiene un contenido de dignidad que no puede ser ignorado.

Sin duda, la vida es un bien jurídico digno de protección. Pero el problema principal surge precisamente en torno al bien jurídico protegido y en relación a la disponibilidad o no de la vida humana, lo que nos replanteará el problema de los límites de ésta y del grado de protección que el Derecho ejerce en cada momento de la misma.

No menos cierto es que el principio de la protección absoluta implica excepciones que pueden cuestionar aquél y éstos son también supuestos sobre los que se trata de profundizar a lo largo de la elaboración de este destacado trabajo.

Prof. Dr. Miguel Ángel Núñez Paz

I. INTRODUCCIÓN

El tema de "la protección de la vida humana en Derecho penal" tiene, por lo menos, cinco aspectos que requieren una exposición por separado. Quiero adelantar los problemas relacionados con tal cuestión en forma de preguntas:

1. ¿Goza el embrión antes de la anidación, es decir, antes de implantarse en el útero, de protección jurídico-penal de la vida? Aquí se trata de la cuestión, que tratamos en Alemania, bajo el punto de vista de la "protección del embrión".
2. ¿Hasta qué punto abarca la protección jurídico-penal de la vida al embrión que se encuentra en el vientre materno, es decir, desde la anidación hasta el nacimiento? Esta segunda cuestión atañe a la regulación jurídico-penal de la interrupción del embarazo.
3. ¿Cuándo nace el ser humano? La posibilidad de precisar un punto exacto del momento del nacimiento es importante, ya que la vida humana se protege a partir de este instante y a través de la tipificación de los delitos contra la vida. No quiero tratar los diversos tipos de delitos contra la vida, toda vez que tales diferenciaciones tienen una importancia menos fundamental.
4. ¿Cuáles son las formas de eutanasia que están permitidas? Empleo el concepto de eutanasia en este contexto de un modo tal que integre todas las formas de reducción de la fase final de la vida humana a petición del paciente.
5. ¿En qué momento sobreviene la muerte? Esta es también una pregunta de especial relevancia jurídico-penal, toda vez que con la muerte termina la protección de la vida y es a partir de este acontecimiento cuando se abre la posibilidad de un trasplante de órganos, cuestión que ha alcanzado una gran trascendencia en la medicina moderna.

Cada uno de los cinco aspectos que he señalado sobre la protección de la vida necesitaría tratarse individualmente en un libro o cuando menos en un extenso ensayo. En cambio, yo tengo para cada uno de los apartados tan sólo aproximadamente diez minutos, así que pido su comprensión, toda vez que no puedo ofrecer sino una visión introductoria sobre los problemas centrales y algunas sugerencias. No obstante, espero aportar las bases para una profunda discusión posterior. También deseo limitar mi intervención sobre todo, aunque no exclusivamente, al Derecho alemán y a las posturas supranacionales, pues creo que mi auditorio conoce en esencia las reglas del Derecho penal español al que de forma breve hago referencia.

II. LA PROTECCIÓN DEL EMBRIÓN

Es sabido que desde hace tiempo es posible engendrar embriones extracorporalmente y emplearlos para satisfacer los anhelos de tener hijos de aquellos conyuges que de lo contrario no podrían tener descendencia. La legitimidad de este procedimiento es indiscutible, puesto que el embrión, tras la implantación en el vientre materno, se convierte en ser humano de modo natural, es decir, no es dañado sino destinado a su función normal.

Frete a ello, actualmente en Alemania se ha desencadenado un intenso debate de opiniones no sólo entre expertos, sino también en el Parlamento, en la prensa diaria y en la sociedad sobre la pregunta de si se debe permitir que embriones engendrados extracorporalmente puedan ser eliminados en situaciones determinadas². Se trata, sobre todo, de dos problemas. ¿Debe permitirse que aquellos embriones que previamente a la implantación presentan defectos genéticos sean analizados y destruidos cuando del denominado diagnóstico de preimplantación se desprenda que la criatura presentaría graves males hereditarios? Y, ¿debe ser permitido que se produzcan y utilicen embriones con fines de investigación por existir una esperanza fundada de que con células primitivas de embrión algún día podrán ser curadas enfermedades como el Alzheimer, la epilepsia, la esclerosis múltiple y otras?

La Ley alemana de protección del embrión de diciembre de 1990 prohíbe ambos tipos de procedimientos, pero otros países como Dinamarca, Gran Bretaña y Francia permiten el diagnóstico de preimplantación y también, por ejemplo, la investigación con embriones es permitida en Gran Bretaña.

¿Cómo se debe decidir aquí? Es indiscutible que con la unión de célula ovárica y célula de espermatozoide se genera una vida que contiene en potencia a un futuro ser humano. De aquí deduzco que un embrión como el señalado debe participar, hasta cierto punto, de la protección y de la dignidad como la de un ser humano ya nacido. Esto excluye la posibilidad de producir embriones que desde un principio tengan fines tan sólo de investigación, es decir, como material de consumo, puesto que de esa forma se negaría la circunstancia de que el ser humano es un fin en sí mismo,

² Una buena compilación de la literatura más importante se encuentra en los textos de Christian Gevecke (coord.), *Biopolitik. Die Positionen*, Frankfurt, Suhrkamp-Taschenbuch, 2001, y de Sigrid Grämann (coord.), *Die Genkontroverse*, Freiburg, Basel y Wien, Herder-Taschenbuch, 2001.

lo cual constituye el núcleo de su dignidad, y todo ello en beneficio de su tratamiento como un mero objeto³. Si se acepta esto, entonces tampoco se puede permitir, como ha sido propuesto por una parte muy influyente en Alemania, la importación de células embrionarias para efectuar experimentos con ellas, porque también de ese modo se le niega al embrión —ya sea producido en Alemania o en el extranjero— cualquier valor propio.

De otro lado, me parece igualmente indiscutible que el embrión —y con mayor razón— mientras se encuentre fuera del vientre materno, representa una forma previa y todavía muy poco desarrollada de ser humano y no puede gozar de la misma protección que la de un ser humano ya nacido. Hay una corriente fundamentalista relativamente amplia en Alemania y en Asia del Este que niega esta afirmación, lo cual, sin embargo, no es sostenible en vista de las fronteras habituales reconocidas de la protección de la vida. Así, impedir la anidación dolosamente a través de píldoras o dispositivos es impune conforme al Derecho alemán (párrafo 218, apartado 2.º, del Código Penal alemán⁴), de ahí que antes de la anidación en el útero el embrión se encuentre totalmente sin protección⁵. Hoy, la doctrina dominante en España, así como la legislación —con base en la alemana—, estima que una intervención respecto de la vida en gestación debe quedar impune si se realiza en los primeros trece días después de la concepción⁶. Posteriormente, el Derecho alemán permite también el aborto en una medida relativamente amplia todavía por comentar.

Estas normativas se basan en un consenso general entre la sociedad y todos los partidos políticos, y en nuestro Tribunal Constitucional se estiman conciliables con el derecho a la protección de la vida y la dignidad humana. Si se parte de ese supuesto —y en una democracia no hay otra solución— se llega necesariamente al resultado de que si bien la vida del embrión no es disponible de forma arbitraria, sin embargo sí es susceptible de ponderación con otros bienes jurídicos de alto rango. De esta forma se expresa la destacada *Sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985*⁷.

³ Compárese a este respecto, y en general sobre la dignidad humana en Derecho penal, Il-Su Kim, *Die Bedeutung der Menschenwürde im Strafrecht*, en especial para la justificación y límites de la pena estatal, Munich, 1983.

⁴ Vid. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 12.ª ed., Tirant lo Blanch, 1999, p. 88, y NÚÑEZ PAZ, *Homicidio Consentido, Eutanasia y Derecho a morir con dignidad*, Tecnos, 1999, p. 319, posición a la que este último se suma.

⁵ En España cualquier tipo de maniobra que se realice antes de la anidación resulta impune, salvo que sea considerada manipulación genética conforme al art. 159 o 161 del Código Penal. Vid. Muñoz Conde, *Derecho penal*, op. cit., p. 137.

⁶ Hasta el decimotercer día no se concluye el proceso de arraigo del óvulo fecundado en la matriz, lo que se denomina propiamente "anidación" (arts. 218 y 219 StGB), y tal anidación, aun cuando todo siga su curso normal y natural, sólo se produce en la mitad de los casos, con lo cual la protección penal que comenzará antes de ese momento se asentará en lo imaginario (H. LUTTIGER, *Medicina y Derecho penal*, trad. E. Bacigalupo, Madrid, Edersa, 1984, pp. 53 y 56). Vid., en este sentido, R. NÚÑEZ BARBERO, «Significación y trascendencia del sistema romano de la *porito mulieris* en el aborto consentidos», *ADPCP*, XLIII, 1990, pp. 132-133, nota 52.

⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985 (S. 53) que alude al momento de la gestación y no de la concepción.

De ahí derivó la clara exigencia de que el diagnóstico de preimplantación debiera estar permitido. El Derecho alemán autoriza, bajo el pretexto de una causal ético-social, el aborto de fetos con serios males hereditarios (párrafo 218a, apartados 1.º y 2.º, del Código Penal alemán). Para ello se considera la grave carga psicológica y física que un hijo discapacitado puede significar para la madre y se renuncia por ello a obligar a la víctima a través del Derecho penal⁸. Considero que esto es correcto. Porque es verdad que quien trae al mundo a un niño gravemente discapacitado y decide hacerse cargo de él realiza un gran valor ético y se hace acreedor de admiración. Pero esto debe suceder voluntariamente y no de forma obligatoria. El Derecho no puede exigir actos heroicos y debe contentarse con un "mínimo ético". Si esto es correcto, debe ser también permitido renunciar a la implantación de un embrión con graves daños hereditarios. Porque sería absurdo, y vinculado a posteriores cargas innecesarias para la madre, si se le tuviera que implantar un embrión que con posterioridad tuviese que ser abortado.

No comparto el temor de los adversarios del diagnóstico de preimplantación consistente en que a través de su permisión el *status* social de los seres humanos discapacitados podría ser lesionado. Si un niño discapacitado viene al mundo por deseo de su madre, tendrá más amor y mayores oportunidades de vivir que cuando esto sea por la fuerza. Y también su entorno reconocerá más aún el ánimo por la vida del niño y de sus padres que en el caso de que la situación familiar se considerara como una desgracia.

También me inclino por la idea de que si bien no se pueden crear embriones con meros fines de investigación, tampoco se debiera negar la posibilidad de investigaciones con aquellos embriones que en un principio estaban destinados a la consecución legal de un embarazo, pero que ya no pueden ser utilizados para ese fin, ya sea porque sobren, ya sea debido a que por cualquier otro motivo no se vaya a realizar la implantación. Antes de que tales embriones sean destruidos, me parece correcto y también éticamente razonable que sean útiles para la investigación. Esto da como resultado una sencilla ponderación: a saber: puesto que un embrión destruido no crea valor positivo alguno, puede ser utilizado para la investigación, ya que un embrión inviable para una vida propia, y por eso puesto a disposición de la investigación, puede en el futuro contribuir esencialmente a la cura de víctimas de graves enfermedades, tal y como nos aseguran los expertos. Quien rechaza esta posibilidad no ayuda a la protección de la vida, sino que la daña.

Tras la redacción de este dictamen particular, en el mes de noviembre de 2001 también diversos gremios estatales de profesionales profundizaron, y tomaron posición, sobre la cuestión de la investigación con células primitivas de embrión. Mientras que una comisión de investigación del Parlamento alemán quiere excluir del todo la investigación con células primitivas de embrión, un Consejo Nacional de Ética creado por el Gobierno alemán quiere permitir la importación de células primitivas de embrión para fines de investigación bajo presupuestos muy limitados. Según esto, no se debe utilizar ningún embrión que haya sido creado únicamente

⁸ Esto se reconoce en la legislación vigente en España (art. 417 bis.1.3.º del Código Penal de 1973, en vigor por la Disposición Derogatoria primera del Código Penal actual).

para la investigación. Antes bien, se puede proceder con embriones "sobrantes" que queden de una inseminación artificial. Los "padres" deben otorgar el consentimiento para el uso de sus células germinativas para fines de investigación y no pueden recibir remuneración alguna por permitirlo. Esta propuesta es, debido a la exigencia del consentimiento del "donante de células", aún más restringida que la mía, pero va en la misma dirección.⁹

III. LA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA DURANTE EL EMBARAZO

La protección de la vida en desarrollo después de la anidación del embrión en el cuerpo de la mujer ha sido tratada de forma diferenciada desde hace mucho tiempo y en las diversas culturas, y es hoy en día, dentro de la mayoría de cada uno de los países, un problema ideológico muy debatido. Las soluciones extremas que, o considerarían al embrión que se está desarrollando en el vientre de la madre como un ser humano ya nacido y que lo protegen mediante el tipo penal de homicidio, o aquellas que conceden la provocación del aborto hasta el momento del nacimiento, son hoy poco defendidas y casi no se ponen en práctica a nivel internacional. Serían rechazables también por las mismas razones que parcialmente mencioné en torno a la protección del embrión, a saber: no se puede negar toda protección a la vida en desarrollo debido a que el ordenamiento jurídico considera a la vida del ya nacido, como el valor más alto de entre todos, pero tampoco se le puede dar idéntico valor porque el embrión está en camino de llegar a ser un ser humano y porque la simbiosis con el cuerpo de la mujer puede provocar una colisión de intereses que requieren una ponderación.¹⁰

La mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos transitan así por un camino intermedio y se mueven entre dos modelos de solución que, de forma simplificada, quiero denominar "solución por indicación" y "solución de plazos".¹¹ Conforme a la "solución por indicación" el aborto es, en principio, punible. Sin embargo, está justificado y es, por ello, impune cuando se practique por un médico a petición de la embarazada y preceda una indicación médica específica (Por ejemplo, que el embarazo provoque graves lesiones físicas o signifique un peligro de carácter psíquico para la madre, que el embarazo sea producto de un delito sexual, por una grave situación de necesidad de carácter social o por la especial juventud de

⁹ *Vgl.* en España Ley 25/1990, de 10 de diciembre, y Real Decreto 561, de 16 de abril de 1993, sobre utilización de embriones con fines de investigación, en donde aun reconociendo las ventajas, se ha procedido a un control y a una regulación para evitar riesgos y manipulaciones. Sobre el problema, *vgl.* Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Fundación Ramón Areces, 1999, pp. 386 ss.

¹⁰ *Vgl.* la referida Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de abril de 1985.

¹¹ Estas dos soluciones se expusieron por primera vez en Alemania en 1970 en el «Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person», *Erster Halbband*, pp. 25 y siguientes, del cual soy coautor; ahí fueron desarrolladas y desde entonces han determinado la discusión. Sobre Derecho comparado, véase Esas y Koch, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, Teil 1, Europa, Teil 2, Aubeuropa, 1989.

la madre). Por el contrario, conforme a la "solución de plazos" se puede interrumpir el embarazo por deseos de la madre dentro de un plazo determinado —generalmente tres meses— sin necesidad de indicación médica; después de este plazo sólo puede interrumpirse por causas médicas sobrevenidas con posterioridad.¹²

La legislación alemana ha transitado por un camino muy complicado y ha alcanzado, con mayorías alternantes, en parte la solución por indicación médica y en parte la solución de plazos.¹³ Con ayuda del Tribunal Constitucional que declaró nulas las diversas regulaciones sobre atentados contra la protección del derecho fundamental de la vida humana, en el otoño de 1995, en el Parlamento, mediante una extensa mayoría, se aprobó la normativa aún vigente. Esta representa un compromiso entre la solución de plazos y la solución por indicación y se puede considerar como un "modelo de asesoramiento".

Conforme a esto, el aborto a solicitud de la embarazada es impune siempre que se practique por un médico dentro de las primeras doce semanas contadas a partir de la concepción y que la embarazada se haya sometido cuando menos tres días antes de la intervención a una consulta a través ante un «organismo de asesoramiento en caso de conflicto ante un embarazo» (parágrafo 218, apartado 1.º, y parágrafo 219 del Código Penal alemán). La consulta debe estar, como lo establece la Ley (parágrafo 219, apartado 1.º, del Código Penal alemán) «al servicio de la protección de la vida nacente». Debe esforzarse en hacer todo lo necesario para alentar a que la mujer continúe con su embarazo y abrirle perspectivas para una vida con el niño; debe, en suma, ayudar a la mujer para que tome una decisión responsable y concienzuda.

Por supuesto que la decisión última recae en la mujer, de tal manera que el aborto dentro de los tres primeros meses del embarazo es impune cuando no exista previamente indicación especial alguna. Por lo tanto, el modelo del asesoramiento está más cerca a la solución de los plazos. Pero, de otro lado, se acerca otra vez a la solución de la indicación porque en primer lugar, en la consulta se le debe hacer saber a la mujer, tal y como establece la ley (parágrafo 219, apartados 1.º y 3.º, del Código Penal alemán) que una «interrupción del embarazo procede sólo en casos excepcionales», y en segundo lugar, porque un aborto dentro de los tres primeros meses, sin indicación y posterior a la consulta es ciertamente impune, pero debido a una exigencia categorica del Tribunal Constitucional Federal es, por lo menos, ilícito. Una justificación procede —y en estos casos hasta la conclusión del embarazo— únicamente por una causal médico-social, que también incluye el caso de un embrión gravemente dañado (parágrafo 218a, apartado 2.º, del Código Penal alemán) y también el de un aborto dentro de las primeras doce semanas cuando el embarazo tenga su origen en un delito sexual (parágrafo 218a, apartado 3.º, del Código Penal alemán).

¹² En España se viene aplicando el sistema de las indicaciones en virtud de la Ley 9/85, de 5 de junio, que incorporó el art. 417 al antiguo Código Penal y que se mantiene vigente por el Código Penal actual mediante la 1.ª Disposición Derogatoria, aunque modificado por la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada (11 de abril de 1985).

¹³ Una exposición concisa y precisa de la historia de la legislación alemana la ofrece Tobias Schmidt, en Roxin y Schrott (coords.), *Medizinischer Aspekt*, 2.ª ed., 2001, pp. 313-319.

Entonces, ¿cuál de las normativas es la correcta? Sobre ello habría que conversar durante varias horas. Debido a que esto no es posible por el tiempo del que aquí se dispone, me basta con señalar algunas observaciones para la discusión posterior. Personalmente me decanto siempre por una solución de la indicación bastante generosa y teóricamente la considero preferible hoy en día, porque deja claro que el aborto presupone un conflicto y una ponderación donde los intereses vitales de la embarazada prevalecen sobre los del embrión. En tanto que una interrupción del embarazo dentro de los tres primeros meses también se mantiene impune aun cuando no exista fundamento racional alguno y sea el producto de mera arbitrariedad y comodidad, de tal manera que el asesoramiento aparezca como una formalidad intrascendente; se descuida entonces parcialmente la protección de la vida en desarrollo. Los empeños del Tribunal Constitucional alemán de preceptuar la ilicitud de un aborto como el referido puede ciertamente beneficiar la protección de la vida del embrión en el mundo de los conceptos jurídicos, pero no en la realidad social.

Por otra parte, a la solución del asesoramiento actualmente vigente en el Derecho alemán no se le puede negar del todo una cierta sabiduría práctica que finalmente podría hacer que me reconciliara con ella, puesto que la mayor y más adecuada protección que se le concede al embrión mediante la solución ponderada de la indicación se queda tan sólo en el papel y no sirve para nada si una mujer claramente decidida a abortar acude a un charlatán y permite que éste se ocupe de la operación. Que esto sucede, y que además puede acontecer sin riesgo de captura para los partícipes, lo demuestra la historia, pues un hecho sancionado por la ley que se realiza con complicidad y de forma oculta casi nunca puede ser descubierto. Un acontecimiento así es del todo indeseable porque reporta peligros para la embarazada que pueden consistir desde daños a la salud hasta la extorsión. Por lo tanto, la solución del asesoramiento asegura, por lo menos, una asistencia médica competente y le da la oportunidad a la mujer de reflexionar tranquilamente sobre su decisión.

La conocida como propuesta minoritaria del Proyecto-Alternativo del cual fui coautor en 1970, propuso¹⁴ una solución de la indicación con generosas ayudas económicas ligadas a ayudas sociales y familiares que solucionarían los problemas y conflictos de la embarazada y que hubieran debido hacer decaer los deseos de ésta por abortar. *Esta tesis es mantenida y desarrollada en España por Núñez Paz*¹⁵. Quizás sería éste el mejor modelo para proteger la vida en desarrollo. ¿Pero, qué Estado otorga los medios económicos y materiales necesarios para la realización de un modelo así?

IV. EL MOMENTO DEL NACIMIENTO

El momento del nacimiento es de gran importancia para el ámbito penal, pues es a partir de este instante cuando el Derecho penal concede la total protección

¹⁴ Como ya fue señalado en la nota 3, pp. 35 y subsiguientes.

¹⁵ *Vid.* NÚÑEZ PAZ, *op. cit.* in fine.

al ser humano vivo. A éste se le protege eficazmente contra el homicidio doloso así como graves amenazas de pena, pero también contra un homicidio imprudente así como contra lesiones dolosas o imprudentes, a diferencia del embrión, respecto del cual —por lo menos conforme al Derecho alemán— únicamente el homicidio doloso es punible como aborto¹⁶, y también aquí, como ya lo hemos visto, sólo en una medida limitada. La muerte imprudente de un embrión (por ejemplo, mediante la causación descuidada de un aborto) está tan poco sancionada como la de su lesión, incluso en los casos en que ésta represente con posterioridad una discapacidad durante la vida del hombre.

El parágrafo 1.º del Código Civil alemán establece: «La capacidad jurídica del ser humano se inicia con la culminación del nacimiento». En sentido jurídico-civil se es ser humano a partir del completo desprendimiento del vientre materno¹⁷. Si el Derecho penal siguiera estas pautas, las lesiones que alguien causara durante el proceso del parto —por ejemplo, por negligencia del médico o de la comadrona— serían impunes, pero también la producción culposa de la muerte durante el parto sería penalmente inabarcable. Naturalmente que esto sería absolutamente indeseable desde el punto de vista político-criminal. En esto hay también acuerdo unánime en la doctrina alemana que se basaba en el (ahora derogado) parágrafo 217 del Código Penal alemán, que consideraba que con el comienzo del nacimiento existía ya un ser humano. Aquí tenemos un buen ejemplo de cómo un concepto en apariencia meramente descriptivo, como el concepto de ser humano, depende en sus contornos, y según su finalidad dentro de los diferentes sectores del ordenamiento, de diversas interpretaciones normativas.

¿Pero cuándo empieza el nacimiento? La Jurisprudencia alemana enlaza con el criterio de las contracciones uterinas y distingue tres estadios: «Las contracciones uterinas previas al parto se ubican en las últimas semanas y días del embarazo y llegan hasta poco antes del nacimiento; las contracciones del parto se subdividen en contracciones dilatantes (contracciones durante el período de dilatación) y contracciones del parto (contracciones durante el período de expulsión)» (Sentencia del Tribunal Supremo Federal en materia penal, 32/195). El Tribunal Supremo alemán establece el inicio del nacimiento en las contracciones dilatantes, las cuales abren el canal del parto hasta alcanzar plenamente la posibilidad de atravesar dicho conducto. No es necesario que las contracciones del parto, que expulsan al niño del vientre materno, hayan empezado. En consecuencia, y conforme a la Jurisprudencia alemana, a partir de las contracciones dilatantes existe un ser humano aun y cuando éste se encuentre todavía en el ámbito del vientre materno. Esto es de gran importancia para la protección penal de la vida y la integridad personal, porque la duración del período de contracciones dilatantes cubre, con mucho, un período más amplio de tiempo que el período de expulsión. Considero correcta esta Jurisprudencia, toda vez que es necesario otorgar al ser humano, también desde el

¹⁶ En España el art. 146 del Código Penal sanciona, sin embargo, el aborto ocasionado por imprudencia grave en el art. 146, con la pena de 12 a 24 fines de semana.

¹⁷ El art. 30 del Código Civil español establece, sin embargo, que a efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y lograse vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

momento preciso del nacimiento que a menudo conlleva riesgo, la mayor protección del Derecho penal. *En idéntico sentido se decanta la doctrina española mayoritaria donde autores como MUÑOZ CONDE y NÚÑEZ PAZ optan por la expulsión total del seno materno aunque se discuta cuándo se ha producido la misma*¹⁸.

La pregunta referente al momento a partir del cual se es ser humano, es decir, si ello tiene lugar no debido a las contracciones, sino mediante la intervención médico-quirúrgica (cesárea) todavía no ha sido resuelta por la Jurisprudencia alemana. Estoy de acuerdo con la opinión que sinja este concepto en el momento de la apertura del útero¹⁹, toda vez que es en ese instante cuando el hijo entra en el mundo, estando a partir de ese momento expuesto a todos los peligros que ello conlleva.

Un problema político-criminal que por lo menos debe ser brevemente comentado se refiere particularmente a si el ser humano también debiera o no ser protegido contra un homicidio o lesiones imprudentes antes de su nacimiento, es decir, en estadio embrional²⁰. El Derecho penal alemán no lo hace hasta ahora y yo tampoco recomendaría una amenaza de pena contra la embarazada, pues seguramente es desconfortador causar por descuido un aborto o producir lesiones graves al niño que se encuentra en el vientre materno y una amenaza penal provocaría más daño que beneficio a la madre embarazada porque reduciría su deseo de dar a luz y además la colocaría en un estado de estrés psíquico que tanto para ella como para el niño sería contraproducente. Frente a ello, me parece absolutamente oportuno proteger al embrión durante el embarazo en contra de lesiones (es decir, contra un homicidio y contra lesiones causadas durante el embarazo y que continúan sus efectos con posterioridad al nacimiento) mediante una amenaza de pena a terceras personas que se las causaran (por ejemplo, mediante un tratamiento médico incorrecto o por la utilización de medicamentos que se encuentren en el mercado y que sean perjudiciales para la salud²¹).

V. LA EUTANASIA

Por eutanasia entiendo la ayuda prestada a un ser humano gravemente enfermo, por deseo suyo, o por lo menos en virtud de un consentimiento presunto para facilitarle la posibilidad de una muerte digna que se corresponda con sus expectativas.

¹⁸ Véase NÚÑEZ PAZ, *op. cit.*, p. 367, y MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 31. Aunque existe discusión en torno a cuándo se ha producido tal expulsión, v. gr., *Criterio de la percepción visual que responde a una mayor reproducibilidad del autor* (véase GIMBERNAT, *Notas al Tratado de QUINCY RIVOLLES*, Madrid, 1972, p. 505). La Jurisprudencia reciente, posterior al Código Penal de 1995, considera el período de dilatación y expulsión como comienzo del nacimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999).

¹⁹ Sobre esto, y con más anotaciones, compárese SCHÖNE, SCHROEDER y ESEN, *Stoßgewerthuch, Kommentar*, 26.^a ed., 2001, número marginal 13, antes de los párrafos 211 y subsiguientes.

²⁰ Más información al respecto, TERPSTEWEN, *Prinzipale Entwicklungen des Tötung oder Körperverletzung*, 1973.

²¹ Sin embargo, el Código Penal castiga el delito de lesiones al feto en los arts. 157 y 158 en Título distinto al de las lesiones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999 considera que las lesiones al feto deberían incluirse dentro del delito de lesiones.

La cuestión de cómo la eutanasia puede conciliarse con la protección jurídico-penal de la vida es extremadamente difícil y compleja. Toda vez que esto ya lo he tratado detalladamente en otro lugar²² y que aquí es uno más de los temas por desarrollar, me limito a una introducción resumida.

Obviamente si está permitida la "auténtica o pura" eutanasia, esto es, la atenuación del dolor solicitada por el paciente sin efectos de acortamiento de la vida. Esta disminución del dolor tiene que permitirse incluso en el Derecho alemán, aunque ésta todavía no se verifique en una proporción suficiente. Su denegación es punible dependiendo de las circunstancias y de si se ocupa o no una posición de garante²³, por ejemplo, en el caso del médico que rechaza una terapia contra el dolor lo sería por lesiones mediante omisión (párrafo 223 del Código Penal alemán) o por omisión del deber de socorro (párrafo 323c del mismo ordenamiento).

²² En ROXIN y SCHROEDER, al igual que en la nota 4, pp. 93-119.

²³ Éste es un problema profundamente discutido en la doctrina española; NÚÑEZ PAZ afirma (*op. cit.*) no creer posible la hipótesis de comisión por omisión en relación al art. 143 del CP español. La cooperación al suicidio es un delito de resultado material y, aunque ello es discutido en la doctrina, admiten la posibilidad de aplicación del art. 143.2. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal Parte Especial, op. cit.*, p. 63; C. ROMERO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 374; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal Parte Especial*, 2.^a ed., Barcelona, Ariel, 1991, pp. 38-39; admiten la posibilidad de omisión propia, C. JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1994, p. 116; E. GIMBERNAT ORDIEGO, «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 278-282. Rechaza tal posibilidad sin que exista posición de garante, lo que no parece factible si concurre la voluntad de morir del suicida, véase J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», en *La Ley*, núm. 1632, t. 1, 1987, pp. 961-962; J. M. VALLE MUÑOZ, «Relevancia jurídico-penal de la eutanasia», en *CPC*, núm. 38, 1989, pp. 185-186, quien considera que el garante no puede estar obligado frente a la comunidad jurídica a garantizar el bien jurídico contra los actos de libre disposición del mismo por parte de su titular.

Se niega, en general, la existencia de omisión de socorro del art. 195 NCP por ausencia de persona desamparada si persiste la voluntad del suicida de no ser salvado. Véase E. BACICALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal, 1991, p. 55; D. LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión», en *La Ley*, t. 1, 1988, y en *REP*, 1987, pp. 49-50, entendiéndose que cuando el sujeto actúa en forma libre y responsable no se trata de persona desamparada y no sería posible la aplicación del art. 489 ter del Código Penal derogado (hoy 194 NCP) ni responsabilidad en comisión por omisión, y —aun habiendo posición de garante— homicidio consentido o auxilio ejecutivo al suicidio; afirmación que —como señala C. JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio*, *op. cit.*, p. 328—, no explica por qué debe excluir la obligación de terceros —garantes o no— de impedir un suicidio libre y responsable, cuando afirma que la ley niega la libertad de suicidarse y este derecho debe ceder ante el derecho a la vida (pp. 55-56, nota 40).

Creo que la voluntad de morir del suicida elimina la posibilidad de considerar la posición de garante y, por otra parte, el nuevo Código Penal en su art. 143.4 alude a la cooperación ejecutiva necesaria, lo que significa que la cooperación omisiva queda fuera del tipo del art. 143.2, pues —como indica J. L. DIEZ RIPOLES, en J. L. DIEZ RIPOLES y L. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 217—, la cooperación necesaria activa tendría una pena atenuada y la cooperación necesaria omisiva no, lo cual sería absurdo.

Por lo demás, el art. 143.3 del CP español hace referencia al homicidio consentido y, aunque ha sido discutido, preciso que la palabra "ejecutar" cierra el paso a la posibilidad de la comisión por omisión, en cuanto exista consentimiento del suicida, hace desaparecer la posición de garante (véase J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, op. cit.*, p. 39; J. M. VALLE MUÑOZ, «Relevancia jurídico-penal», *op. cit.*, p. 185; E. DIAZ ARAVANA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales-Ministerio de Justicia, 1995, pp. 180-181; E. GIMBERNAT ORDIEGO, *Inducción y auxilio al suicidio, op. cit.*, p. 282).

También está permitida, incluso indicada, la "eutanasia indirecta" mediante la cual por expreso deseo del paciente se le proporciona un medicamento que disminuye el dolor pero que eventualmente puede acelerar el comienzo de la muerte. Así lo reconoció expresamente el Tribunal Supremo alemán en el año de 1996 (Sentencia del Tribunal Supremo Federal en materia penal, 42/301). Con la previsión en el Derecho alemán de la punición del homicidio a petición (parágrafo 216 del Código Penal alemán) se compatibiliza la eutanasia indirecta, disposición penal que se interpreta restrictivamente. Así, el enfermo no exige que se le mate, sino una atenuación del dolor mediante la cual no se pretende un acortamiento de la vida aunque se aceptaría si ello sucediese. Que esto esté permitido se basa, además de en el consentimiento efectivo o presunto del paciente, también en una ponderación objetiva: porque una vida un poco más corta pero sin dolor es mucho más valiosa que una insignificativamente más larga con dolores casi insoportables.²⁴

Finalmente, también está permitida por el Derecho alemán la eutanasia pasiva, que consiste en una interrupción, conducente a la muerte, del tratamiento por deseos del enfermo. El médico debe incluso someterse a los deseos del paciente toda vez que no existe una normativa que establezca el tratamiento obligatorio. De tal manera que cuando un paciente rechaza una operación que le salvaría la vida o cuando se niega, lo que es necesario para salvar su vida, a ser llevado al área de cuidados intensivos, debe el médico, dado el caso, abstenerse de tales medidas y dejar morir al paciente. Este resultado es conforme a Derecho, pues se deriva de la autonomía de la personalidad del paciente, quien determina el alcance y duración de su tratamiento.²⁵ El Tribunal Supremo alemán ha formulado una sola excepción para los pacientes de suicidio. Éste debe, si es que es hallado todavía con vida, ser llevado obligatoriamente al hospital aun cuando se haya negado a ello expresamente mediante una nota aclaratoria previamente escrita (Sentencia del Tribunal Supremo alemán, 32/367). Esta restricción es rechazada en general, y con razón, en la literatura alemana.

Por eutanasia pasiva se entiende también a la denominada interrupción técnica del tratamiento. Si un paciente, a quien se le mantiene conectado a un aparato medicinal, exhorta al médico a que apague el mecanismo y cause así su muerte, la desconexión del aparato no será sancionada como homicidio a petición (parágrafo 216 del Código Penal alemán), sino enjuiciada como una omisión de continuación del tratamiento a la cual el médico está obligado a petición del enfermo.²⁶

²⁴ Sobre el tema, y en el Derecho español, *vid.* NÚÑEZ PAZ, *op. cit.*; con exhaustivo análisis de la doctrina penal española, alemana y del art. 143 del Código Penal español.

²⁵ *Vid.* NÚÑEZ PAZ, «Reflexiones en torno a la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en el art. 143 del Código Penal», en *Libro homenaje a Mario Barbero Sautter*, t. II, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, pp. 435 ss.

²⁶ En España, E. BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», en *PJ*, XII, 1990, p. 155, entiende en este mismo sentido —al contrario de quienes consideran la existencia de una acción— que no habrá problema alguno en estimar la desconexión del aparato como una omisión, pues la falta de consentimiento respecto al tratamiento cancela la posición de garante. NÚÑEZ PAZ, *op. cit.*, pp. 95 ss. Analizando todos los problemas pormenorizadamente *vid.* C. TOMÁS-VALENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal español*, Madrid, BOE, 1999, pp. 474 ss.

Grandes dificultades presenta el caso en el que el paciente ya no puede expresar su voluntad porque ha perdido irreversiblemente el conocimiento. Esto sucede, no solo a veces, por graves daños cerebrales, especialmente por el conocido "síndrome de descebración", que consiste en la pérdida total de las funciones de la corteza cerebral. ¿Se puede desconectar en un momento determinado el aparato que durante varios meses ha sustentado artificialmente a un paciente sin conocimiento cuando esté comprobado que nunca más recuperará el conocimiento? Nuestro Tribunal Supremo maneja también este caso, y con razón, bajo el punto de vista de la eutanasia pasiva, y se orienta, en consecuencia, en la voluntad del paciente. Puesto que el enfermo no tiene ya una voluntad actual, se toma en consideración, en vez de la voluntad real, la voluntad presunta (Sentencia del Tribunal Supremo Federal en materia penal, 40/257). Por lo tanto, aquí es relevante lo que el paciente desearía si aún se le pudiese preguntar. La indagación del consentimiento presunto puede basarse en anteriores manifestaciones del enfermo, pero sobre todo en las "disposiciones del paciente" que previamente, y para el caso de que perdiera su capacidad de decisión, haya dejado por escrito. Si en estas disposiciones el paciente exige el cese de medidas ya inútiles para prolongar su vida, el médico puede y debe acceder a esta exigencia, sin que por ello cometa un delito de homicidio.

El caso más complicado y cuestionado internacionalmente concierne a la eutanasia activa, en la que el médico no se conforma con suspender un tratamiento a solicitud del paciente, sino que a petición de éste —por ejemplo, mediante una inyección— lo priva directamente de la vida.

El Derecho alemán sanciona un semejante homicidio a petición con una pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años (parágrafo 216 del Código Penal alemán²⁷). Se deja, sin embargo, una posibilidad abierta por el hecho de que no se sanciona la ayuda al suicidio a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los países. Así, cuando un médico aplica una inyección letal a petición de un paciente gravemente enfermo de un cáncer incurable y muy doloroso, comete un hecho punible. Pero es impune cuando le entrega una cápsula venenosa que el paciente ingiere por sí mismo para suicidarse.²⁸ Así lo ha decidido también el Tribunal Superior del Land en Múnich en 1984.²⁹

A diferencia del Derecho alemán, una Ley holandesa de abril de 2001 legalizó la eutanasia activa.³⁰ Conforme a ésta, el médico puede —cumpliendo ciertas condiciones y controles de seguridad— terminar con la vida del paciente si aquél «ha

²⁷ El art. 143.4 del Código Penal español de 1995 sanciona con penas inferiores en uno o dos grados (a las de la cooperación necesaria o ejecución de la muerte) a quien «causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos...».

²⁸ Así, el Derecho penal establece un límite en la libertad de disponer de la propia vida: el de no involucrar a terceros en la decisión propia, en España, profundizan en este aspecto: NÚÑEZ PAZ, *op. cit.*, pp. 338 y 339. *Vid.* también E. BACIGALUPO, «El consentimiento...», *op. cit.*, pp. 151-152, y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Eutanasia y homicidio a petición*, *op. cit.*, p. 295.

²⁹ *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, p. 2940.

³⁰ Se trata de la «Gesetz über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und Hilfe bei Selbsttötung». Ha aparecido traducida al alemán en diversas revistas. Aquí cito la traducción on line del periódico *Frankfurter Rundschau* del 24 de abril de 2001.

llegado a la conclusión» de «que el estado del enfermo no tenía esperanza y su padecimiento era insoportable» [art. 2, apartado 1.º b) de la Ley], y siempre que el paciente, en opinión del médico, que todavía ha de consultar con otro doctor, «haya realizado su petición voluntariamente y tras una profunda reflexión» [art. 2, apartado 1.º a)]. El legislador belga concluyó en otoño de 2001 una normativa similar que probablemente entrará en vigor este año.

Es difícil decantarse por alguna de las diversas soluciones, sobre todo cuando todavía hay que tomar en consideración la tercera solución, muy extendida, que sanciona tanto la ayuda al suicidio como el homicidio a petición. Sin embargo, me parece, con todos los respetos por los esfuerzos que hace por una muerte digna, que la Ley holandesa va demasiado lejos. No me gustaría visitar un hospital en el que no solamente se cura, sino que también se mata. También el doble papel del médico, como alguien que cura, pero que también mata, puede colocar a esta profesión en una situación dudosa. Sobre todo da la impresión, si es que el homicidio a petición fuese una institución *quasi* normal regulada por el Estado, de que un enfermo tendría que renunciar a su vida toda vez que eso sería lo esperado por la sociedad o la familia.

También debe considerarse que se pueden mantener los deseos de vivir de muchos enfermos graves cuando se les preste calor humano, consuelo y compasión. Hoy en día hay muchas personas en Alemania que trabajan sin retribución alguna como acompañantes de los últimos momentos de la vida y que ayudan a los enfermos a dar un sentido a esta última fase. Y si además, mediante un empleo más eficaz de terapias contra el dolor, se eliminan o atenúan las molestias físicas del paciente, se me antoja más humana una muerte natural que un homicidio regulado por el Estado.

Además, la legalización del homicidio activo por petición entorpece los esfuerzos intensivos de una terapia eficiente contra el dolor y el acompañamiento hasta la muerte, debido a que el camino más fácil, que es el homicidio a petición, está a disposición. Tampoco esto me parece deseable. En los pocos casos que no tienen solución alguna y que van acompañados de marinos insportables e inconsolables, me parece mejor el recurso de la impunidad en caso de ayuda al suicidio, o, en casos definitivamente extremos, me parece que recurrir a una causa de exclusión de la punibilidad es siempre mejor que hacer del homicidio una forma de privación de la vida aceptada *a priori*, *fundamentación que también depende y matiza Nöñez Paz*³¹. Pero confieso que finalmente se trata aquí de decisiones basadas en la conciencia y no de resultados racionalmente irrefutables.

VI. EL MOMENTO DE LA MUERTE Y EL TRASPLANTE DE ORGANOS

El momento de la muerte es relevante por el mero hecho de que con él termina la protección de la vida. Esta afirmación es bastante trivial, debido a que es lógica

³¹ *Vid.* en análogo sentido, Nöñez Paz, *Homicidio Consentido...*, op. cit., pp. 460 ss., y conclusiones en romanos XXVI y XXVII.

y evidente. Pero causa problemas a más de un jurista, por ejemplo, para la aclaración de acciones violentas de homicidio que se ejecutan contra seres humanos en las que en el momento del ataque contra su cuerpo ya estaban muertos, o en circunstancias en las que no se pueda comprobar si ese fue el caso. No quiero profundizar en los problemas relacionados con la causalidad, la tentativa y el dolo, sino que me basta con la trivial comprobación de que en cualquier caso a partir del momento de la muerte no es procedente apreciar ni un homicidio consumado ni un delito de lesiones. Esto no significa que el cuerpo de un fallecido deba quedar sin protección penal alguna. Así, el Derecho alemán contempla el tipo penal denominado «perturbación de la paz de los muertos» (parágrafo 168 del Código Penal alemán) que protege el cadáver contra su sustracción y contra «actos denigrantes». Pero esta protección se encuentra en un plano totalmente diferente.

El segundo significado que tiene el momento de la muerte, y que es más importante en la práctica del Derecho penal, consiste en que conforme a la opinión dominante en Alemania, pero también en el ámbito internacional, sólo a partir del inicio de la muerte puede proceder la extracción de órganos para ser trasplantados.

¿Pero, cuándo está muerto un ser humano?³² La interpretación antigua, que se basaba en la paralización del corazón y la circulación, ya no es sostenible desde que mediante respiración artificial se puede hacer funcionar nuevamente al organismo incluso después de un paro cardíaco. En la mayoría de los países se considera que el momento de la muerte llega con la extinción completa de las funciones cerebrales. Así las cosas, y sólo por mencionar el ejemplo alemán, las directrices del comité científico del colegio de médicos (en la versión de 1998) señalan: «la muerte cerebral se define como un estado irreversible de extinción de todas las funciones del cerebro, cerebro y del tronco encefálico. Con la muerte cerebral se constata, conforme a las ciencias naturales y la medicina, la muerte del ser humano». La Ley alemana de trasplante de órganos, de noviembre de 1997, no es explícita sobre la cuestión del momento de la muerte, pero parte del mismo fundamento cuando sostiene que un trasplante presupone: «la pérdida definitiva e irreparable de todas las funciones del cerebro, cerebro y del tronco encefálico» (parágrafo 3, apartado 2.º, número 2, de la Ley alemana de trasplante de órganos). Para constatar la extinción de todas las funciones cerebrales, la ley remite al correspondiente «estado de conocimiento de la ciencia médica». No puedo exponer aquí este procedimiento científico. Pero los expertos aseguran que «el diagnóstico de muerte cerebral... es probablemente el más seguro en toda la ciencia médica»³³.

³² Una excelente exposición de la discusión, puesta al día, se puede encontrar en (con una defensa de la muerte cerebral como criterio de la muerte) Oduwec, en Roxin y Schörm, véase la cita 4, pp. 199-249.

³³ Schuster y Rosen, *Der Hirnot als der Tod des Menschen*, 1995, p. 7. En el Derecho penal español, *vid.* en el mismo sentido, Nöñez Paz, op. cit., p. 330, de manera que la extracción de un órgano del cuerpo de un muerto cerebral no constituye —en ningún caso ya— un delito de homicidio (*vid.* también C. M.ª Romeo Casabona, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 164; *vid.* además A. Tosió López, «Investigación y auxilio al suicidio. Homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios Penales y Criminológicos IV*, Santiago de Compostela, 1981, pp. 194-197).

A pesar de ello, de ninguna manera es indiscutible que la muerte cerebral sea el momento de la muerte. Una extendida corriente en el mundo entero, que también tiene muchos partidarios en Alemania, y que, por ejemplo, constituye la mayoría en Japón, considera que el hombre continúa viviendo después de la muerte del cerebro mientras que se sigan manteniendo, mediante tratamiento médico intensivo, las restantes funciones vitales del cuerpo. Un ser humano puede, aun después de la extinción de todas las funciones cerebrales, tener calor corporal, su corazón latir, sus órganos más o menos funcionar; incluso una embarazada puede, eventualmente, dar a luz aun después de la muerte cerebral.

Estoy de acuerdo con la opinión científica dominante en que, en el caso de muerte cerebral de una persona, todo lo antes dicho no es suficiente para hablar de un ser humano aun vivo. Y es que la vida vegetativa, que, de otro lado, también existe en la naturaleza, todavía no constituye un ser humano. En caso de muerte cerebral, falta, en principio, la posibilidad de pensar y sentir, falta el centro de integración que desde el primer momento vincula las diversas funciones corporales con el conjunto de la persona. Por ello, con el criterio de muerte cerebral se ha pretendido fijar el momento de la muerte desde una visión antropológica y no acaso como una construcción que posibilite el trasplante de órganos.

De otro lado, la opinión contraria, basada en la "muerte total", tampoco es consecuente y no puede ser llevada a la práctica. De lo contrario, se tendría que mantener con respiración artificial a toda persona con muerte cerebral hasta que su última célula se hubiese extinguido. Y entonces ya no se podrían realizar trasplantes de órganos porque esto supondría matar a un ser humano vivo. La mayoría de los seguidores de la concepción de la "muerte total" no consideran esta consecuencia, sino que permiten la suspensión, después de la muerte cerebral, de ulteriores tratamientos médicos intensivos y el trasplante de órganos. Con esto producen dificultades fundamentales casi irresolubles —pues deben hacer de la vida humana objeto de una ponderación de valores— y, en segundo lugar, reconocen, igualmente, a la muerte cerebral como un punto límite decisivo, con lo cual la concepción que ve aquí el momento de la muerte es, *de facto*, aceptada.

Añado unas palabras más sobre el trasplante de órganos³⁴ que está, al menos para los seguidores del concepto de muerte cerebral con el que coincido, estrechamente vinculada con el momento de la muerte, toda vez que la muerte del donante es condición necesaria para que el trasplante sea posible (no voy a tratar la donación de órganos entre vivos, ya que se encuentra fuera de mi tema).

En la discusión internacional se debate básicamente sobre tres modelos. En torno a las soluciones restringidas del consentimiento vigentes en los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Gran Bretaña, el trasplante de órganos es aceptado, únicamente, cuando el donante previamente a su muerte lo ha autorizado expresamente. La solución japonesa es aún más

³⁴ Sobre esto, detalladamente y con más observaciones, Obunco, *Human Organ Transplantation*, 1988; SARASS, «Die Postmortal Organspende», en ROXIN y SCHROTT, véase la nota 4, pp. 121-127.

restringida³⁵, pues además del consentimiento del donante fallecido requiere todavía la autorización de sus familiares.

La solución amplía del consentimiento, en la cual se basa la Ley alemana de trasplantes, transita por un camino intermedio. Según ello, se fundamenta primero en el consentimiento del donante fallecido (parágrafo 3.º de la Ley alemana de trasplante de órganos). Si éste no se pronunció en torno a la cuestión de un eventual trasplante de órganos a efectuarse una vez fallecido, se fundamenta entonces en la autorización de los familiares más cercanos, quienes atienden a la voluntad presunta del posible donador de órganos (parágrafo 4.º de la misma Ley).

El trasplante de órganos se permite con pautas más amplias conforme a la solución de la objeción, con base en la cual, un trasplante siempre será permitido si el donante potencial no se opuso expresamente a ello mientras vivía. Éste es el modelo dominante en Francia, Bélgica, España³⁶, Austria, Dinamarca, Polonia y Suecia. En ella se basaban también anteriores proyectos alemanes, pero hoy casi no es defendida en Alemania, pues, según la opinión mayoritaria, contradice el derecho de autodeterminación del donante de órganos.

A pesar de ello, personalmente me confieso como seguidor de la solución de la objeción. Porque aún hoy en día muchos seres humanos mueren en la mayoría de los países, incluyendo a Alemania, aunque podrían ser salvados mediante un trasplante de órganos si tan sólo hubiera suficientes órganos a disposición. Sólo la solución de la objeción puede solventar este problema. La considero éticamente del todo defendible, e incluso indicada, porque a los fallecidos ya no les sirven para nada sus órganos, debido a su pronta degeneración y evolución de lesiones graves tras que salvar una vida, o por lo menos conseguir la curación de lesiones graves mediante un trasplante de órganos, constituye un gran valor legítimo y además respalde de la mejor manera posible al mandamiento del amor al prójimo. Cuando alguien, a pesar de ello, no quiera servir a este noble fin de salvación después de su muerte, puede hacer notar su objeción en su documento de identidad con lo cual estaría garantizado su derecho de autodeterminación. No consigo entender por qué no se le puede exigir tal manifestación escrita a la vista de los importantes bienes jurídicos que están en juego.

Entiendo, por supuesto, que en las culturas que han desarrollado un culto hacia los antepasados u otros familiares ya fallecidos es muy difícil justificar el quebrantamiento del tabú consistente en la ofensa a los restos mortales de los familiares muertos. En este caso particular considero que el Derecho penal no se puede desligar totalmente de la cultura nacional en la cual se fundamenta. Éste es un criterio

³⁵ Sobre ello, SARRO, «Über Organtransplantationen und Todeszeitpunkt in Japan aus Strafrechtlicher Sicht», en KÜHRE y MIYAZAWA (coords.), *Alle Strafrechtsstrukturen und neue Gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 121-127.

³⁶ *Vid.* en España la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (art. 5), donde se admite por primera vez el criterio de muerte cerebral, y Real Decreto de 30 de diciembre de 1999, que recoge y amplía aquel criterio (donde se regulan las actividades de obtención clínica de órganos humanos). Junto a éstos, el Real Decreto de 1 de marzo de 1996, donde se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos.

que, a la vista de las normas parcialmente distintas que conforman los diversos ordenamientos, siempre se debe tomar en consideración, toda vez que este criterio no sólo explica las divergencias de opiniones, sino que también permite vislumbrar su justificación.

Con esto llego al final. En mi exposición he puesto en evidencia tan sólo algunos de los puntos álgidos de actualidad en torno a la protección jurídico-penal de la vida humana, así como también he manifestado, de forma muy breve, mi propia opinión. Espero, sin embargo, haber expuesto en cierto modo una visión clara de la complejidad de las cuestiones referentes a la protección de la vida humana de las que se tiene que ocupar el Derecho penal. Se trata seguramente de uno de los más importantes, a la vez que más difíciles, sectores de nuestra Ciencia.