

344 4604456
R763 de
[1984]
c. 1

Dr. iur., Dr. med.

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de La Laguna
Director de la Cátedra
de Derecho y Genoma Humano,
Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia
Universidad de Deusto

EL DERECHO Y LA BIOÉTICA
ANTE LOS LÍMITES
DE LA VIDA HUMANA



EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S. A.

será más apremiante todavía si se amplía el sistema de las indicaciones actualmente vigente o si se introduce la solución del plazo, al aumentar previsiblemente la demanda, con el riesgo de que los centros acreditados no puedan absorberla suficientemente, al tiempo que se avivaría la cuestión de la objeción de conciencia frente a la ampliación que se apruebe. No sería necesaria ni convenientemente una regulación excesivamente prolija, pero debería contener previsiones al menos sobre estos puntos: personas que podrían acogerse a la objeción de conciencia, actos incluidos en la objeción y procedimiento de su alegación y revocación explícita o implícita. Puesto que no pretendo apartarme de la perspectiva constitucional mantenida a lo largo de la totalidad del presente capítulo, no es éste lugar oportuno para entrar en tales consideraciones ²³².

LA INCIDENCIA DE LA DELIMITACION DE LAS DISTINTAS FASES DE LA VIDA HUMANA EN SU PROTECCION JURIDICA

Capítulo V

SUMARIO: I.

La vida humana como bien jurídico objeto de tutela por el Derecho. II. Significado biológico de la vida y su comienzo. 1. ¿Validez del concepto de persona para establecer el comienzo de la vida humana y su protección? 2. El comienzo de la vida humana como límite mínimo de su protección jurídica. III. Distinción entre la vida intrauterina y la extrauterina: final de la vida humana dependiente y comienzo de la vida humana independiente. 1. Determinación del momento del nacimiento como comienzo de la vida autónoma. 2. El comienzo de la vida humana independiente en el Derecho español. IV. El final de la vida humana. 1. Criterios para la determinación del momento de la muerte. Consecuencias 2. Problemas específicos de la legislación sobre trasplante de órganos en relación con el diagnóstico de muerte y algunas innovaciones científicas a) Plantamiento. b) Soluciones implícitas en la Ley a la luz del caso concreto. a) El diagnóstico de muerte del donante con parada cardíaco-respiratoria. b) El posible desfase del Reglamento en relación con los avances biomédicos en tanatodiagnóstico. a) Procedimientos de reducción del plazo de repetición de las pruebas y complementarios o alternativos al electroencefalograma. b) Pacientes sometidos a drogas depresoras del sistema nervioso central o con hipotermia inducida artificialmente. c) Paciente sometido a diagnóstico de muerte cerebral que fallece por parada cardíaca antes de las seis horas. c) La inadecuación de los criterios reglamentarios vigentes para los casos de donantes anencefálicos, neonatos y niños. a) Neonatos con anencefalia. a) Plantamiento de la discusión y características del anencefalo. b) Los términos de la discusión: algunos criterios. c) Los protocolos de la Universidad de Loma Linda. d) Consecuencias para el Derecho español. b) Neonatos y niños. d) La determinación de la muerte de embriones y fetos.

I. LA VIDA HUMANA COMO BIEN JURIDICO OBJETO DE TUTELA POR EL DERECHO

Puede afirmarse que en casi todas las épocas históricas la vida humana ha gozado de una particular y reforzada protección en cuanto bien jurídico. Ello se explica, entre otras muchas razones de índole cultural, ética y sociológica, por dos aspectos que conviene destacar en esta exposición: por un lado, las escasas o limitadas posibilidades de incidir en el discurrir biológico natural del hombre hasta la presente centuria para prolongarlo o mejorarlo; muy al contrario, la vida humana era vulnerable frente a múltiples agresiones naturales o provocadas por el hombre. Pero, por otro lado, resulta evidente que la vida humana, su existencia misma, constituye el soporte indispensable para el disfrute de otros bienes personales o materiales. Esta doble observación explica esa especial protección que ha merecido por el Derecho en sus diversas ramas, y en particular por el Derecho Penal, dados los privilegiados mecanismos protectores y eliminatorios de que dispone frente a otros sectores del ordenamiento jurídico; pero tam-

²³² V. más ampliamente sobre ello, Carlos M. ROMEO CASABONA, *Objeción de conciencia y Derecho Penal* (en prensa).

bien fundamentada que se hayan prevenido únicamente las conductas potencialmente lesivas o más peligrosas para la vida humana de acuerdo con los medios, procedimientos o instrumentos disponibles por el ser humano en cada momento histórico¹.

Ante este estado de cosas, los avances de las Ciencias Biomédicas logrados sobre todo en las últimas décadas han puesto de relieve que esa protección jurídica puede ser excesiva, incluso para tales objetivos de tutela, como ocurre en situaciones extremas vinculadas con el fin de la vida humana. Y, paradójicamente, insuficiente en otras fases o estadios de la misma, particularmente, durante el período de gestación. En el primer caso, por los medios de que dispone la Medicina para prolongar la vida humana gracias a los procedimientos de reanimación y cuidados intensivos, incluso de forma más o menos artificial, o mejor, algunas funciones biológicas vitales consideradas en épocas anteriores insustituibles; ello ha planteado la cuestión de si se ha ampliado de forma correlativa el deber jurídico de protección de la vida humana, teniendo la obligación de utilizar todos los medios científicos (técnicos y clínicos) disponibles para mantener o prolongar la vida humana (particularmente nos interesa en este momento si ya hay indicios del sobrevenimiento de la muerte, es decir, de un proceso vital irreversible), y si de su omisión podría derivarse responsabilidad penal por un posible atentado contra aquélla. En el segundo caso, porque durante el embarazo no era posible un acceso más o menos directo al concebido, y por consiguiente no cabían otras formas de agresión desde el exterior que las encaminadas de modo directo al aborto o mediante violencias materiales externas que iba a sufrir la madre en primer lugar, mientras que hoy o en un futuro inmediato es susceptible de diversas manipulaciones diagnósticas (diagnóstico prenatal), terapéuticas (terapia génica y fetal) o de investigación, o por medio de otros agentes exógenos bioquímicos o radiactivos. Pero por otro lado, también han incidido los progresos científicos en la determinación del momento de la muerte, al igual que con el incremento de los conocimientos más profundos sobre las características genéticas biológicas y fisiológicas del concebido y su desarrollo no es tan sencillo en estos momentos sostener acriticamente el criterio biomédico tradicional que vinculaba el comienzo de la vida humana con el de la fecundación del óvulo o concepción.

La protección jurídica de la vida humana se extiende en principio, decíamos en los capítulos II y IV al ocuparnos del derecho fundamental que se proyecta sobre aquélla, a todo el proceso de su existencia, esto es, desde la gestación² del nue-

¹ V. más extensamente sobre este tipo de reflexiones, Albin Esra, *Entre la sanidad y la calidad de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida* (trad. P. Laurentz), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 760 y ss. (1984); Edward W. KEYSERLINGK, *Surety of Life or Quality of Life (in the context of ethics, medicine and law)*, The Law Reform Commission of Canada, Ottawa 1979, *passim*.

² De acuerdo con la STC 53/1985, de 11 de abril (v. más arriba, capítulo IV, II, 3), la vida humana comienza (o, en sentido estricto, podemos añadir, su protección jurídica comienza) con la gestación, sin que hasta el nacimiento se pueda considerar al concebido como titular del derecho a la vida, pero que hasta entonces la vida humana es un bien jurídico protegido constitucionalmente por el art. 15 de la CE.

vo ser hasta el momento de la muerte. De todos modos, dicha tutela no es uniforme, sino que se realiza con distinta intensidad en ciertas fases o momentos de aquélla, siendo por lo general el nacimiento el punto de inflexión que marca la diferencia valorativa más significativa en los diversos sistemas jurídicos. Así, encontramos que constituyen infracción penal los atentados a la llamada vida humana independiente (esto es, a partir del nacimiento) cometidos tanto dolosamente como por imprudencia³; y no sólo éstos sino también los que afectan del mismo modo a la integridad personal⁴, que al fin y al cabo, aunque se trate de un bien jurídico autónomo o independiente —lo que hay que tener muy presente en este trabajo—, repercuten en la calidad de vida de la víctima. Mientras que sólo ha merecido tutela penal la vida humana dependiente (la vida del concebido) frente a las agresiones dolosas, el delito de aborto⁵ e, incluso, la pena de éste es en principio menor que en los anteriores casos, sin que el aborto culposo sea castigado penalmente⁶, como tampoco las lesiones dolosas o culposas que sufra el feto en su integridad o salud física y futura salud psíquica.

Resulta evidente la gran trascendencia que representa para el Derecho Penal establecer con exactitud cuándo se produce cada uno de esos momentos o fases de la vida del hombre. De su fijación dependerá que un supuesto atentado a la vida humana constituya delito o no (si todavía o ya no existe tal vida, esto es, el objeto material de la acción), o que sea de una gravedad muy diferente. Y aunque pueda parecer a primera vista que es fácil de determinar, acudiendo a criterios biológicos o médicos, lo cierto que ha despertado la atención de especialistas de las distintas ramas del saber, quienes en ocasiones no descartan la introducción de criterios valorativos para acotar los biológicos, sin llegar en muchas de ellas a encontrar unos criterios aceptables. El jurista se encuentra con frecuencia desasistido en estos asuntos, particularmente en el futuro el Juez, que es quien debe aplicar la Ley, sobre todo cuando ésta no le proporciona criterios que, aunque fueran hasta cierto punto convencionales, le sirvieran de referencia para determinar cuándo existe ya una vida humana digna de protección por el Derecho y cuándo esa vida ha pasado de ser dependiente (del clastro materno) a ser independiente (aunque este concepto sea relativo, pues el recién nacido y durante varios años después necesita de los demás, «depende» de ellos, para poder alimentarse y ser preservado de agentes externos que pudieran poner en peligro su vida), o cuándo ha dejado de existir.

Tres ejemplos sobre cada una de estas situaciones bastarán para poner de relieve la importancia que tiene para el Derecho delimitar cada una de estas fases o estadios de la vida: a) supongamos que una mujer, después de haber mantenido una relación sexual, se aplica una píldora de las llamadas «del día después» y gracias a su acción el óvulo fecundado no se implanta; o si se provoca una regulación

³ V., por ejemplo, el CP español, arts. 407 y ss. y 565 y 586 bis, respectivamente.

⁴ V. CP, arts. 418 y ss. y 565 y 586 bis, respectivamente.

⁵ V. CP, arts. 411 y ss.

⁶ Aunque podría admitirse la excepción culposa del aborto ocasionado violentamente, sin propósito de causarlo, a sabiendas del estado de embarazo de la mujer (CP, art. 412).

menstrual, dentro de las dos primeras semanas después de la desaparición del período menstrual; pues bien, ¿serán calificables estas conductas de aborto? ¿serán, si la respuesta es afirmativa, punibles, si la ley penal no indica ninguna especificación al respecto (a partir de cuándo se protege el ser concebido)?; b) supongamos ahora que una mujer embarazada no desea tener el hijo, y por las razones que sean no se ha decidido a abortar, pero cuando llega el momento del parto lo vuelve a hacer, ¿será todavía un aborto o ya un delito de homicidio —con independencia de que en esta segunda hipótesis se le pueda aplicar o no un delito más atenuado, atendiendo a las circunstancias?; c) ¿si se adelanta espontáneamente el parto, dando lugar al nacimiento de una criatura prematura, e inviable, y a pesar de ello se adelanta a su muerte segura y la destruye?; d) imaginemos, por fin, que un paciente, cuya actividad intravenosa, ¿podrán desconectarse dichos aparatos, que provocarán el cese irreversible de toda actividad biológica del paciente, sin que se incurra en delito?; y si todavía mantiene cierta actividad cerebral o se halla en un estado vegetativo persistente?

Por consiguiente, y por lo que se refiere a los límites mínimo y máximo, señalemos que el punto de partida del análisis del bien jurídico ha de ser el comienzo y el final de la vida humana, puesto que es ésta la que se pretende proteger. Establecer cuándo puedan identificarse tales momentos no es tarea de los juristas, sino que ha de ser fruto de las aportaciones de los investigadores de las Ciencias Biomédicas; es una información que sólo los expertos están en condiciones de suministrar con sus métodos científicos propios. Sin embargo, es cierto que el Derecho se desenvuelve propiamente en lo axiológico, en el mundo de los valores, y a él compete (ahora ya no a los científicos: o sólo dentro de los mecanismos propios de un Estado de Derecho) proceder a las valoraciones también en los métodos que le son propios y los propósitos normativos que le caracterizan, y es en esta tarea en la que el jurista —en cuanto experto— puede contribuir con su específica preparación (sin perjuicio de su expresión también a través de los mecanismos propios de un Estado de Derecho). En esta situación procede el debate, no para determinar cuándo comienza la vida humana o cuándo termina ésta, sino para decidir a partir de cuándo o hasta qué momento corresponde su protección jurídica, bien sea desde su inicio, bien en momentos o fases posteriores de su desarrollo, o bien determinando hasta qué momento dentro del proceso de la muerte, según las reflexiones que se tomen en consideración. En ambos casos, que no son sino la muestra o partes de un proceso biológico continuo, aunque con diferencias apreciables, el Derecho puede precisar la realización de un corte, deslindar unos momentos sobre los que proyectar sus valoraciones, si bien en principio habrán de ser lo más fieles posibles a la realidad que ese corte pretende representar.

Conviene tener en cuenta este planteamiento, puesto que por lo que se refiere a la protección de la vida en su comienzo ha llevado a desviaciones metodológicas, debido sobre todo a que se ha solido estimar una cuestión decisiva para

la postura que se adopte en torno al aborto; es decir, que según se mantenga una posición abortista o antiabortista, se ha querido apoyar en presupuestos científicos, retrasando o adelantando el comienzo biológico de la vida humana. Es un planteamiento erróneo, en primer lugar porque en todo aborto voluntario (que es donde reside principalmente el litigio) la cuestión nuclear radica en el alcance que se otorga a la libertad de la madre para continuar o no el embarazo, de tener o no el hijo concebido, y esta cuestión ha de resolverse tanto se admita como no que ya hay comienzo de la vida humana desde determinado momento, esto es, reforzando la presencia de otro interés digno de protección (por tanto, la existencia de un conflicto) o rechazándolo (y con ello negando la existencia de tal conflicto). Las posturas antiabortistas no pueden prescindir de que si efectivamente hay un conflicto desde el momento de la concepción entre la vida del concebido y la madre, tal conflicto ha de resolverse en un sentido u otro, de conformidad entonces con criterios valorativos, que pueden ser diferentes. Las abortistas, por su parte, al buscar con el retraso del comienzo de la vida humana argumentos para negar ese conflicto y allanar de ese modo el reconocimiento de la plena libertad de la madre para abortar, tendrían que reconocer que una interrupción del embarazo realizada antes de ese momento supone una agresión biológica sobre 'algo', o sobre la propia mujer, que el Derecho puede tener que entrar a valorar, y más si se realiza por un tercero, y, por otro lado, que no constituiría nunca delito de aborto, ni el consentido por la mujer ni el efectuado contra su voluntad, y tal agresión se reduciría a un delito contra la libertad (coacciones) y, en su caso —pero no siempre— de lesiones, de los que sería sujeto pasivo aquélla (por consiguiente, ni el concebido, ni la sociedad, ni el Estado). En segundo lugar, este punto de partida ha olvidado las necesidades de protección del concebido frente a nuevas formas de agresión no desahadas por la madre; es decir, que los problemas de su protección trascienden hoy del debate tradicional sobre el aborto.

Antes de continuar por este camino, conviene insistir en estas características de los procesos biológicos, a las que se refiere Lacadena: su continuidad, que impide precisar con exactitud el «antes» y el «después»; que esa continuidad no implica (el reconocimiento de) la emergencia de propiedades nuevas cualitativamente diferentes de las existentes en un momento anterior; y que el todo biológico no es igual a la suma de sus partes.⁷

En último extremo es un problema normativo, pero que debe partir en todo caso de la realidad ontológica que se desea acotar. Ciertamente que en nuestro país la Constitución fija el marco de esa protección, marco que había que delimitar previamente. Por consiguiente, en este análisis vamos a comprobar la estrecha conexión que se establece entre las Ciencias Biomédicas o Ciencias de la vida y

⁷ Juan R. LACADENA, *Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto*, en «Janon», núm. 665, 1559 (1985). Entre los juristas coincide con tal planteamiento Hans-L. SCHREIBER, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, en «Festschrift für Günter Schewen», Springer-Verlag, Berlin, 1991, 126.

el Derecho, cómo éste tiene que acudir constantemente en sus interpretaciones a aquéllas, pero con independencia de criterio derivada de su método y objetivos propios. Por este motivo en ocasiones la interpretación jurídica, los conceptos jurídicos, se distancian de los puramente biológicos dando entrada a elementos valorativos (característica del ámbito de lo jurídico)⁸ sin que pueda objetarse a ello ningún tipo de contradicción, ni riesgos de subjetivización o relativización excesivas de la vida humana.

II. SIGNIFICADO BIOLÓGICO DE LA VIDA Y SU COMIENZO

El comienzo de la vida humana plantea dos problemas principales en relación con su protección jurídica y, específicamente, jurídico-penal.⁹ En primer lugar, determinar su comienzo o, según se apunta también, determinar cuándo hay una forma de vida humana para establecer el momento a partir del cual el Derecho protege o debe proteger la vida humana en formación. Y, en segundo lugar, qué relevancia tiene—si es que tiene alguna—la condición de persona (moral o jurídica) para la protección de la vida humana y si únicamente la posesión de esta cualidad permite que el Derecho ponga en marcha sus mecanismos protectores, puesto que sólo la persona puede ser titular de derechos subjetivos (en este caso: del derecho a la vida). Por razones, metodológicas, comenzaremos con el análisis de esta segunda cuestión.

1. ¿VALIDEZ DEL CONCEPTO DE PERSONA PARA ESTABLECER EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA Y SU PROTECCIÓN?

Lo que debemos entender por persona no es fácil de determinar, pues está condicionado por múltiples factores y por las diferentes perspectivas de las que se parta. Se han propuesto diversos conceptos, con enfoques filosóficos y biológicos entrelazados en grado diverso. La trascendencia del asunto se deja ver por sí misma: así como su dificultad. De ahí que en estas líneas solamente vayamos a presentar unas pinceladas y algunas reflexiones y sugerencias.¹⁰

⁸ V. Manuel de RIVACOSA y RIVACOSA, *Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana*, en «Doctrina Penal», núm. 45-48, 287 y ss. (1989).

⁹ V. Carlos M. ROMEO CASABONA, *Human Life as Juridical Value Protected by Criminal Law*, en «Law Dilemmas Affecting Life and Death. XXth Colloquy on European Law», Glasgow, 1990b, Council of Europe, Strasbourg, 1992, 137 y ss. (editado también en francés).

¹⁰ En efecto, no pretendemos en este marco contribuir a elaborar un concepto depurado de persona, tarea estéril en nuestro caso, y que ha generado tantos y tantos trabajos de ilustres pensadores, sino tan sólo destacar su significado y relevancia para el tema central propuesto, que no debe perderse de vista. V. los siguientes trabajos de diferente contenido y propósito: Iva M. Hoyos CASTAÑEDA, *El concepto jurídico de persona*, Eunsa, Pamplona, 1989; Gustav NASS, *Person, Persönlichkeit und juristische Person*, Berlin, 1964; Carlos María ROMEO CASABONA, *La persona entre la Biología y la Bioética y el Derecho*, en «Folia Humanistica», 22 y ss. (1980); José G. Storch DE GRACIA y ASSÉSIO, *Acercas de la naturaleza jurídica del concebido no nacido*, en «La Ley», núm. 1726, 1 y

El concepto de persona está sometido a variaciones tanto desde su perspectiva temporal como espacial.¹¹ Desde la primera, el concepto ha ido evolucionando según el desarrollo de la sociedad, las ideas y valores que se han ido sucediendo y las necesidades existentes en la comunidad. Recordemos tan sólo el ejemplo de que para los griegos y los romanos los esclavos no eran personas, como tampoco gozaban de esta condición los extranjeros, al menos en determinadas épocas; para los segundos el *nasciturus* era una *pars viscerum matris*, no tenía capacidad jurídica sino expectativas, el aborto era un delito privado (al menos hasta el Bajo Imperio), y quien en definitiva tenía el poder de decisión—y de castigo—era el *pater familias*.¹² Con el advenimiento del cristianismo mostraba marcados tintes teológicos y metafísicos, y se acentuó la consideración del concebido, en cuanto ser dotado de alma, sin perjuicio de las modificaciones introducidas sobre la teoría de la animación.¹³ Desde la segunda perspectiva—la espacial—, la persona ha sido concebida de modo distinto por el filósofo, el biólogo, el teólogo y el jurista, según los aspectos que pretenden destacar: su existencia (o potencialidad) o su trascendencia, o ambas al mismo tiempo, con acentos diferentes. Por otro lado, en esta elaboración conceptual se ha identificado también en ocasiones ser humano con persona, aunque, evidentemente, no sean coincidentes por necesidad y ésta se utilice para acotar aquél.¹⁴

El concepto estrictamente filosófico¹⁵—si en verdad pudiéramos expresarlo en singular—, que ha variado notablemente en su devenir histórico—y en el que obviamente no vamos a entrar—, difícilmente puede satisfacer las necesidades de la ciencia, si es trasladado sin ser «remodelado» previamente, dada su excesiva abstracción, su lejanía de la realidad y escaso pragmatismo. Las características de racionalidad—imperante durante siglos desde que fuera formulado por Boecio como «una sustancia individual de naturaleza racional»—o de ser pensante las aceptaríamos todos de buen grado, tomadas como notas «inclusivas» pero no excluyentes—por ejemplo, del deficiente o el enfermo mental que no pueden actuar conmigo a «razón», al menos «actualmente»—. Y aun así, no tendrían por qué ser exclusivas del ser humano, como ha sugerido Feinberg¹⁶ con su sutil ingenuidad: ello incluiría a otros seres inteligentes del universo. Kant pondría el acento en una nota que ha sido plenamente referendada en la actualidad, la cualidad de la persona como un fin dotado de un valor en sí mismo, la dignidad.

ss. (1987); y una exposición muy completa, Alfonso Ruiz MIGUEL, *El aborto: problemas constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, 34 y ss.

¹¹ V. M. RIVER, *Esguise d'un profil de la personne selon le droit*, en «Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke», vol. 11, núm. 2, 417 y ss. (1981).

¹² V. ampliamente el documentado y sugestivo trabajo de Ruperto NÓÑEZ BARBERO, *Significación y trascendencia actual del sistema romano de la «portio mulieris» en el aborto consentido*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 159 y ss. (1990).

¹³ NÓÑEZ BARBERO, *Significación y trascendencia actual del sistema romano de la «portio mulieris» en el aborto consentido*, cit., 158.

¹⁴ V. HOROS CASTAÑEDA, *El concepto jurídico de persona*, cit., 377 y ss.

¹⁵ V. DIEGO GARCÍA GUTIÉRREZ, *Problemas filosóficos de la génesis humana*, en «La fecundación artificial: ciencia y ética», Madrid, 1985, 33 y ss.

¹⁶ JOEL FEINBERG, *The criterion of common sense personhood*, en «Medical Ethics», Massachusetts, 63 y ss. (1983).

La superación de la tradicional dicotomía del individuo entre «psique» y «soma» y su consideración como un yo que les trasciende ha favorecido, no obstante, avanzar hacia una noción más practicable. Pero no ha impedido que se tienda hacia un concepto propuesto por los científicos, como veremos después.

El concepto *iusflosófico* tampoco puede servir inicialmente.¹⁷ El Derecho se ve obligado, por de pronto, a distinguir la persona física (el individuo, el ser humano) de la persona jurídica (los entes colectivos), como medio de fijar las consecuencias de las relaciones en el tráfico jurídico. En relación con el *Derecho positivo* y centrados en la persona física, ésta no ha sido entendida de igual modo en los sectores del ordenamiento jurídico a que con mayor relevancia —junto con el Derecho constitucional— ha correspondido la regulación de sus derechos y su protección: el Derecho civil y el Derecho penal. Para el primero, en el sistema español la personalidad, la persona, comienza con el nacimiento.¹⁸ el nacimiento determina la personalidad (art. 29 CC) y señala que a los efectos civiles sólo se reputa nacido si vive veinticuatro horas enteramente desprendido del clastro materno, siempre que el nuevo ser tenga figura humana (art. 30 CC)¹⁹, con independencia de que se le reconozca determinadas expectativas al «*nasciturus*», al concebido, para cuando aquel ocurra (art. 29 CC): «pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente»²⁰. Y ello es así porque la personalidad —el ser persona— significa ser sujeto de derechos y obligaciones y de relaciones jurídicas privadas, partiendo de una concepción primordialmente patrimonialista (sobre todo por lo que se refiere a los derechos sucesorios por parte del recién nacido), al menos en sus orígenes.²¹ Sin embargo, conforme a la elaboración doctrinal y jurisprudencial posterior, se fue accentuando la idea del reconocimiento y protección de ciertos atributos inherentes al hombre, lo que llamáramos derechos de la personalidad en sentido estricto, propios de la persona física²², aunque hay quien los predique

¹⁷ Nass, *Person, Persönlichkeit und juristische Person*, cit., 93.

¹⁸ Téngase en cuenta que el feto alumbrado muerto y el nacido vivo pero fallecido antes del transcurso de las veinticuatro horas han de ser objeto de declaración de alumbramiento (en concreto «las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal aproximadamente», art. 45 de la Ley del Registro Civil), para formar en el Registro un legajo con las declaraciones y partes de estos abortos.

¹⁹ Pero como señalan José L. Lacruz Berdejo/Jesús Delgado Echeverría, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil, vol. II (Personas)*, 2.ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1990, 23, para los efectos civiles el momento del nacimiento «no es el de cumplirse la hora veinticuatro, sino el de desprenderse el feto del cordón umbilical, si (teniendo figura humana) vive veinticuatro horas, contadas desde aquel momento». Subrayado de los autores.

²⁰ Esther Arroyo I AMAYUELAS, *La protección del concebido en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 1992, 44 y ss. y 107 y ss.

²¹ V., en este sentido, María Carbaca Fernández, *Protección jurídica del preembrion*, en «Reproducción asistida» (coord. M. Palacios), Universidad de Cádiz - Ayuntamiento de San Roque, 1991, 86 y s. Por ello, Lacruz Berdejo/Delgado Echeverría, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil, vol. II (Personas)*, cit., 20, sostienen que la condición de persona sólo se demora en relación con los derechos subjetivos privados, pero no en relación con otros, por ejemplo, ser víctima de un delito.

²² V., más ampliamente Hoyos Castañeda, *El concepto jurídico de persona*, cit., 117 y ss.

también del concebido no nacido.²³ Mientras que el primer aspecto —el patrimonialista— puede perderse (por ejemplo, cuando se es declarado incapacidad), no sucede lo mismo con este segundo, que es irrenunciable e inderogable.

El Derecho penal no coincide con el civil en lo que entiendo por persona y que, como tal, está llamado a proteger. Bajo el Título «Delitos contra las personas» (sobre cuya inexactitud me ocupé más abajo, en el capítulo VIII), el CP español protege, como decíamos y habré de repetir más de una vez, con distinta intensidad, lo cual significa mayor o menor valor jurídico (por tanto, relativización de su protección), la salud e integridad corporal y la vida humana independiente y, por otro lado, la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o del feto, ya antes, por tanto, del nacimiento. Esta protección se realiza con independencia de la «viabilidad» de esa vida, de su «calidad» y de su «racionalidad». Se vincula, como ya expuse en otro lugar, a una estricta acepción físico-biológica de la misma, sin entrar a considerar la condición de persona de esa vida deducida de otras ramas del saber o del Derecho mismo. Parece lógico que tal diferencia entre el Derecho Civil y el Penal sea así, puesto que la definición de nacido del CC es únicamente «a los efectos civiles»²⁴ y, además, con ello se consigue una protección integral de la vida humana, ya que, de lo contrario, durante ese intervalo de veinticuatro horas que mencionaba quedaría sin cobertura: antes del nacimiento el atentado constituiría un delito de aborto y sólo transcurridas las mismas sería un delito de homicidio; o habría que considerar aborto la muerte del recién nacido o acudir a la figura intermedia de feticidio, conocida en el Derecho comparado.

Por consiguiente, desde el punto de vista jurídico la condición de persona es una creación del Derecho a los efectos de determinar quién es titular de derechos subjetivos; no le interesa averiguar para otorgar protección al concebido si éste posee o no la cualidad de persona, sino si contiene un valor digno de protección jurídica. Y, por fin, puesto que no define, como es lógico, el comienzo de la vida, debemos, nuevamente, acudir a las Ciencias Biomédicas o de la vida para averiguarlo. Y así se origina una interdependencia. Finalmente, el mismo castigo del aborto no consentido como delito autónomo en todas las legislaciones comparadas nos indica que se protege una realidad (incluso aunque se desprendiera que no se protege la vida del concebido) no condicionada por la existencia de una persona.

A la vista de estas reflexiones y si aceptamos el punto de partida del TC (en su s. 53/1985), de que la vida del *nasciturus* se beneficia de la protección constitucional, en cuanto bien jurídico constitucionalmente protegido, perdería interés primordial en la cuestión de la personalidad moral del *nasciturus* para determinar si encierra un valor merecedor de protección, pues habría sido ya resuelto por la CE (por su interpretación realizada por el TC), que habría decidido ya su valoración;

²³ STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, *Acercar de la naturaleza jurídica del concebido no nacido*, cit., 6 y

²⁴ De tal parecer: Miguel A. Soto LAMARINO, *Biogenética, filiación y delito*, Astrea, Buenos Aires, 1990, 161 y ss. (171).

su interés, en este contexto, se mantendría para la ponderación de la intensidad de su protección y la reacción (penal, en su caso) frente a su ataque antes o después de otorgarle tal categoría. En cualquier caso, parece que este debate se suele orientar en encontrar criterios convincentes para defender posturas sobre la despenalización del aborto voluntario. Sin embargo, los criterios que se utilicen han de servir como referencia para determinar cuándo existe éste en general (con independencia de que sea lícito o no), pues de lo contrario se correría el riesgo de que el momento que se fijase (el de la viabilidad o el del comienzo de la actividad nerviosa en el embrión, por poner unos ejemplos) debería servir también para fijar a partir de cuándo existe un delito de aborto punible, y en este caso —y siendo consecuentes— hasta ese momento asumido no debería poderse castigar como tal, sino tal vez como un atentado contra la libertad u otros intereses de la mujer embarazada, que sería la que sufriría la agresión de modo exclusivo; lo cual explicaría mal cómo intervenir penalmente frente a determinadas agresiones al concebido antes de esos momentos, como serían las manipulaciones genéticas, salvo que se deduzca la presencia de otro bien jurídico diferente.

Los biólogos y los médicos han preferido ocuparse de la *naturaleza y definición del ser humano*, pero sólo en alguna ocasión como punto de partida para construir el concepto de persona. Así, Joseph Fletcher, adoptando esta perspectiva, ha encontrado unos indicadores definitivos del hombre, de los cuales quince positivos (inteligencia mínima, autoconciencia, autocontrol, sentido del tiempo, del futuro y del pasado, capacidad de relación, balance de racionalidad y sentimiento, función neocortical, etc.) y cinco negativos (no es artificial, no esencialmente paternidad, no un conjunto de derechos, etc.)²⁵. Con posterioridad ha destacado, como llave de los demás, la función neocortical —en cuanto base del pensamiento— y reduce aquellos a cuatro: autoconciencia, capacidad de relación y felicidad, además de la función neocortical²⁶. Se han presentado también en su aproximado orden cronológico una serie de estadíos (diecinueve en total) que corresponden al desarrollo del ser humano y que pueden constituir otros tantos puntos de partida para distinguir entre persona y no persona²⁷. Los rasgos definitivos de la persona propuestos por Fletcher y por otros autores son aceptables en cuanto describen las propiedades del ser humano en su plenitud, pero no para aquellos que de forma temporal o permanente presentan imperfecciones, anomalías o un grado de desarrollo todavía no completado, pues ello implicaría graves riesgos de desprotección para deficientes psíquicos profundos, enfermos mentales graves irreversibles, recién nacidos²⁸, etc., de llevarla a sus últimas consecuencias.

²⁵ Joseph Fletcher, *Medicine and the nature of man*, en «Science, Medicine and Man», vol. 1, 93 y ss. (1973).

²⁶ Joseph Fletcher, *Four indications of humanness: The enquiry matures*, en «Hastings Center Report», núm. 12, 4 y ss. (1974).

²⁷ Gary M. Atkinson, *Person in the whole sense*, en «American Journal of Jurisprudence», 86 y ss. (1977).

²⁸ No han sido infrecuentes los planteamientos de este tipo, como recoge —y critica— en relación con los niños, Schaefer, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, cit., 123 y s. y 126.

De todas formas, y como resumen, podemos sostener que nos encontramos ante un concepto *no unívoco* de la persona: *polimorfo* (según la perspectiva desde la que se la contemple) y *funcional* (según la finalidad que se persiga o la aplicación a que se quiera destinar el concepto). Además, con este método no queda claro si deberíamos vincularnos al concepto de vida humana o de vida personal, y, en cualquier caso, no contribuye a delimitar el límite mínimo de la vida humana, de sus inicios, que es, sin embargo, el punto de vista que interesa al Derecho por lo que atañe a su función tutelar.

Insistimos una vez más en que lo decisivo, pues, para la protección jurídica no es el reconocimiento de esa condición de persona como sujeto de imputación de derechos y deberes, sino el comienzo de la existencia de la vida humana —comienzo y final— tomando como punto de partida criterios científicos: es esa realidad ontológica la que ha de asumir el Derecho, para concluir en lo que es propio de éste, lo normativo, lo axiológico. Sin embargo, el concepto de persona, de persona moral, en cuanto ser pensante y conjunto de predicados de diferente contenido —algunos de los cuales habremos de ver más abajo—, ha de favorecer una mejor captación global del hombre como ser vivo en su individualidad, identidad y autenticidad y como ser trasaccional en relación con otros seres.

2. EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA COMO LÍMITE MÍNIMO DE SU PROTECCIÓN JURÍDICA

Si hemos visto que lo decisivo para la protección jurídico-penal de la vida humana es su existencia como realidad físico-biológica y no la mera condición de persona (desde cualquier perspectiva de la que se parta), si hemos señalado que es un valor constitucionalmente tutelado desde la gestación, estamos ya en situación de abordar la cuestión del comienzo de la misma y del de su protección por el Derecho.

Entre los estudiosos se ha intentado encontrar un momento en el desarrollo del cigoto humano (en el útero materno) posterior al de la fecundación como indicativo del comienzo de la vida humana. Así, la incertidumbre del comienzo del embarazo —sobre todo durante el primer mes—, la configuración de los órganos —organogénesis— o de los órganos sexuales en particular, el comienzo de la actividad eléctrica cerebral, la viabilidad fuera del útero materno, etc.²⁹

²⁹ V. sobre el momento en que ocurren estos diversos estadíos en el desarrollo fetal, la tabla que presenta André E. HELLGERS, *Fetal Development*, en «Contemporary Issues in Bioethics» (T. Beauchamp/L. Walters, eds.), 2ª ed., Belmont, 1982, 225.

³⁰ V. más ampliamente sobre estos criterios M. Dolores VILA-CORO BARRACHINA, *El comienzo de la vida humana*, en «Revista General de Derecho», núm. 528, 5795 y ss. (1988); RICARDO MIGUEL, *El aborto: problemas constitucionales*, cit., 38 y ss. V. también FRANCISCO MÚÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, 86 y s. Un interesante análisis crítico sobre las tesis que quieren situar el comienzo de la vida humana en el inicio de la actividad cerebral aporta PATRICIA LARRENZO CORRELLÓ, *El aborto no punible*, Bosch-SPICUML, Barcelona, 1990, 83 y ss.

Como apuntaba más arriba, en realidad son más bien criterios valorativos que el resultado de comprobaciones biológicas; o, dicho de otro modo, son valoraciones de la realidad biológica que son extrapoladas y transformadas en categorías ontológicas. Suponen, además, introducir cortes con criterios biológicos en un proceso, también biológico, unitario y continuo que no son suficientes ni cualitativamente decisivos para explicar el comienzo de la vida humana, al no ser significativos en ese desarrollo³¹; en cualquier caso, existe ya un *tertium* más o menos diferenciado en el que hay que comprobar la susceptibilidad de protección por el Derecho.

No cabe duda de que *biológicamente* el punto de partida coincide con el de la concepción o fecundación, es decir, desde el preciso momento en que el óvulo femenino y el espermatozoide masculino han logrado su unión³², desde ese momento existe vida, al menos una forma de vida humana, aunque no es decisivo que se la califique o no como 'humana', como se ha pretendido en ocasiones. Y es aquí donde se debe recordar que la protección jurídica del comienzo de la vida humana no es una cuestión de las ciencias biológicas, sino jurídica y, por tanto, según decíamos, valorativa —normativa—, partiendo de aquella realidad científica. Precisamente por ello, conviene tener presentes ciertos fenómenos en el inicio del desarrollo embrionario descubiertos por las Ciencias Biomédicas, también biológicos, fisiológicos y genéticos, y que presentan la particularidad de coincidir temporalmente, todos los cuales pueden ayudarnos a comprender mejor ese momento para el Derecho; fenómenos que vienen siendo también recogidos por los juristas³³.

Precisamente, se ha destacado la singularidad biológica de la culminación del período de la anidación, esto es, el de la implantación del embrión en la pared del útero, a los catorce días de la fecundación, que es cuando el embrión adquiere, además, la individualización, fenómeno de naturaleza genética. Basándose en él, Lacadena propone separar el instante del comienzo de la vida (el de la fecundación) del momento del comienzo de la vida *humana*, de cuándo habrá

³¹ También con tanto a estos criterios, SCHREIBER, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, cit., 126.

³² Así, desde el punto de vista médico o biológico, Engelhard SCHLEISSMÄCHER, *Der Beginn des menschlichen Lebens*, en «Chancen für das ungeborene Leben» (ed., H. von Voss y otros), Köln: Universitätsverlag, Köln, 1988, 35 y ss.; Juan R. LACADENA, *La naturaleza genética del hombre. Consideraciones en torno al aborto*, en «Cuenta y Razon», núm. 10, 41 (1981), quien señala que la vida (no la vida humana) empieza con la fecundación: «ningún científico dudaría en responder que en el momento de la fecundación, es decir, cuando de dos realidades distintas —el óvulo y el espermatozoide— surge una realidad nueva y distinta —el cigoto—, con una potencialidad propia y una autonomía genética, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético». Más abajo veremos cómo este último aspecto está siendo objeto de discusión como consecuencia de los últimos descubrimientos científicos. V. también, con amplio apoyo bibliográfico, ROLF KELLER, *Beginn und Stufen des strafrechtlichen Lebensschutzes*, en «Profilanzgesetz und Humangenetik - Strafrechtliche Schranken?», J. C. B. Mohr, Tübingen, 1987, 112 y ss.; SCHREIBER, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, cit., 126; L. ALFREDO COPELLO, *El aborto no punible*, cit., 79; SOTO LAMADRID, *Biogenética, filiation y delito*, cit., 171.

³³ Sobre lo que sigue ya me pronuncie con anterioridad en *La persona entre la Biogenética, la Biocética y el Derecho*, cit., 24 y ss.

ya humanidad y no sólo un conglomerado de células humanas, fijándose como factor decisivo en la *individualización*, o momento en que se adquiere la categoría biológica de individuo, la cual requiere unicidad —la calidad de ser único— y la unidad —realidad positiva que se distingue de toda otra: la primera significa descartar la posibilidad de la formación de gemelos monocigóticos (aproximadamente, una frecuencia del dos por mil), que se forman por el desdoblamiento de un embrión, y es, por tanto, el único caso posible de identidad genética entre dos individuos humanos; la segunda, excluir la existencia de individuos que son mosaicos o quimeras genéticas, que son producidos por la fusión de dos embriones distintos durante las primeras etapas del desarrollo³⁴. Con los argumentos biológicos oportunos, el biólogo español llega a la conclusión de que dicha individualización (esto es, cuando se ha superado el proceso que admite la posibilidad de gemelos monocigóticos o de mosaicos o quimeras) no se alcanza hasta la anidación, esto es, dos semanas después de la fecundación. Según este criterio, a partir de ese instante puede considerarse *genéticamente* el comienzo de la vida humana. Por otro lado, los médicos apuntan también por este camino: así, la Sociedad Alemana de Ginecología estima que el embarazo se inicia con la culminación de la anidación del embrión, antes de ese momento el hecho de la fecundación es desconocido. Por tanto, estos datos genéticos y biológicos mostrarían que en este período de configuración del embrión ocurren o pueden ocurrir fenómenos reveladores de una indiferenciación e inestabilidad genéticas, aunque no sean estadísticamente muy frecuentes, pero que origina la dificultad de saber si existe una sola forma de vida humana o dos, pues no se pueden descartar ambos procesos en dirección contraria (de un cigoto a dos o de dos a uno); observación que no puede ser irrelevante para el Derecho.

Por otro lado, también se ha descubierto que genéticamente durante el proceso inicial del cigoto éste no posee todavía toda la información necesaria para el proceso embriogénico que determinará las características biológicas del futuro individuo, si bien es cierto que contiene la información genética específicamente humana, así como la información extracromosómica indispensable para dar comienzo al proceso de diferenciación³⁵.

De acuerdo con la exposición de Alonso Bedate y Cefalo³⁶, «Puesto que la única diferencia entre un cigoto y una célula epitelial o HeLa es la existencia de información molecular que genera el comienzo de la embriogénesis, tenemos que definir el substrato biológico de cualquier ejemplo de vida humana personal en términos que expresen la capacidad de dar información junto con el contenido de esta información.» [...] «Aquel potencial de capacidad informativa se adquiere con el tiempo por interacción con otras moléculas» [...] «En el proceso de diferenciación, el embrión interactúa con la madre: no hay ninguna duda que ambos sistemas biológicos intercambian información».

³⁴ LACADENA, *La naturaleza genética del hombre. Consideraciones en torno al aborto*, cit., 39 y ss.

³⁵ Según exponen Carlos Alonso Bedate/Robert C. CEFALO, *El cigoto: ser o no ser persona*, en «Labor Hospitalaria», núm. 217, 231 (1990) (publicado también en «The Journal of Medicine and Philosophy», núm. 14, 1989, 641 y ss.)

³⁶ ALONSO BEDATE/CEFALO, *ob. cit.*, 232.

Por consiguiente, esta carencia e insuficiencia de la información que contiene el cigoto hasta la embriogénesis revela también una característica genética de incapacidad por sí mismo y de cierta indiferenciación (todavía no posee la unicidad), cuya importancia radica en que constituye otra peculiaridad que se sitúa temporalmente en el mismo período que los fenómenos descritos más arriba.

En esta misma dirección, la literatura especializada indica que se ha comprobado hace ya tiempo la existencia de otros fenómenos fisiológicos en el desarrollo embrionario, en concreto, que el 50 % de los huevos fecundados abortan de forma espontánea precisamente también antes de la anidación, y suponen cerca de un 80 % del total de abortos espontáneos³⁷, lo que se toma como muestra de la inestabilidad del embrión antes de esa fecha y del carácter selectivo de esos abortos antes de la anidación, pues se ha comprobado asimismo que un elevado número de estos óvulos fecundados que son abortados son también portadores de graves patologías de los cromosomas o de malformaciones congénitas³⁸, así, el 36% de los abortos espontáneos son atribuibles según otras investigaciones a anomalías cromosómicas, y éste porcentaje se eleva al 80% si sólo se incluyen los abortos de menos de seis semanas³⁹.

Todos estos fenómenos diferentes (y de diferente relieve y frecuencia) pero más o menos simultáneos, sucesivamente relacionados, aportan datos de gran significación de indiferenciación e insuficiencia genéticas, de inestabilidad del cigoto y de autoselección biológica; a ello se añade la dificultad de la comprobación del embarazo e, incluso, del aborto (espontáneo o no) en sus primeras etapas, aunque sea un dato de valor relativo. A pesar de que la vida humana se protege con independencia de su viabilidad, todo ello puede servir de base para convenir en que hasta esta nueva fase del embrión, la de la terminación de la anidación o implantación en el útero materno, no existe un objeto material en el que se exprese con toda nitidez el bien jurídico vida suficientemente definido, diferenciado de otras vidas, estable y conocido. Durante ese período probablemente sería difícil reconocer —no que no exista— ese *tertium* distinto de la madre al que alude el TC, pero, por otro lado, esa inestabilidad plurititológica muestra las dificultades con que se encuentra el Derecho para el efectivo cumplimiento del objetivo de protección del bien jurídico: no se sabe si el óvulo fecundado continuará en su desarrollo, ni si existe, ni si se desarrollará un sólo ser o varios, ni cuál será su definitiva y completa identidad genética. De ahí que consideraciones axiológicas permitan concluir que el Derecho debe iniciar (incluso: sólo puede iniciar de modo efectivo) la protección de la vida humana a partir del momento en que se halla plenamente definida en su fase embrionaria (¿efectivamente el comienzo de la gestación en sentido estricto?), de acuerdo con las aportaciones actuales de

la Ciencia, que, por cierto, no presenta criterios uniformes en el establecimiento del momento exacto en que ocurre. No obstante, hasta ese hipotético momento se hace difícil la puesta en acción de los mecanismos jurídicos de protección y muestra que todavía no existe un interés claramente delimitado digno de la máxima protección jurídica: la que confiere el Derecho Penal.

Cierto es que el método operativo que se propone podría llevar a otra conclusión (aunque sólo en alguna medida) en lo que se refiere, como decíamos, no al momento de inicio de la vida humana, sino al momento del inicio de su protección jurídica, que podría ser posterior al propuesto (o anterior), pero habría de conciliarse con la protección constitucional reconocida a la vida del concebido, según el criterio asumido por el TC. Y cierto también que hipotéticos descubrimientos futuros sobre el desarrollo embrionario inicial podrían hacer modificar la valoración jurídica actual en un sentido u otro.

En conclusión, hasta el momento en que concluye la anidación no debe iniciarse la protección jurídica de la vida humana, acercándose con ello a las observaciones de los expertos de las Ciencias biomédicas, puesto que es a partir de entonces cuando hablan de la existencia del embarazo o de la gestación, sin perjuicio también de las discusiones científicas existentes al respecto. Con este razonamiento no se interfiere en realidad en las manifestaciones biológicas, sino que éstas son valoradas por el Derecho en función de la consecución de sus propios fines. Es decir, a la comprobación de datos biológicos de relativización se suma la de otros, que hay que reconocer de oportunidad, que determinan en el momento actual la noción normativa del comienzo de la vida humana.

Esta postura significa excluir la tentativa de aborto o el aborto consumado de la conducta de la mujer que al cabo de unas horas (o, incluso, días) de haber realizado el acto sexual adopta cualquier medida para evitar un posible embarazo, aún sin tener constancia del mismo; pero también quien en ese período y con el mismo fin actúe en ella contra su voluntad, aunque en este caso pudiera haber otro delito (contra su libertad o su integridad corporal). Al mismo tiempo se resolverían los problemas que plantea la calificación jurídico-penal de la utilización de las píldoras u otros mecanismos (como el DIU) actuantes después de la realización del acto sexual, así como la circunstancia de saber en qué momento han actuado, puesto que sería irrelevante (algunas tienen una doble acción: impiden la fecundación o la implantación del embrión si se ha producido aquella); a efectos penales tendrían la consideración de métodos anticonceptivos, cuya valoración penal —en su caso— es muy distinta a la del aborto. Este mismo criterio elimina toda duda sobre la destrucción de embriones obtenidos 'in vitro' todavía no implantados en una mujer (con independencia ahora de la protección jurídica que deban merecer), así como la destrucción de la mola hidatidiforme y la interrupción de los embarazos ectópicos o extrauterinos, tan peligrosos para la salud de la embarazada: en ambos casos no existiría tampoco un delito de aborto⁴⁰ (aunque sobre estos últimos añadiré alguna matización en otro lugar, capítulo VIII). No obstante, hay que reconocer que, tanto si se parte del momento de la fecundación como del de la anidación (no así

³⁷ Según Herrig, citado por LACADENA, *La naturaleza genética del hombre. Consideraciones en torno al aborto*, cit., 43.

³⁸ JAVIER GARO FERNÁNDEZ, *El aborto y el comienzo de la vida humana*, Santander 1979, 244 y ss.

³⁹ V. F. BORRERO/J. M. CARRERA, *Etiología general de los defectos congénitos*, en «Diagnóstico Prenatal» (ed. J. M. Carrera), Salvat, Barcelona, 1987, 21.

⁴⁰ V. HANS LUTTGER, *La nueva distinción entre anticonceptivos y aborto desde el punto de vista biológico y jurídico-penal*, en «Medicina y Derecho Penal», Madrid, 1984, 57 y ss.

con otros momentos posteriores), nos seguimos enfrentando con un problema de practicidad, pues resulta por ahora médicamente complejo fijar con exactitud cuando se ha producido cada uno de esos instantes e incluso identificarlo en el caso concreto.

El Derecho español no apunta ninguna luz explícita sobre el particular, pero la opinión más generalizada entre los juristas había venido considerando tradicionalmente que la protección penal a través del delito de aborto se inicia desde el mismo instante de la concepción⁴¹, sin perjuicio de que en la actualidad se va entendiendo el parecer de que la vida humana comienza con la anidación⁴², o, minoritariamente, en algún momento posterior⁴³.

Como se vio en el capítulo anterior, el TC español se ha pronunciado sobre la protección de la vida humana en formación⁴⁴, en el sentido de que es un valor constitucionalmente tutelado al amparo del art. 15 de la CE. Recordemos que tal conclusión se sustentaba en las siguientes observaciones: «a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el 'status' jurídico público y privado del sujeto vital. b) Que la gestación ha generado un 'tertium' existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el 'nasciturus' es ya susceptible de vida independiente de la

madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana». El comienzo de la vida humana se fija en la gestación y no en la fecundación o concepción, de lo que se puede inferir que para el TC ésta es una realidad biológica distinta de aquélla (y presumiblemente posterior), que es a la que el Derecho habrá de vincularse para la protección de la vida humana desde su comienzo. A pesar de la ambigüedad de la expresión, pues no se sabe muy bien su significado exacto⁴⁵, ni cuando, a su vez, se inicia aquella—es decir, la gestación—, parece que se vincula a la implantación del embrión, bien en su inicio, bien en su culminación⁴⁶. Con esta conclusión se enlaza con el razonamiento propuesto más arriba, de que hasta la anidación hay una forma de vida humana, pero que consiste todavía en un proceso fisiológico que aún no ha culminado en la individualización, del que no se sabe todavía si va a consolidarse o no en un embarazo, o del que estadísticamente se sabe que en un buen número de casos no va a consolidarse de modo espontáneo la gestación. Por consiguiente, no habría inconveniente en admitir este criterio de la implantación o anidación como definidor del comienzo de la gestación y de la correlativa protección penal, como solución de *lege lata*, es decir, de la interpretación del Derecho vigente.

Ante estos resultados al legislador se le presentan dos opciones: no adoptar ninguna medida legislativa específica y dar por supuesto este principio interpretativo sobre el comienzo de la protección jurídica; o bien definir ese momento en la propia ley, como sucede, por ejemplo, en el CP alemán (§ 219 d), según el cual no tienen el carácter de interrupción del embarazo en los términos de la ley las acciones cuyo efecto tiene lugar antes de la terminación de la inclinación del óvulo fecundado en el útero⁴⁷. Las ventajas que se desprenden de la inclinación por una u otra solución se ven claramente: la primera permite una mejor adaptabilidad a la evolución social y científica; la segunda se beneficia de una mayor seguridad jurídica⁴⁸.

El establecimiento de un momento a partir del cual el Derecho Penal puede iniciar su protección efectiva, no significa que el cigoto *in utero* carezca —o deba carecer— hasta entonces de toda protección jurídica frente a determinadas conductas, incluso que las más graves pudieran tener naturaleza penal. En efecto, la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, impone limitaciones en las ac-

⁴¹ V., por ejemplo, José M. RODRÍGUEZ DE VERA/Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 15.ª ed., 1992, 72.

⁴² Así, Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, I, *Delitos contra las personas*, 2.ª ed., Ed. CERA, Madrid, 1991, 128; Juan Bustos RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1986, 59; Manuel Cobo del ROSAL/Juan C. CARONELL MATTEU, *Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto*, en «Comentarios a la Legislación Penal. Parte Especial, 2.ª ed.», Tiranti lo Blanch, Valencia, 1988, 558; José L. Díez RIPOLLÉS, *mal*, t. IX, (La reforma del delito de aborto), Edersa, Madrid, 1989, 47; Juan J. GONZÁLEZ RUS, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)* (Junto con C. Carmona Salgado, L. Morillas Cueva, M. Poliano Navarro, dir. por M. Cobo del Rosal), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, 135; LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, cit., 80 y ss.; NÚÑEZ BARBERO, *Significación y trascendencia actual del sistema romano de la «porrio mulieris» en el aborto consentido*, cit., 174; ROMEO CASABONA, *La persona entre la Bioteología, la Bioética y el Derecho*, cit., 22; Angel TORIO LOPEZ, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, en «Estudios Penales y Criminológicos», núm. XIV, Univ. Santiago de Compostela, 1991 225 y s. (publicado también en «Iamós», núm. 924, 77 y ss.).

⁴³ V. MUCOSZ KONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., 86; Joan J. O'CARROLL JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, vol. I, Librería Bosch, 1986, 50 (en el comienzo de la actividad cerebral).

⁴⁴ Por sentencia 53/1985, de 11 de abril.

⁴⁵ V. sobre su significado lingüístico lo indicado más arriba, capítulo IV, II, 3.

⁴⁶ V. LACADENA, *Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto*, cit., 1559 y s., citando a BORTOLLA LUISA. Este mismo sentido ha deducido de la referida sentencia del TC RODRÍGUEZ MOURULLO, *El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura*, cit., 39 y ss., llegando a afirmar, incluso, que la sentencia deja fuera del art. 15 de la CE el «período inicial que va desde la fecundación del óvulo hasta la anidación del óvulo, que es cuando realmente la medida actual considera que comienza el proceso de gestación o embarazo».

⁴⁷ V. más ampliamente LUTIGER, *La nueva distinción entre anticonceptivos y aborto desde el punto de vista biológico y jurídico-penal*, cit., 39 y ss.

⁴⁸ Se inclina por esta segunda opción, por que, además, evita que se acorten excesivamente los plazos de cómputo que suelen utilizar los médicos. ANTONIO CERDA RIZUE, *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*, en «Documentación Jurídica», núm. 37/40, vol. 1.º, 378 (1983).

tuaciones sobre los embriones y los fetos provenientes de mujer y prevé infracciones administrativas en relación con la manipulación de aquéllos, algunas de las cuales son aplicables cuando dicha manipulación tiene lugar en un embrión concebido desde el inicio por la madre (es decir, que ha sido fecundada de forma natural): la realización de cualquier manipulación dirigida a modificar el patrimonio genético humano no patológico; la creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él con cualquier fin distinto a la procreación; la donación y utilización de embriones, fetos o sus células, tejidos u órganos para fabricación de productos de uso cosmético; la extracción de células o tejidos de embriónes o fetos en desarrollo, de la placenta o sus envolturas, o de líquido amniótico, si no es con fines de diagnóstico prenatal; la experimentación con embriones o fetos, viables o no, salvo si son inviables fuera del útero y bajo determinadas condiciones (art. 9. 2. B). En estos casos ya no se plantea ningún problema sobre la determinación del momento a partir del cual están prohibidas ciertas prácticas (ni la Ley alude a ello), al ser éstas fácilmente determinables con independencia de consideraciones temporales. Pero sí puede ser objeto de discusión que esta Ley constituya un instrumento jurídico adecuado y suficiente para los fines de protección.

Por otro lado, debemos volver sobre la cuestión de por qué los anteriores criterios propuestos para protección de la vida humana en sus inicios no son trasladables al embrión 'in vitro' o preimplantatorio. Desde luego, sobre su existencia como tal no caben las dudas que ofrece el originado en el útero materno de forma natural, pues es perceptible por procedimientos de laboratorio. Sin embargo, a pesar de contener ya su código genético propio, no está asegurada su continuidad biológica de forma natural, su desarrollo completo está condicionado por su posterior implantación en una mujer. Por consiguiente, su protección jurídica debe ser *independiente*⁴⁹, encaminada a prevenir su manipulación antes de ser implantado y evitar la creación de embriones en número superior a los necesarios para la reproducción o con fines distintos de ésta. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, establece previsiones protectoras (arts. 12 y s., y 14 a 17), incluido un catálogo de infracciones y sanciones (art. 20), sobre cuya suficiencia no puedo pronunciarme ahora. Sobre ello volveremos en el capítulo VI. Ahora bien, estas conclusiones están condicionadas por el previsible logro científico de llevar a término el desarrollo de embriones creados 'in vitro', a pesar de que esta conducta está prohibida expresamente por la ley. De ser posible tal desarrollo completo, y de llegar a realizarse a pesar de la prohibición (o sin ella), ya no se daría como presupuesto su implantación en una mujer, pues su continuidad biológica estaría asegurada por medios técnicos. Por tanto, podríamos identificar ya entonces un proceso semejante al de la gestación materna y por tanto también habría una vida humana en formación merecedora de protección como tal (también penal, incluso posiblemente con sustento constitucional) de la misma estructura que la hoy reconocida al embrión implantado en la mujer, incluyendo probablemente el de su inicio, de ocurrir también 'in vitro' los fenómenos mencionados

⁴⁹ Apuntan semejanzas inquietudes, José M. VALLE MUÑOZ/Marié GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, en 'Poder Judicial', núm. 26, 125 y ss. (1992).

más arriba, excluido el de la anidación (pero es de suponer que ocurriría un fenómeno semejante). Es cierto que de continuar la prohibición de su desarrollo *in vitro* más de catorce días, sería difícil detectar cualquier manipulación realizada posteriormente, incluida su destrucción, lo que resultaría más problemático de ser el feto 'in vitro' viable. Sin embargo, los actuales tipos penales del aborto tampoco darían cobertura a estos hechos, que objetivamente sólo protegen el *nasciturus* en el seno de la madre.

III. DISTINCIÓN ENTRE LA VIDA INTRAUTERINA Y LA EXTRAUTERINA: FINAL DE LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE Y COMIENZO DE LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

No hay dificultad en afirmar que la vida fetal termina con el nacimiento, momento a partir del cual existe una vida humana autónoma, fuera del clastro materno, con las lógicas limitaciones que se irán corrigiendo con el paso de los años.

A esta diferente situación quieren referirse las expresiones vida humana dependiente/independiente, o intra/extrauterina. Sin embargo, las técnicas de reproducción asistida pueden dar lugar a confusiones terminológicas —y, como veremos, a problemas jurídicos específicos vinculados con el que ahora nos ocupa—, puesto que extrauterina es también en sentido estricto la vida del embrión obtenido 'in vitro' mientras se deja continuar el proceso de división celular inicial fuera del clastro materno. Por ello, y a la vista de que el desarrollo del embrión así obtenido está condicionado por la implantación en el útero de una mujer, llamaremos a ésta 'vida preuterina' o 'preimplantatoria' para distinguirla de las otras dos.

Como ya hemos visto en los apartados precedentes, no es necesario para que se le considere digno de protección penal como nacido que haya adquirido la personalidad según los términos del Código Civil, es decir, que tenga figura humana y, sobre todo, que hayan transcurrido veinticuatro horas desde el nacimiento. No hay incongruencia en ello, puesto que el Derecho civil persigue con la calificación *jurídica* de persona unas finalidades diferentes, principalmente otorgarle la condición de sujeto de derechos y deberes, de raíz histórica muy antigua y explicable en sus orígenes; no en vano dice el art. 30 del CC «a los efectos civiles»; como tampoco es aplicable, por el mismo motivo, la disposición del art. 29, según la cual al concebido se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables⁵⁰.

⁵⁰ Sobre ambos preceptos, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, I, *Delitos contra las personas*, cit., 21.

1. DETERMINACION DEL MOMENTO DEL NACIMIENTO COMO COMIENZO DE LA VIDA AUTONOMA

En pureza el nacimiento no es un instante preciso, sino un *proceso* más o menos largo (puede durar unas horas, pero también más de un día), proceso que se inicia con el comienzo del parto y concluye con el total desprendimiento del feto del vientre de la madre y ya no tiene ninguna ligazón orgánica con ella. El problema radica entonces en determinar a partir de qué preciso instante dentro de ese proceso se entiende que ha ocurrido el nacimiento, partiendo de la idea del límite mínimo del comienzo de vida autónoma: el comienzo de los dolores del parto; cuando asoma de la vagina el cuerpo del niño; cuando ha sido completamente expulsado de la madre; cuando se le ha cortado el cordón umbilical que le une a la madre y ha servido hasta entonces para recibir el alimento, oxígeno y otros elementos vitales; o que haya iniciado la respiración pulmonar, o que sea capaz de alimentación por vía bucal. Como ya sabemos, la cuestión tiene gran importancia para el Derecho Penal, pues aunque la vida de ese ser está protegida por aquél, no se realiza con la misma amplitud e intensidad según sea antes o después del nacimiento (vida dependiente e independiente), incluso aunque lleguemos a comprobar que entre ambos instantes existe una diferencia de sólo unos minutos ⁵¹. Ante la complejidad que presenta determinar ese momento con criterios exclusivamente biológicos, es inevitable acudir a otros jurídicos más o menos convencionales, pero que sirvan lo mejor posible a los objetivos protectores de las normas que abarcan respectivamente la vida humana dependiente e independiente.

Algunos autores, condicionados por las legislaciones de sus países respectivos, según las cuales el delito de homicidio existe cuando se produce la muerte del niño en el comienzo del parto ⁵², fijan en éste también el comienzo de la vida humana independiente, bien identificándolo con el comienzo de las labores del parto (sean naturales o provocadas por diversos procedimientos, incluidos los quirúrgicos, como la cesárea) que, en su repetición, conducen a la expulsión, bien con el comienzo de la expulsión del feto, o cuando éste sea ya visible y pueda actuar contra él directamente desde el exterior, aunque no haya sido todavía completamente expulsado ⁵³.

Otro criterio que también ha sido seguido es el de exigir la expulsión completa del feto del claustro materno. Dentro de este punto, unos consideran suficiente esa expulsión, no importando que se haya seccionado al niño el cordón umbilical, que haya iniciado la respiración pulmonar u otras funciones vitales

⁵¹ Este es el inconveniente que encuentra a todos los criterios que se suelen proponer, GONZALEZ RUS, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)* I, cit., 10.

⁵² Así, los CP alemán, art. 217 (infanticidio: «durante o tras el nacimiento»), austríaco, art. 79, italiano, art. 578 —que incluye una figura delictiva intermedia conocida como feticidio: «el que ocasiona la muerte de un recién nacido después del parto, o de un feto durante el parto»—, portugués, art. 356.

⁵³ V. JAHNSKE, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.^a ed., W. de Gruyter, Berlín, anot. marg., 3 previa al § 211; LETTGER, *Las técnicas obstétricas y la noción de persona desde el punto de vista penal*, en «Medicina y Derecho Penal», cit., 83 y ss.; JOSÉ M. STRAMPA BRACON, *El objeto material de los delitos contra la vida (límite mínimo)*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 530 (1950).

autónomamente ⁵⁴, mientras que otros, por exigencias prácticas de prueba, requieren que el niño haya respirado ya por los pulmones ⁵⁵ o bien que se le haya cortado el cordón umbilical, pues hasta entonces «no ha nacido» ⁵⁶.

Para obtener un criterio que, dentro de esa obligada convencionalidad a la que aludía con anterioridad, cumpla mejor los objetivos de practicabilidad y de protección adecuada de la vida humana en cada uno de esos dos estadios: sin avanzarla o retrasarla indebidamente y arbitrariamente, hay que tener en cuenta dos factores basados en criterios materiales. En primer lugar, que biológicamente el nacimiento sólo ha concluido cuando se puede hablar ya de una vida del niño autónoma de la madre, lo que exige, cuando menos, el total desprendimiento del vientre de aquélla (hasta entonces todavía no ha nacido, *está naciendo*) e, incluso, que se haya seccionado el cordón umbilical e iniciado la respiración pulmonar, etc. (aunque antes de producirse los mismos puede afirmarse que en rigor *ya ha nacido*, si bien faltan todavía esos aspectos que, aun siendo vitales, son accesorios para el hecho en sí del nacimiento) ⁵⁷. En Medicina se considera necesaria la culminación de todo este proceso.

Este sería el dato biológico, que debe ser contrastado con los factores jurídicos, en concreto, con los objetivos específicos de protección de la norma correspondiente. A este respecto hay que tener en cuenta también una doble consideración de política criminal, que consiste en la diferenciación entre que la agresión pueda perpetrarse directamente contra el nuevo ser o indirectamente a través del cuerpo de la madre ⁵⁸, y en que la realización de una agresión contra la vida humana requiere una mayor energía criminal por parte de su autor cuanto puede ver y palpar físicamente a su víctima, lo que sucede en este caso a partir de la total expulsión del feto del vientre de su madre ⁵⁹. Por tanto, desde ese instante el hecho no sólo es más grave sino también más reprochable. En consecuencia también, la protección más intensa que confiere el Derecho a la vida humana independiente (a través del delito de homicidio) debe iniciarse a partir de ese instante, el de la expulsión completa del feto/niño, aunque no se haya seccionado todavía el cordón umbilical ni se hayan iniciado de forma autónoma otras funciones vitales (respiración pulmonar, etc.), pues no suponen ya cambios cualitativos. Adelantar la protección al inicio del parto supondría un considera-

⁵⁴ BULO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)* I, *Delitos contra las personas*, cit., 22; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, en notas a Antonio QUINTANO RIBOLLES, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, vol. 1.^º, 2.^a ed., Madrid, 1972, 505; MANSOZ COMBE, *Derecho Penal*, Parte Especial, cit., 24 y s. STS 3 junio 1969 (condemno por infanticidio, cuando aun no se había ligado el cordón umbilical).

⁵⁵ Por ejemplo, COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 488; TS español: sentencia 20 mayo 1975.

⁵⁶ QUINTANO RIBOLLES, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, cit., 500.

⁵⁷ En este sentido, QUINTANO RIBOLLES, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, cit., 500, y GIMBERNAT ORDEIG, en notas, cit., 505.

⁵⁸ GONZALEZ RUS, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)* I, cit., 9 y s. Sin embargo, entiendo que este criterio no es contradictorio con el que sigue en el texto, sino que ambos aportan una visión complementaria, o, de no serlo, sirven para limitar el uno al otro.

⁵⁹ Así, GIMBERNAT, *ult. lug. cit.*

ble alejamiento del soporte biológico del fenómeno del nacimiento y plantearía problemas de practicabilidad (p. ej., el médico o comadrona que asisten al parto, a partir de un momento inconcluso y tal vez desperdiciado del proceso ya no serían reos de aborto, sino de homicidio); si bastase con el comienzo de la expulsión, resultaría difícil de establecer y de probar a partir de qué momento. Retrasarlo hasta el corte del cordón umbilical o el inicio autónomo de todas las funciones vitales resultaría problemático y excesivo; problemático, porque no se tendría en cuenta el cuadro que pueden presentar los recién nacidos apnéicos, en los que todavía no se ha producido la respiración pulmonar, debido a una insuficiencia respiratoria transitoria o patológica, lo que conduciría al absurdo de tener que considerar que el ataque a la vida de estos niños constituiría un delito de aborto (o, incluso, si se le ha impedido el comienzo de la respiración); excesivo, al no valorarse la diferente susceptibilidad de agresión al bien jurídico (directamente desde el exterior sin precisar la mediación del cuerpo de la madre) ni la nueva situación psicológica del autor provocada por la visualización y el contacto físico directo con el niño, mientras que normalmente tomará en consideración que su víctima haya comenzado o no a respirar o se le haya cortado el cordón umbilical.

2. EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL

Falta por ver cuál es el momento de todos los descritos al que se vincula o aproxima mejor el CP español, si al comienzo del parto o al del nacimiento. A diferencia de lo que sucede en otros países, en los cuales se condiciona la calificación del hecho como delito de homicidio a que se haya comenzado el parto, el CP español exige que haya nacido ya. Es cierto, no obstante, que nada señala de modo explícito al respecto, pero lo podemos deducir por caminos indirectos.

Veamos cómo: el delito de infanticidio consiste en nuestro Derecho no en matar simplemente a un niño (frecuentemente se le calificará de asesinato, parricidio u homicidio), sino en matar a un recién nacido por parte de la madre o de los abuelos maternos con el fin de ocultar la deshonra de aquella (art. 410)⁶⁰. Cuando concurren estas circunstancias no se castigará a la madre o a los abuelos maternos por un delito de parricidio (matar a un descendiente, etc., art. 405), como sería lo normal, sino por el de infanticidio, que establece una pena más leve.

⁶⁰ Art. 410 del CP español. También art. 394 del CP chileno. Precisamente la línea argumental que se presenta en el texto es más clara en este último Código, al exigir que la acción se realice «dentro de las 48 horas después del parto, matan al hijo o descendiente», lo que significa que ha de haberse culminado el proceso del parto, por tanto, el nacimiento, quedando la duda de cuando se entiende concluido aquél, si es precisa la sección del cordón umbilical y/o el comienzo de la respiración pulmonar para entender terminado el parto, o se puede adelantar como se propone en el texto para el Derecho español.

En resumen, para aplicar el delito de infanticidio, que supone un atentado contra la vida humana independiente, hará falta (aparte de los demás requisitos del delito) que se trate de un 'recién nacido', o lo que es lo mismo, que ese ser haya nacido; si todavía no hubiera nacido entraría en juego el delito de aborto *honoris causa*⁶¹, que presenta aproximadamente la misma estructura típica que el de infanticidio, salvo en el objeto material en el que ha de recaer la acción. De no aceptar este criterio llegaríamos a la contradicción (en concreto de adelantar el momento al comienzo del parto) de que el mismo hecho sería homicidio o aborto según el móvil que animara al autor. Así, si actuó con ánimo de ocultar la deshonra de la madre (ella misma o los abuelos maternos), el hecho debería ser calificado como un delito de aborto *honoris causa*, pues el sujeto pasivo no sería todavía un 'recién nacido', como exige el delito de infanticidio; de no concurrir dicho móvil, y de acuerdo con esa solución vinculada al parto debería calificarse ese mismo hecho como delito de homicidio o el tipo agravado contra la vida humana independiente que resultara aplicable. Puesto que debe rechazarse la posibilidad —no expresada por la ley como sucede en el Derecho comparado con la figura de feticidio— de que el CP siga criterios distintos para establecer la calidad o naturaleza de la vida humana frente a hechos y objetos de protección iguales, debe concluirse en que sólo el criterio del nacimiento permite esa unidad valorativa. Pues bien, para que, de acuerdo con el CP, pueda entenderse nacida a una persona basta con que se haya desprendido completamente del clausuro materno sin más procesos ulteriores, en los términos acabados de ver como más adecuados⁶²; si todavía no se ha producido el nacimiento aunque hayan comenzado las labores del parto, el hecho será constitutivo de un delito de aborto, pero no de infanticidio. Y ahora viene la generalización mediante un recorrido inverso confirmatorio, porque si este criterio es válido para este delito de infanticidio, forzadamente habrá de serlo también para los demás delitos contra la vida humana independiente, que no aportan nada al respecto, pues el delito de infanticidio no deja de ser un supuesto específico, concreto, del más general y básico del homicidio, que consiste en matar a una persona (art. 407 del CP) sin otras circunstancias acompañantes que nos lleven a un delito más grave (asesinato, parricidio) o más leve (auxilio al suicidio, el propio infanticidio), según corresponda.

En conclusión, también el delito de homicidio requiere para su existencia que se haya producido el nacimiento, no bastando en el Derecho español con el comienzo de las labores del parto: a partir de la sola expulsión pero completa del seno de la madre se amplían los recursos protectores jurídico-penales de la vida humana, pues no sólo serán punibles los atentados dolosos o culpables como homicidio o el delito que correspondía, sino también, dado el caso, como lesiones corporales dolosas o culpables. Si, por el contrario, no ha llegado

⁶¹ Art. 414 del CP.

⁶² De este parecer: BAYO FERRANDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, I, *Delitos contra las personas*, cit., 22. Por el contrario, considera de *lege lata* necesario el corte del cordón umbilical, MÚÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., 8.

todavía ese momento, sólo será apreciable un delito de aborto doloso si concurren sus elementos típicos. Traslada esta conclusión al ámbito de las Ciencias Biomédicas, significa que cualquier maniobra imprudente en el proceso del parto, bien comporte lesiones o la muerte del feto, será imputable⁶⁵, lo que incide en la necesidad de revisar estos delitos de *lege ferenda* de acuerdo con las propuestas que serán expresadas⁶⁴.

Una vez ocurrido el nacimiento la nueva criatura si está viva (si manifiesta ya funciones vitales de forma autónoma) es protegida con independencia de su viabilidad extraterina⁶⁵ o de que sea un ser deforme o monstruoso, a diferencia de lo que sucedía entre los romanos, para quienes este último era un ser no humano («sin forma y constitución humana») ⁶⁶, aunque no deje de plantear graves problemas en la actualidad, dado que pueden ser mantenidos con vida, gracias a los avances médicos, seres que en épocas anteriores eran ya objeto de una selección natural en los casos más graves⁶⁷, lo que puede conducirnos a la compleja cuestión de la eutanasia neonatal, que abordaremos en otro lugar, o a tener que tomar la decisión sobre la supervivencia, como en el caso de los niños unidos corporalmente (siameses)⁶⁸.

El temor ancestral al nacimiento de niños monstruosos puede cobrar actualidad, puesto que como ya se creía en tiempos remotos (que una mujer pudiera engendrar de la unión sexual con un animal) no debe descartarse en el futuro la viabilidad de la fecundación de una mujer con semen animal (fecundación inversa) por el medio combinado de las técnicas de reproducción asistida y de manipulaciones genéticas, consiguiendo así el embarazo a término de un híbrido.

⁶⁵ V. Elena FARSE TREBARI, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana: independiente en «Anuario de Derecho Penal», 338 y ss. (1990).*

⁶⁴ A estas reflexiones se dedica parte del capítulo IX, IV.

⁶⁵ En este sentido, BAYO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), I, Delitos contra las personas*, cit., 23; FRIEDRICH E. ISENER/HANS LUTJE, *Rechtsprobleme bei Anencephalen*, en «Medizinrecht», 68 (1988).

⁶⁶ STAMPA BRAUN, *El objeto material de los delitos contra la vida (límite mínimo)*, cit., 543 y 554.

⁶⁷ ESER, *Entre la sanidad y la calidad de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida*, cit., 771 y ss.

⁶⁸ En concreto si peligra la vida de ambos y no es posible la supervivencia de los dos (p. ej., si no poseen duplicados todos los órganos vitales y, por consiguiente, la separación deberá hacerse a costa de la vida de uno de ellos). Frente al estado de necesidad que propone BAYO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), I, Delitos contra las personas*, cit., 24, partiendo acertadamente de la existencia de dos personas, pero tal vez olvidando que al tratarse de conflicto de intereses de igual valor—dos vidas humanas en las mismas circunstancias—dará lugar de forma insatisfactoria a que la acción fuera ilícita aunque inculpaible (de acuerdo con la tesis dominante en la doctrina sobre la doble naturaleza de la exigente de estado de necesidad), el criterio más correcto es enfocarlo desde la perspectiva del conflicto de deberes (art. 8.º núm. 11 del CP español) de acción de igual rango, de modo que los cirujanos que procedan quirúrgicamente a la separación actuarán lícitamente al salvar sólo a uno de los niños, siendo imposible en la hipótesis consiguiente para los dos. V. en este sentido para un supuesto semejante, JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, Tecnos, 1990, 49. Por otro lado, si fuera preciso, criterios también a ponderar de *lex artis* indicarían cuál de ambos sería seleccionado, tanto por las características de la intervención quirúrgica como por las expectativas objetivas de supervivencia.

Hoy, de todos modos es todavía técnicamente irrealizable, pero, como veremos en su momento, nuestro ordenamiento jurídico previene esta posibilidad al prohibir ya expresamente el intercambio genético humano recombinado con otras especies para producción de híbridos, la transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, «que no estén autorizadas», así como las manipulaciones genéticas sobre embriones humanos (implantados o destinados a serlo) sin fines terapéuticos⁶⁹.

De todas formas, insistamos en que es necesario que el niño haya nacido vivo, lo que es dudoso en algún caso con los nacidos anencefálicos⁷⁰, como veremos más abajo, o quienes tan sólo mantienen algún tipo de función vital residual⁷¹.

IV. EL FINAL DE LA VIDA HUMANA

El final de la vida de una persona, de un ser humano ya nacido, hay que identificarlo, como es lógico, con el de su muerte. Los avances de la Medicina han puesto de nuevo en una situación incómoda al Derecho, que hasta hace unos años no tenía dificultades en determinar cuándo una persona había muerto, basándose en la paralización de la circulación sanguínea y de la respiración, si no quería esperarse a la manifestación de los inequívocos signos de putrefacción cadavérica, como se hacía en tiempos todavía no lejanos con el fin de descartar la temida «muerte aparente». De ahí que no se hubieran ocupado los juristas con demasiado celo de este asunto, ni que el legislador hubiera considerado necesario proveer de una definición legal de muerte. Hoy las cosas han cambiado notablemente, en particular por la necesidad que surge en ciertas ocasiones de encontrar a lo largo de todo el proceso de la muerte un punto precoz que muestre que ese proceso es ya irreversible, como sucede en relación con la decisión de cesar el tratamiento médico de un paciente o interrumpir o desconectar medios o aparatos de asistencia intensiva, o de considerarle donante de sus órganos para su trasplante a otras personas. En efecto, como es sabido, la circulación y la respiración pueden ser mantenidas artificialmente y sin embargo el paciente puede presentar al mismo tiempo un cese irreversible de la actividad del troncoencefalo. La cuestión que se le plantea al médico es averiguar cuál debe ser su conducta en una situación semejante de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, esto es, si deberá mantener al paciente con los mecanismos o instrumentos de apoyo o si, por el contrario, podrá retirarlos; en tales términos, tal cuestión se puede reconducir—prescindiendo ahora de otros problemas más complejos que se analizarán en otro lugar, como la hipótesis de una posible eutanasia pasiva o de la interrupción del tratamiento en relación, p. ej., con los

⁶⁹ V. Ley 35/1988, art. 20, y Ley 42/1988, art. 9, respectivamente.

⁷⁰ V. sobre el particular, ISENER/LUTJE, *Rechtsprobleme bei Anencephalen*, cit., 68 y s.

⁷¹ BAYO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), I, Delitos contra las personas*, cit., 23.

estados vegetativos persistentes—, a determinar si para el Derecho español esa persona está muerta o no. Conviene dejar ya senado que, como criterio general, al Derecho lo que le interesa es averiguar si existe todavía un ser humano con vida, vida que debe proteger, y para tal fin serían suficientes criterios médicos aceptados por la generalidad. Sin embargo, la dificultad de esta situación —y los temores que suscita— la encontramos en que es ilimitado. Por las razones aludidas al principio, el Derecho español no nos proporciona una respuesta directa general, pero sí indirecta y nítida, como vamos a comprobar.

1. CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DEL MOMENTO DE LA MUERTE. CONSECUENCIAS

Al consistir, por tanto, la muerte en un proceso irreversible, el momento de la misma habrá de determinarse en función de esta peculiaridad, es decir, habrá que seleccionar un punto del conjunto de dicho proceso en el que se produzca la lesión irreversible e irrecuperable de alguna función vital del cuerpo humano, aunque otras partes concretas mantengan todavía la existencia biológica⁷². Los avances de la ciencia médica han puesto de manifiesto que un deterioro sustancial del cerebro es completamente irrecuperable, esto es, que cuando se produce la muerte cerebral puede entenderse muerta a una persona⁷³, pues las funciones del cerebro son rectoras de otras del organismo sin las cuales éste no puede seguir actuando autónomamente, incluso aunque algunas de éstas puedan ser mantenidas de forma artificial o asistida. Además, no sólo supone el final de la existencia biológica, sino también la pérdida de la conciencia y otras funciones superiores, sin las cuales el individuo no puede realizar su condición de persona.

Desde el punto de vista clínico, los especialistas señalan que un sujeto en estado de muerte cerebral es «aquél en el que se ha producido el cese irreversible de todas las funciones de los hemisferios cerebrales y del tronco del encéfalo, pero en el que se mantiene el funcionamiento de sus sistemas cardiovascular y respiratorio con la ayuda de procedimientos artificiales»; «... la muerte del encéfalo es equivalente a la muerte del individuo como conjunto»⁷⁴. Aunque es objeto de discusión si sinónimo de muerte cerebral lo es la muerte del troncoencéfalo o del encéfalo o, incluso por algunos, de la corteza cerebral, si bien ésta última no parece suficiente.

⁷² JÄHNKE, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, cit., anot. marg. 7 previa al § 211 y bibl. concordante.

⁷³ V. Carlos M. Romeo Casabona, *Los trasplantes de órganos. Informe y Documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1979, 62 y ss.; Hans-L. Schreiber, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, en «Medizinrecht. Psychopathologie-Rechtsmedizin» (eds. H. Schütz, H. J. Kaasch, H. Thomsen), Springer Verlag, Berlin, 1991, 130.

⁷⁴ Sociedad Española de Neurofisiología Clínica, *Diagnóstico neurofisiológico de muerte cerebral*, SANED, Madrid 1986, 11.

Esta realidad ha sido evidenciada sobre todo, como ya he señalado, en conexión con los trasplantes de órganos, que requieren donantes muertos en los que se mantienen de modo artificial temporalmente otras funciones vitales (respiración y circulación sanguínea) con el fin de que el órgano u órganos a trasplantar conserven su viabilidad biológica. En este sentido apuntan las directrices de ciertas instituciones académicas y científicas sobre otra cuestión diferente (que son los procedimientos para el diagnóstico y comprobación de la muerte (Universidades de Harvard, Minnesota y Pittsburgh, Asociación Médica Americana, Conferencia de los Royal Colleges and Faculties del Reino Unido, Sociedad Española de Neurología, Sociedad Española de Neurofisiología Clínica, etc.), en particular, entre otros, sobre aspectos tan delicados como la persistencia de la situación de muerte cerebral y de sus signos demostrativos, la necesidad o no del electroencefalograma plano como prueba confirmatoria o las reservas de este diagnóstico en relación con neonatos o niños menores de tres años, aproximadamente. Por su parte, también recogen esta preocupación gran parte de las legislaciones actuales sobre extracción y trasplante de órganos, entre ellas la española de 27 de octubre de 1979 (art. 5.º) y su Reglamento de 22 de febrero de 1980 (art. 10).

En dichos artículos uno de los puntos de partida es la muerte basada en la destrucción funcional del cerebro, y se señalan ciertas garantías para su comprobación, tanto en lo relativo a las pruebas diagnósticas requeridas como a los profesionales que deberán realizarla. Así, el art. 5.º de la Ley señala: «Uno. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá hacerse previa comprobación de la muerte. Cuando dicha comprobación se base en la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida, el certificado de defunción será suscrito por tres Médicos, entre los que deberán figurar, un Neurologo o Neurocirujano y el Jefe del Servicio de la unidad médica correspondiente, o su sustituto. Ninguno de estos facultativos podrá formar parte del equipo que vaya a proceder a la obtención del órgano o a efectuar el trasplante (...). En cuanto al art. 10 del Reglamento, recogimos lo siguiente: «Los órganos para cuyo trasplante se precisa la viabilidad de los mismos sólo pueden extraerse del cuerpo de la persona fallecida previa comprobación de la muerte cerebral, basada en la constatación y concurrencia, durante treinta minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: Uno. Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de la conciencia. Dos. Ausencia de respiración espontánea. Tres. Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis. Cuatro. Electroencefalograma plano, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral. Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema nervioso central (...). Estas, son, pues, las comprobaciones y cauteles que hay que realizar en nuestro país para calificar el fallecimiento de una persona candidata a donante de órganos, que en sus aspectos más técnicos han sufrido las críticas de los especialistas en favor de su perfeccionamiento al poseer procedimientos más depurados»⁷⁵.

⁷⁵ V. Sociedad Española de Neurofisiología Clínica, *Diagnóstico neurofisiológico de muerte cerebral*, cit., 15 y 83 y ss.

No obstante, hay que tener en cuenta el carácter eminentemente realista del Derecho penal, y lo verdaderamente decisivo para éste es que sean cuales fueren los procedimientos seguros para la obtención de un diagnóstico precoz, permitan con precisión una determinación de la muerte veraz y exacta, es decir, que lo que importa es saber si esa persona está muerta (aunque se mantengan algunas constantes biológicas) utilizando los medios y avances que la Ciencia pueda aportar en cada momento, (como sucede en la actualidad con el procedimiento de los potenciales evocados multimodales⁷⁶ en relación con la actividad cerebral, provocando diversos estímulos eléctricos). Por tal razón se ha señalado que el concepto jurídico de muerte es un concepto abierto. Ahora bien, valga lo dicho sin perjuicio de que la no observancia de esos requisitos reglamentarios pueda llevar aparejada alguna sanción de carácter administrativo (como retirar la autorización al centro sanitario como extractor de órganos) o la no autorización preceptiva para la extracción del órgano.

Por tanto, si la existencia y comprobación de la muerte cerebral autoriza al cirujano la extracción del órgano para su trasplante y la previa desconexión de los aparatos de mantenimiento artificial de la circulación y la respiración, esa desconexión será también admisible aunque el fallecido no sea donante, dada la unidad del ordenamiento jurídico (lo que es lícito en un sector del mismo ha de serlo también para otros), pues en ambas situaciones ya no es posible ningún tratamiento, por lo que desaparece el deber de su continuación⁷⁶. Indudablemente, la paralización prolongada del corazón y el cese de la respiración continúa constituyendo en la actualidad una causa inmediata y medio fundamental de comprobación de la muerte, a la vista de que su paralización supone *necesariamente* también en un lapso de escasos minutos la destrucción del cerebro (de ahí que en estos casos no se compruebe, al menos exhaustivamente, la posible perduración de la actividad cerebral, por ser obvio). Pero con esto no se desvirtúa, sino al revés, se reafirma, que el cerebro sigue siendo el punto de referencia inequívoco para la definición de la muerte.

Señalemos, por último, que en relación con el concepto de persona al que me refería poco antes, la muerte no sólo significa el fin de la vida humana sino también el de la persona, sin importar aquí ya la perspectiva de la que se parta (filosófica, jurídica, etc.). De ahí que apuntáramos que la función cerebral determina la condición de persona, pero también, como acabamos de ver, sirve a las exigencias de protección de la vida humana que todavía posee esa función, con independencia de su racionalidad actual.

⁷⁶ En este sentido ya ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, cit., 62. BUJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, I, *Delitos contra las personas*, cit., 25. J. AHNE, *Stratgesetz-buch, Leipziger Kommentar*, cit., anot. marg. 10 previa al § 211; SCHREIBER, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, cit., 130; ANGEL TOKIO LOPEZ, *Investigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, en «Estudios Penales y Criminológicos» TV (dirig. por Agustín Fernández Albor), Santiago de Compostela, 1981, 194 y s.

2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA LEGISLACION SOBRE TRASPLANTE DE ORGANOS EN RELACION CON EL DIAGNOSTICO DE MUERTE Y ALGUNAS INNOVACIONES CIENTIFICAS⁷⁷

a) Planteamiento

Como ya se ha reiterado más arriba, la Ley sobre Extracción y Trasplante de Organos de 27 de octubre de 1979, al ocuparse de la cuestión de la muerte del donante cadáver, fija fundamentalmente unas garantías en su comprobación; y su Reglamento (R.D. de 22 de febrero de 1980) establece el procedimiento y comprobaciones para el diagnóstico de la muerte cerebral (art. 10), cumpliendo de este modo con el mandato de la propia Ley en su Disposición Adicional Primera, b). Más abajo veremos hasta qué punto se ha mantenido fiel este a lo dispuesto por aquélla.

Se trata de comprobar en estos momentos hasta qué punto siguen siendo válidos los criterios legales sobre la muerte, particularmente en su desarrollo y concreción reglamentaria, teniendo en cuenta para ello: a) Si cumplen de modo suficiente los fines garantistas con que fueron concebidos; b) Si entorpecen, dificultan o imposibilitan en alguna ocasión la obtención de órganos de donante cadáver, por su posible estricto rigor o por tratarse de donantes con un cuadro de muerte no exactamente contemplado por la actual normativa. c) Si los aspectos anteriores podrían ser mejor satisfechos o evitados, respectivamente, con la ayuda de las innovaciones científicas relativas al tanatodiagnóstico, y en caso afirmativo, si en todos o tan sólo algunos supuestos, y si tales innovaciones serían compatibles con las prescripciones reglamentarias.

Si, efectivamente, se demostrara la invalidez o desfase de los criterios legales o reglamentarios en alguna de sus previsiones, habría que buscar soluciones jurídicas alternativas que permitieran paliar de algún modo tal problema o que condujeran a su revisión. No habría de extrañar que tales hipótesis se vean confirmadas en alguna medida, a la vista de que se ha superado ya algo más de una década desde que se promulgó la Ley y se aprobó el Real Decreto que la desarrolló reglamentariamente y de los avances ocurridos en este tiempo en las Ciencias Biomédicas. Por otro lado, es esta una cuestión crucial, puesto que debe de tender al cumplimiento de dos objetivos que parecen irrenunciables: la salvaguarda de la vida del potencial donante, mientras perdure, y la obtención del mayor número de órganos posibles de personas fallecidas y en las mejores condiciones para su trasplante; ambos objetivos exigen un diagnóstico seguro y fiable de la muerte, que sin la menor fisura proteja los intereses del paciente

⁷⁷ Este epígrafe se corresponde con una parte de uno de los Informes entregados al Ministerio de Sanidad y Consumo, en virtud de un Convenio suscrito con el mismo para realizar varios estudios sobre «El Derecho ante los problemas suscitados por las nuevas tecnologías en las Ciencias biomédicas». Bajo el título específico de «Los trasplantes de órganos. El donante cadáver», fue realizado con la colaboración de D. Eugenio Domínguez García, investigador vinculado por medio de dicho Convenio.

(esto es, su vida; mientras hay vida es paciente, con todo lo que implica: sólo una vez fallecido, puede ser donante)⁷⁸, pero al mismo tiempo precoz. Por tales motivos, será también una tarea primordial desentranar del modo más exacto posible el verdadero alcance de la normativa mencionada, así como los criterios que pueden adoptarse, a la luz de la relación existente entre la Ley y el Reglamento en esta materia capital.

b) Soluciones implícitas en la Ley a la luz del caso concreto

A continuación vamos a proceder a identificar la casuística problemática en el momento actual para una eficaz comprobación de la muerte de los potenciales donantes de órganos que presentan cuadros tanatológicos particulares, frecuentemente no contemplados ni imaginados cuando se redactó el Reglamento, por haber sido descubierta o conseguida esa potencialidad de fuente de órganos con posterioridad a su aprobación, a la vez que se han incorporado a la ciencia nuevas técnicas o procedimientos para la comprobación de la muerte cerebral que podrían completar o suplir en ciertos casos a los hoy establecidos.

a) El diagnóstico de muerte del donante con parada cardíaco-respiratoria

En este epígrafe voy a tratar de demostrar que la exigencia del diagnóstico de muerte cerebral en algunos supuestos es jurídicamente incorrecta (por restricción o por exceso de celo garantista) y médicamente innecesaria (por no estar médicamente indicada y ser suficientes otros procedimientos).

En mi obra sobre la reforma de la legislación en esta materia⁷⁹ señalaba como presupuestos irrenunciables de la futura ley la afirmación de la libertad y dignidad humanas en el donante y de éstas y del derecho a la vida y a la salud en el receptor; y, en ambos casos, tanto respecto del donante como del receptor, considerar al ser humano como fin y no como medio. Este criterio tiene una inmediata consecuencia positiva: la necesidad de una armonización intrínseca de los aparentemente no del todo concordantes artículos 5 de la Ley y 10 de su Reglamento, en relación con el concepto de «muerte» y los procedimientos y criterios para su diagnóstico, comprobación y declaración de los que ya nos hemos ocupado suficientemente, sin olvidar para ello la importante Disposición Adicional Primera, b, de la Ley⁸⁰.

⁷⁸ En efecto, ésta es una idea que ha de quedar clara, en la que insistimos en más de una ocasión, pues, como ha puesto de relieve Gabriele Wolzslar, *Grenzen der Organgewinnung— Zur Frage einer Änderung der Hirndiagnosekriterien*, en «Medizinrecht», 163 y ss. (1989), podría danarse la confianza de la colectividad en la Medicina de los trasplantes, aunque no comparto sus temores de que se acorte la protección de la vida.

⁷⁹ V. ROMEO CASABONA, *Los Trasplantes de Órganos*, cit. 157 y ss.

⁸⁰ Según la Disposición Adicional Primera, b: «El Gobierno deberá desarrollar por vía reglamentaria lo dispuesto en esta Ley, y en especial: b) El procedimiento y comprobaciones para el diagnóstico de la muerte cerebral».

En efecto, para dejar al descubierto la aparente contradicción hay que profundizar en el verdadero sentido del art. 5 de la Ley de 1979, el cual parece formular un concepto amplio de muerte, sin sujeción instrumental o procedimental alguna que no sea la referida al equipo médico que emita el certificado de defunción, y deja abierta la posibilidad de una comprobación de la muerte basada en cuadros distintos a los referidos a la existencia de lesiones cerebrales irreversibles «y por tanto incompatibles con la vida».

En este sentido, el citado precepto de la Ley comienza autorizando la extracción de órganos «previa comprobación de la muerte» —sin más especificación—, para añadir seguidamente: «Cuando dicha comprobación se base en la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales...»; luego admite sin duda alguna la posibilidad de autorización de la extracción previa comprobación de la muerte incluso por procedimientos distintos a los referidos a lesiones cerebrales, con lo que se permitiría adaptar la Ley a los ulteriores avances producidos en el ámbito del diagnóstico, y, en general, de las Ciencias Biomédicas, así como utilizar el criterio más amplio de «muerte clínica» para supuestos de absoluta seguridad de la irreversibilidad y carácter definitivo de la pérdida de funciones vitales espontáneas distintas de las lesiones cerebrales, y de extrema urgencia para la extracción e implantación de órganos, como es el caso de la muerte que tiene como causa directa e inmediata la parada cardíaca. Como es sabido, estos potenciales donantes suelen tener su origen en pacientes que ingresan en los servicios hospitalarios de urgencias (normalmente no controlados), o en pacientes que se hallan hospitalizados (en unidades de reanimación postoperatoria, unidades de cuidados intensivos, o en el curso de la realización de cirugía cardíaca).

Si ahora comparamos lo que la Ley nos indica de forma bien clara con lo que ha establecido el Reglamento al desarrollar y ejecutar aquélla, comprobamos que aparentemente no ha sido fiel a lo previsto por la Ley y a lo que ésta autorizaba al Gobierno en este asunto. La indicada Disposición Adicional Primera b de la Ley de 1979, tan sólo autorizaba a regular reglamentariamente los procedimientos y comprobaciones para el diagnóstico de la muerte cerebral, que es al que se refería el art. 5 de la Ley, dejando abierta, según hemos visto, la posibilidad de comprobar la muerte basándose los facultativos en otras lesiones vitales e irreversibles distintas de las cerebrales. Por tanto, en su caso, esas comprobaciones y procedimientos podrían ser diferentes. Sin embargo, y volviendo ahora al Reglamento, éste —insisto: al menos aparentemente— va más allá, al exigir la comprobación de la muerte cerebral previa a cualquier —a toda— extracción de un órgano viable, de acuerdo con unas condiciones que él mismo fija a continuación: «Los órganos para cuyo trasplante se precisa la viabilidad de los mismos sólo pueden extraerse del cuerpo de la persona fallecida previa comprobación de la muerte cerebral...» (art. 10).

Pues bien, el referido precepto, en la parte acabada de transcribir, impone la realización del diagnóstico de la muerte basada en la comprobación de lesiones cerebrales, diríase que en todos los casos («sólo pueden extraerse...») en los que se trate de órganos que requieran su viabilidad. En primer lugar, vemos lo ina-

proprio de esta expresión, pues al fin y al cabo todo órgano o parte orgánica que se pretenda trasplantar ha de ser viable, es decir, ha de encontrarse «vivo» biológicamente y ser capaz de continuidad funcional en el paciente receptor del mismo. Sin embargo, su entendimiento correcto no literal hay que referirlo a los órganos más prontamente perecederos; por su más vulnerable dependencia del riego sanguíneo y los nutrientes que éste les aporta: riñones, corazón, hígado, pulmón, etc.; órganos que precisamente requieren en el donante un diagnóstico de la muerte lo más precoz y fiable posibles; precoz, para que la extracción pueda llevarse a cabo con garantías bastantes de su implantación posterior; y fiable, como consecuencia de tomar por referencia de la muerte el momento más adelantado posible, con el fin de garantizar que el fallecimiento ya ha ocurrido sin margen de duda y sin detrimento del donante.

Esta doble peculiaridad biológica (vulnerabilidad de los órganos y precocidad del diagnóstico) se contraponen con lo que sucede con otras partes orgánicas, como la córnea (anatómica y fisiológicamente tejido), huesos, piel y vasos (y nótese que no es una enumeración cerrada), para los cuales precisamente no se exige la comprobación de la muerte basada en lesiones cerebrales⁸¹, debido a que por sus características biológicas propias (mayor resistencia a la destrucción y por consiguiente lentitud), el diagnóstico del óbito no necesita ser precoz. Pero en los casos de órganos 'viables' parece que el tenor literal del art. 10 del Reglamento exige sin discriminación o excepción la comprobación de la muerte cerebral.

A este respecto hay que hacer dos tipos de reflexiones. En primer lugar, que el Reglamento ha ido en este punto más allá del mandato legal, introduciendo una restricción no prevista ni querida por la Ley que, según hemos podido comprobar, admite otros procedimientos de diagnóstico (art. 5. 1) y sólo facultaba al Gobierno de la Nación para establecer el procedimiento y comprobaciones para el diagnóstico de la muerte cerebral, esto es, tan sólo para los casos en que la muerte se determinase de acuerdo con lesiones cerebrales irreversibles e incompatibles con la vida, pero sin prescribir otros criterios restrictivos, como es el de extender aquella modalidad de producción de la muerte a todos los supuestos de viabilidad de los órganos objeto de trasplante posterior, distinción creada sin base y cobertura legal por el Reglamento; éste ha ido más allá de la voluntad de la Ley. En segundo lugar, tal «exceso» (que hay que entender como especial celo garantista), no tenía mayores consecuencias en 1980, puesto que las personas fallecidas por paro cardiorrespiratorio sin posibilidades efectivas de reanimación no se consideraban todavía potenciales donantes por los especialistas, debido probablemente a las dificultades técnicas o/y organizativas para extraer los órga-

nos con viabilidad para su trasplante posterior. Sin embargo, en los últimos años, y con el afán de incrementar los trasplantes, se ha comprobado que esos pacientes con parada cardíaca también pueden ser donantes de algunos órganos si son extraídos inmediatamente después de la muerte, jugando para ello con el tiempo de isquemia caliente. Pero, si a pesar de que la muerte ha sido comprobada con toda certeza, hubiera que realizar las comprobaciones que el Reglamento establece para la muerte cerebral, en particular la dilatación de seis horas entre la primera comprobación de los signos de muerte cerebral y la segunda, obviamente los órganos de esa persona fallecida no serían aprovechables, dada la imposibilidad de mantener de forma asistida la circulación sanguínea, por haber sido causa inmediata y primaria de la muerte la parada del corazón de forma irreversible (pues de lo contrario, el paciente hubiera superado la crisis y habría sobrevivido), siendo así que, no obstante, el sobrevenimiento de la muerte es claro y comprobable desde el primer momento.

De todas formas, y en mi opinión, esta aparente contradicción es soluble a la luz de los criterios que inspiran a la Ley sentados más arriba, y en este sentido podemos concluir que en algunos casos como el mencionado de parada cardiorrespiratoria (al igual que en otros semejantes que pudieran darse en el futuro), si bien excepcionales en la experiencia clínica, la Ciencia médica, la *lex artis*, no requieren procedimientos y comprobaciones de la muerte tan dilatados y múltiples, puesto que su acreditación puede obtenerse por otros procedimientos más sencillos y no menos fiables pero diferentes de los centrados en la muerte cerebral. Seguir el procedimiento establecido para la muerte cerebral carecería absurdamente de sentido, sería contrario a la *lex artis*, a los fines garantistas de la Ley y a los elementales principios de economía sanitaria. Por otro lado, el Reglamento se ha excedido de lo autorizado por la Ley de 1979, con el resultado de que se imposibilitaría la extracción de órganos para trasplante, siendo que no ha habido ningún riesgo para la vida del donante (por una supuesta anticipación de la declaración de su muerte).

En consecuencia, en estos casos de muerte inmediata por paro cardiorrespiratorio, su diagnóstico, de conformidad con lo estipulado por la Ley (art. 5. 1), no debe realizarse con sometimiento a los criterios y procedimientos que establece el Reglamento (art. 10), puesto que no es un supuesto de muerte cerebral que aquel regula, sino que se procederá de acuerdo con lo que señala en cada momento la *lex artis*, así como tampoco deberá acreditarse por el grupo de médicos que impone la Ley y específica el Reglamento, pues ello se fija exclusivamente para el caso del diagnóstico de muerte cerebral, lo que significa que podrá hacerse directamente por el médico o médicos que atendieron al fallecido en el momento de su muerte.

b) *El posible desfase del Reglamento en relación con los avances biomédicos en nanodiagnóstico*

Los avances biomédicos en las últimas décadas han alcanzado también a los procedimientos de diagnóstico de muerte cerebral. En este epígrafe voy a ocu-

⁸¹ En efecto, recuérdese que el R. D. de 1980, en su Disposición Final Primera señala: «Las extracciones anatómicas efectuadas para la práctica de trasplantes de córnea y otros tejidos tales como huesos, piel y vasos podrán ser realizadas sin demora y en los propios lugares del fallecimiento. Para acreditar éste no será imprescindible constatar los signos de la muerte cerebral en la forma establecida en el artículo diez». V. concordante, la O. M. de 15 abril 1981, sobre obtención de globos oculares de fallecidos, el funcionamiento de los Bancos de Ojos y la realización de trasplantes de córnea, en especial el art. 4. b.

parme de la incidencia de estas innovaciones en relación con el diagnóstico de muerte basado en lesiones cerebrales (que es el supuesto más importante y frecuente), y cómo algunas de aquellas pueden ayudar a cubrir determinados aspectos recogidos por el Reglamento en el art. 10, no plenamente satisfactorios: por su falta de fiabilidad en algunos casos, ciertamente no demasiado frecuentes: 2.º por la innecesariedad e inconveniencia de la reiteración obligada y en todo caso de las pruebas en el lapso de seis horas que establece, por poderse acreditar la muerte en ocasiones antes, a la vez que el prolongado mantenimiento del potencial donante durante ese tiempo mediante la ayuda de instrumental de asistencia (ventilador) y de ciertos fármacos puede llegar a ser imposible o se corre el riesgo del deterioro de los órganos, por lo que en ambos casos se frustraría la extracción o extracciones previstas; 3.º por la confusión a que puede dar lugar la etiología de la muerte en el supuesto de suministro de drogas depresoras del sistema nervioso central o en el de inducción artificial de hipotermia y que puede ser satisfactoriamente aclarada mediante otros procedimientos.

Dejaremos para epígrafes posteriores algunos casos más particulares, como son los anencéfalos, neonatos y niños y embriones o fetos.

a") *Procedimientos de reducción del plazo de repetición de las pruebas y complementarios o alternativos al electroencefalograma*

El principal problema que se plantea arranca de esta doble exigencia del Reglamento: necesidad de repetición de las pruebas en un intervalo mínimo de seis horas, contadas a partir del comienzo del coma (por comprobación, y en puridad, no desde el momento en que se realizó la primera comprobación de la conciencia durante treinta minutos de todos y cada uno de los diversos signos que señala, que pudo ser posterior, siempre que aquel coma hubiera sido ya constatado en sus inicios), pues en algunos casos puede abreviarse sin riesgos de error, al igual que en otros debe prolongarse, dadas las características del donante; y, en segundo lugar, la obligatoriedad de la realización del EEG en todos los supuestos, como prueba paraclínica acreditativa de la inexistencia de actividad eléctrica cerebral. Téngase en cuenta que, a pesar de la relativamente abundante casuística que comenta a lo largo de estos epígrafes, el caso que nos ocupa ahora es numéricamente mucho mayor sin la menor duda que los demás, y por tanto, el que requiere una respuesta jurídica más detenida y lo más dinámica y resolutive posible, con el fin de reducir al máximo los obstáculos que pudiera originar para el aprovechamiento de los órganos de cadáveres. De todos modos, desconfianza real de los supuestos ocurridos en la praxis médica de potenciales donantes que han sido descartados como consecuencia de haber tenido que someterlos a los plazos y pruebas indicadas.

Es cierto que el EEG continúa siendo en principio un método adecuado «en el caso de la muerte cerebral, para avalar dicho diagnóstico clínico, debido en primer lugar a que sus ondulaciones proporcionan un signo objetivo de que el cerebro es activo, en segundo lugar porque se trata de una técnica no agresiva; y,

finalmente porque puede realizarse a la cabecera del paciente»⁸². De todas formas, esos nuevos procedimientos, de alta fiabilidad y precocidad mayor que el electroencefalograma para determinados cuadros especialmente conflictivos (p.ej., incidencia de depresores en el sistema nervioso central, y situaciones de hipotermia), según reputada opinión científica⁸³ (arteriografía cerebral, potenciales multimodales evocados), que fundamentan, además, la innecesariedad del segundo E.E.G. exigido reglamentariamente, al menos en todos los casos, son precisamente los que parecen objeto de interdicción o exclusión por el art. 10 del Reglamento.

En efecto, según se ha señalado, los potenciales evocados multimodales pueden ayudar a soslayar algunos problemas vinculados con el EEG, basándose, igual que éste, en determinadas comprobaciones bioeléctricas⁸⁴; tanto los problemas ambientales (artefactos procedentes del aparataje de sosten vital del sujeto como de las Unidades de Cuidados Intensivos en general), problemas de la técnica de registro (contaminación por electrocardiograma), del estado del paciente (electromiograma del músculo temporal), como por ciertas características generales del EEG, como su sensibilidad ante medicamentos depresores del sistema nervioso central (SNC) o la relatividad del valor del EEG en lactantes o neonatos⁸⁵. Por otro lado, la comprobación de la existencia o inexistencia de flujo sanguíneo cerebral constituye otro elemento diagnóstico complementario de gran ayuda. Además, poseen el efecto añadido de poder abreviar el lapso de repetición de las pruebas.

Pues bien, estos procedimientos u otros que en el futuro pudieran desarrollarse o perfeccionarse, bien como complemento, bien como alternativos para los casos en que médicamente estén indicados, o incluso, con el fin de acortar el periodo de seis horas establecido, cuando tal lapso temporal no sea necesario, no han sido previstos por el Reglamento. Debemos recordar de nuevo lo apuntado en el epígrafe anterior, del carácter instrumental del diagnóstico de muerte cerebral y de las comprobaciones que se señalan a tal fin, de garantía para el donante y de pautas objetivas de seguridad para los facultativos.

Podemos concluir en este punto que el Reglamento, al haber fijado un criterio unívoco y rígido cierra el paso en su artículo 10 a estas y otras innovaciones y perfecciones en los procedimientos y comprobaciones del diagnóstico de la muerte cerebral, en la medida en que se pretendan utilizar como alternativos. De

⁸² M. D. DE LA CALZADA/T. SAGALES, *Problemas que plantean los barbitúricos en el diagnóstico de la muerte cerebral*, en «Diagnóstico neurofisiológico de muerte cerebral en la donación de órganos», Sociedad Española de Neurofisiología Clínica, cit., 62 y ss.

⁸³ V., por ejemplo, Sociedad Española de Neurofisiología Clínica, *Diagnóstico neurofisiológico de muerte cerebral en la donación de órganos*, cit., págs. 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

⁸⁴ R. LOPEZ PAVARES et al., *Potenciales evocados somatosensoriales en la muerte cerebral*, en «Diagnóstico neurofisiológico de muerte cerebral en la donación de órganos», cit., 37.

⁸⁵ P. CHAPARRO HERNÁNDEZ/J. MADRAZO ORESTES, *Potenciales evocados multimodales en el diagnóstico de la muerte cerebral. Influencia de los barbitúricos y de la hipotermia*, en «Diagnóstico neurofisiológico de muerte cerebral en la donación de órganos», cit., 43.

este modo se evidencia una vez más la necesidad de una interpretación dinámica e instrumental de lo que el Reglamento preceptúa y pretende en su subordinación finalística a la Ley. Para tal fin, no obstante, existen, por un lado, preceptos conforme a los cuales se han encontrado soluciones para eliminar los obstáculos que pudieran derivarse de una normativa claramente superada por los avances científicos; por otro lado, el Reglamento mismo abre una posibilidad, al menos transitoria, a través de su Disposición Final Cuarta cuatro.

b") *Pacientes sometidos a drogas depresoras del sistema nervioso central o con hipotermia inducida artificialmente*

En relación con los fármacos, los especialistas indican que no es infrecuente su utilización (precisa y principalmente barbitúricos, por su operatividad frente al edema cerebral⁸⁶, como anticonvulsivos o para favorecer la sincronización con ventiladores mecánicos⁸⁷, pero que son depresores del SNC), en pacientes ingresados en las Unidades de Cuidados Intensivos para su adecuado tratamiento, lo que se contraponen con las limitaciones previstas por el Reglamento en su art. 10, cuando añade: «Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema nervioso central».

Es decir, que conforme a una primera interpretación literal de esta disposición parecería que en estos casos en los que existe un donante con muerte cerebral en proceso de comprobación reglamentaria de la misma (repetición de las pruebas y persistencia de los signos una vez transcurridas seis horas) al que se le han suministrado depresores del SNC cuando todavía estaba sometido a tratamiento, no podría certificarse su muerte de acuerdo con esos signos de muerte cerebral. Sin embargo, el verdadero sentido de la norma no es éste. Como es sabido por los especialistas, una persona sin lesiones cerebrales vitales iniciales que ha tomado una sobredosis de esas drogas (por tanto, ésta sería la causa inmediata del coma) podría presentar un cuadro de aparente cesación irreversible de la actividad cerebral, cuando lo que sucede en realidad es que dicha actividad se ha deprimido por haber actuado tales fármacos en el SNC, puede ser transitoria y, en consecuencia, reversible, o al menos todavía no definitiva. Se trata de ello de evitar que estos pacientes sean considerados donantes de forma prematura, en la medida en que a pesar del coma las lesiones cerebrales no son todavía irreversibles. Algo parecido sucede con las hipotermias primarias, al igual que con determinados comas de origen endocrino o metabólico (no mencionadas estas últimas en el precepto del Reglamento antes transcrito). Sin embargo,

⁸⁶ DE LA CAZADA/SAGALES, *Problemas que plantean los barbitúricos en el diagnóstico de la muerte cerebral*, cit., 63 y ss.

⁸⁷ *Diagnóstico de la muerte cerebral*, documento aprobado por los Reales Colegios y Facultades de Médicos del Reino Unido, en «The Lancet» 13 noviembre 1976, 1069 y s. (trad. al español y publicado por ROMEO CASABONA, *Los Trasplantes de Organos*, cit., 147 y ss.).

todas estas precauciones del Reglamento, coherentes con el espíritu general de garantía, aunque tal vez poco matizadas, no impiden, en mi opinión, que en unos y otros casos se pueda acudir a otros procedimientos y signos complementarios que aseguren o descarten la existencia de la muerte cerebral, que consisten principalmente, según se describe en la literatura médica⁸⁸, en prolongar el tiempo de comprobación de persistencia de la muerte cerebral y en un estudio farmacológico, entre otros. Pues nótese que el Reglamento indica tan sólo que los citados signos no serán suficientes..., pero puede haber otros que sí lo serán cuyo curso no excluye ni explícita ni implícitamente.

En conclusión, con lo anterior se quiere significar que el Reglamento implícitamente admite e impone que habrán de utilizarse necesariamente otros signos (y/o plazos para su repetición, acreditativos de su persistencia) de muerte junto con los que establece de modo expreso; signos identificables de conformidad con lo que estipule la *lex artis* en cada momento y situación, que eliminen cualquier duda sobre la irreversibilidad del coma y sobre la muerte cerebral, bien entendido que si esa duda persiste en el caso concreto esos signos y procedimientos adicionales tampoco serán «suficientes» para la diagnosis de la muerte cerebral y ésta no podrá certificarse.

c") *Paciente sometido a diagnóstico de muerte cerebral que fallece por parada cardíaca antes de las seis horas*

Me refiero en esta hipótesis, que, al parecer, ha encontrado casuística en la clínica correspondiente, al caso del donante con cuadro de muerte cerebral en el que ya se han realizado las primeras comprobaciones correspondientes para determinar los signos de aquélla, y previamente a su repetición seis horas después, según lo preceptuado reglamentariamente, experimenta una parada cardíaca no recuperable, debido tal vez a la imposibilidad o inconveniencia de continuar aumentando las dosis de los fármacos de soporte. Obviamente, no podrá certificarse la muerte cerebral en ese mismo instante de acuerdo con el Reglamento, puesto que todavía no han transcurrido las seis horas; por otro lado, ese donante (hay que presumir que reunía todas las demás condiciones médicas y de otro tipo para serlo) se perderá si se espera a que se haya cumplido dicho plazo para repetir las pruebas. El médico (siendo precisos: el equipo colegiado de tres facultativos) se encuentra entonces con el dilema de o cumplir escrupulosamente ese procedimiento reglamentario, que ya no es necesario ni tiene sentido por ello, pues no hay duda de que ya ha fallecido como consecuencia de la parada cardíaca, con la seguridad de que los órganos ya no podrán ser utilizados con fines terapéuticos, o, por el contrario, prescindir de aquél, emitir el certificado de defunción y dar paso a que el equipo de cirujanos inicie las extracciones oportunas.

⁸⁸ V. M. FERRIO DE FERRIS, *Muerte cerebral. Reflexiones sobre su diagnóstico y la normativa legal existente*, en «Medicina Clínica», vol. 78, núm. 6, 250 y ss. (1982).

En estos casos puede sostenerse que se ha producido una modificación de la situación inicial, la cual ha dado paso a otra distinta: un donante con muerte cerebral ya diagnosticada, a falta de confirmación, que se convierte en un donante con muerte por paro cardíaco; y comporta del mismo modo sus correlativas consecuencias jurídicas. Pues bien, como el momento decisivo y jurídicamente relevante es el de la certeza de la muerte, y en el presente planteamiento coincide con el de la detención irreversible (irrecuperable) de la actividad cardiovascular, tal momento es más fiable a la vez que más precoz que el basado en el cese de la actividad cerebral, el cual se hallaba en curso de comprobación (no de acaecimiento, que ya se habría producido).

Por tanto, se trata de un supuesto que se puede reconducir a la hipótesis de muerte por parada cardio-respiratoria primaria, estudiada más arriba y, consecuentemente, igual que entonces podemos afirmar que es un supuesto ajeno a las previsiones del Reglamento, filtrado por lo que la Ley exige. El diagnóstico habrá de emitirse por consiguiente de acuerdo con esos signos ciertos de muerte no sustentados en el cerebro y por el médico o médicos que le hubieran atendido, de modo semejante a como proponía más arriba.

c) *La inadecuación de los criterios reglamentarios vigentes para los casos de donantes anencéfalos, neonatos y niños*

Los anencéfalos, los recién nacidos y los niños también son considerados en ocasiones como potenciales donantes, pero del mismo modo como sucede con los casos de muerte por parada cardíaca, comportan numéricamente una incidencia mucho menor en la obtención de órganos que los supuestos de adultos con muerte debida a lesiones cerebrales.

a") *Neonatos con anencefalia*

a") *Plantamiento de la discusión y características del anencéfalo*

El interés que ha despertado el neonato con anencefalia (en adelante: anencéfalo) se ha incrementado desde el momento en que se han visto las posibilidades de ser donantes de órganos. En efecto, la preocupaación se ha centrado en el proceso de la muerte de estos niños y en determinar el momento preciso de la misma, a la vista de que son inviábiles y no cuentan con esperanzas de vida, por lo que el primer problema crucial, el de adoptar la decisión sobre su tratamiento o no tratamiento parece haberse resuelto en sentido negativo. Como veremos más abajo, en este punto se ha matizado la discusión sobre la consideración del anencéfalo como ser vivo a la vista de su potencialidad como donante. En efecto, mientras que no plantea dificultad utilizar órganos de fetos anencéfalos nacidos vivos para su inmediato trasplante a otros recién nacidos (o adultos) que los requieran, el problema surge cuando es ne-

cesario mantener la vida del anencéfalo de forma indefinida hasta encontrar el receptor adecuado.⁸⁵

Por tal motivo la discusión ética y jurídica se suscitó sobre todo (aunque ya era anterior) en los Estados Unidos cuando en octubre de 1987 se realizó con éxito un trasplante de corazón de un donante anencéfalo en la Facultad de Medicina de la Universidad de Loma Linda.⁸⁶ En esta Universidad se configuró un protocolo para el mantenimiento de anencéfalos como posibles donantes, al que haremos alusión más abajo. Por otro lado, se ha calculado que en ese país aproximadamente unos 375 anencéfalos por año podrían ser donantes de órganos para trasplante, partiendo de una prevalencia de 0,3 por mil nacimientos con estas características, de los cuales dos tercios nacerían muertos.⁸⁷ No obstante, se ha señalado también la limitación de estos nacidos como donantes, en cuanto que con frecuencia sus funciones descienden por debajo de niveles aceptables cuando mueren y sus órganos experimentan daños por hipoxia⁸⁸ o su fallecimiento ocurre por sepsis⁸⁹, situaciones ambas que les descartan como posibles donantes.

La anencefalia⁹⁵ ha sido definida como «la ausencia congénita de cráneo, cavellera y hemisferios cerebrales»⁹⁶, o como la «parcial o completa ausencia de la bóveda craneal, así como la ausencia de tejidos superiores y diversos grados de malformación y destrucción de los rudimentos cerebrales».⁹⁷ Su origen parece encontrarse en no haberse cerrado el tubo neural, proceso que culmina hacia el día veinticuatro después de la concepción. La función del tronco cerebral puede existir, que puede estimular la actividad cardíaca y pulmonar por cierto tiempo, así

⁸⁵ En este sentido, Manuel BUENO SANCHEZ, *Bioética y Pediatría*, en «Anales Españoles de Pediatría» (1991).

⁸⁶ V. más ampliamente, James W. WALTERS/Stephen ASHWAL, *Organ Prolongation in Anencephalic Infants: Ethical and Medical Issues*, en «The Hastings Center Report», vol. 18, núm. 5, 19 y ss. (1988).

⁸⁷ Robert D. TRUOG/John C. FLETCHER, *Anencephalic Newborns: Can Organs Be Transplanted before Brain Death?*, en «The New England Journal of Medicine», vol. 321, 388 (1989). Sin embargo, Robert C. CERVALO/H. Tristram ENGELHARDT, *El uso del tejido fetal y del anencéfalo para trasplante*, en «Labor Hospitalaria», núm. 217, 234 (1990) (publicado también en «The Journal of Medicine and Philosophy», vol. 14, núm. 1, 25-43, 1989), aportan otros datos algo diferentes: en los EE. UU. nacen anualmente de 2.000 a 3.000 anencéfalos, de los cuales el 50% nacen vivos; de estos, dos tercios partes mueren en las primeras veinticuatro horas, y el resto al cabo de una semana.

⁸⁸ En la República Federal Alemana el número de nacimientos de anencéfalos se estima en unos cien por año, de los cuales sólo «sobreviven» tras el parto de un 16 a un 43%, lo que ha provocado que se relativice la cuestión. V. ISENER/LILLIE, *Rechtsprobleme bei Anencephalen*, cit., 69.

⁸⁹ Donald N. MEDERARS/Lewis B. HOLMES, *On the Use of Anencephalic Infants as Organ Donors*, en «The New England Journal of Medicine», vol. 321, 391 (1989).

⁹⁰ AA. VV., Primer Curso de Coordinación de Trasplante, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985, 45 y ss.

⁹¹ V. sobre los cuadros que presenta, en ISENER/LILLIE, *Rechtsprobleme bei Anencephalen*, cit., 67.

⁹² Según cita de D. Alan SHEWTON, *Anencephaly: Selected Medical Aspects*, en «The Hastings Center Report», vol. 18, núm. 5, 11 (1988).

⁹³ Según cita de TRUOG/FLETCHER, *Anencephalic Newborns: Can Organs Be Transplanted before Brain Death?*, cit., 388.

como en algunos casos otros movimientos, como presión, succión y vestibular, y respondan a estímulos dolorosos, si bien estos parecen ser reflejos.⁹⁸

Como adelantaba, desde el momento en que se considera la posibilidad de que sean donantes se plantea el problema de la determinación de su muerte, sobre todo en relación con la diagnosis de la muerte cerebral, así como otros de naturaleza ética relacionados con las acciones de mantenimiento (ventilador) antes de que aquélla se produzca, dado que tales medidas no sirven a sus propios intereses, ya que no hay esperanzas de supervivencia para ellos, sino para los del trasplante de terceros, a diferencia de lo que sucede en los otros casos, en los que tales medidas de mantenimiento se han utilizado con el fin inicial de servir al paciente como ayuda para su posible recuperación, y en cualquier caso han podido manifestar en momentos previos de conciencia su voluntad acerca de la aplicación de esos medios y de ser donantes, lo que lógicamente no puede suceder nunca con los anencefálos.

Vamos algunas posturas al respecto, dejando al margen de nuestra reflexión otro aspecto ético de gran interés, pero apenas conflictivo desde el punto de vista jurídico: los supuestos de mujeres embarazadas que habiendo tenido conocimiento a tiempo de que el hijo concebido es anencefalo, deciden no abortar y llevar el embarazo a término con el fin de que el hijo pueda ser, una vez nacido, fuente de órganos para trasplante.⁹⁹

bⁱⁱⁱ) Los términos de la discusión: algunos criterios

En primer lugar llama la atención la solución que se ha dado al problema de la muerte en relación con los anencefálos en la literatura comparada, solución que ha sido criticada por algún autor¹⁰⁰. La reflexión arranca de la dificultad que en principio podría implicar considerar muertes críaturas nacidas que muestran cierta actividad bioeléctrica registrable mediante EEG. Equiparan lo que ha venido a denominarse 'ausencia de cerebro' con la 'muerte cerebral': los anencefálos serían así *brain absent* y por ello *brain dead*¹⁰¹. Esta equiparación se funda en razones pragmáticas, para facilitar la rápida extracción de órganos o tejidos para trasplantes, pero no es pacífica la consideración que en Derecho debían tener los anencefálos¹⁰².

El debate científico y jurídico sobre este punto ha sido particularmente su-

⁹⁸ V. CERFALO/ENGELHART, *El uso del tejido fetal y del anencefálico para trasplante*, cit., 234 y ss. y, sobre la cuestión, CERFALO/ENGELHART, *El uso del tejido fetal y del anencefálico para trasplante*, cit., 236 y ss.

¹⁰⁰ W. HOLZGRENÉ *et al.*, *Kidney transplantation from anencephalic donors*, en «New England Journal of Medicine», vol. 316, 1069-70 (1987). ISEMER/LILIE, *Rechtsprobleme bei Anencephalen*, cit., 67 y s.

¹⁰¹ Michael R. HARRISON, *The anencephalic newborn as organ donor*, en «The Hastings Center Report», vol. 16, núm. 4, 21 y ss. (1986).

¹⁰² Así, en contra del criterio anterior, MEDENARIS/HOLMES, *On the Use of Anencephalic Infants as Organ Donors*, cit., 392.

gestivo en Estados Unidos, como señalaba, donde se han propuesto y formulado criterios de gran interés. Un criterio propuesto, siempre con la finalidad de facilitar la remoción de tejidos y órganos de anencefálos para implantes e injertos, es el de permitir su extracción a dichas críaturas, por considerarlas todavía vivas pero *brain absent*, es decir, no se llega a equiparar la ausencia de cerebro con la muerte cerebral, por cierto rechazo a considerarlos 'no persons' (en el sentido moral), ante la extrema dificultad de definir la personalidad con criterios sustanciales, no formales y jurídicos de los que precisamente servir de base, por ellos perchida¹⁰³.

Desde posturas contrarias se argumenta contra la posibilidad siquiera de hablar de *brain absence* como presupuesto de la extracción de órganos de seres que ya no se prejuzgan 'no persons' ni 'muertos' (*brain dead*), mediante las aportaciones de ciertos estudios médicos que demuestran que la anencefalia presenta una notable heterogeneidad en las características morfológicas y funcionales de los recién nacidos considerados anencefálos¹⁰⁴. Adicionalmente, dichos niños, en cuanto no carecen totalmente de cerebro, no cabe considerarlos, se argumenta por otros, ni aún meramente *brain absent*, siendo esta condición bastante variable, como muestra el hecho de que las causas del defecto tuboneural, incluyendo la anencefalia, son complejas y múltiples, por lo que sería preocupante, pero en modo alguno sorprendente, según esta opinión médica, que el diagnóstico de anencefalia se haya emitido erróneamente en ocasiones. Según esto, demasiados errores se habrían cometido para poder considerar confiable este diagnóstico para una definición legal de muerte, de tal modo que la conclusión que se impone es la de que tales anencefálos no son *brain absent* y que esta condición es suficientemente variable como para que esté justificado el establecimiento de una categoría especial. Todavía más decisivo, se afirma que los niños anencefálos no cumplen todos los criterios de muerte cerebral, en su dominante acepción de 'muerte cerebral completa', por oposición a la minoritaria *higher brain formulation*. Y en cuanto no cumplen los criterios para determinar la ausencia de funciones del cerebro total, por tanto están todavía vivos, y algunos de ellos ni siquiera 'cerca de la muerte', me refiero ahora a una formulación doctrinal sumamente discutible y en todo caso potencialmente peligrosa: la opinión según la cual estos niños estarían uniforme e irreversiblemente 'cerca de la muerte' (*near death*), por lo cual se propone que han de ser considerados muertos¹⁰⁵. Se observa aquí un deslizamiento de sentido inaceptable, pues «estar cerca de la muerte» no equivale ni puede ser considerado igual, sin forzar el sentido propio de las palabras, a estar muerto. De hecho, ciertos estu-

¹⁰³ V. TRUOG/FLETCHER, *Anencephalic Newborns Can Organs Be Transplanted before Brain Death?*, cit., 388 y ss.; MEDENARIS/HOLMES, *On the Use of Anencephalic Infants as Organ Donors*, cit., 391 y ss.

¹⁰⁴ Menciona esta comprobación Norman FOST, *Organs from Anencephalic Infants: An Idea Whose Time Has Not Yet Come*, en «The Hastings Center Report», vol. 18, núm. 5, 7 (1988).

¹⁰⁵ V. TRUOG/FLETCHER, *Anencephalic Newborns Can Organs Be Transplanted before Brain Death?*, cit., 388 y ss.; MEDENARIS/HOLMES, *On the Use of Anencephalic Infants as Organ Donors*, cit., 391 y ss.

ditos estadísticos muestran que de una serie estudiada, el 8% vivió más de 5 días; y que algunos que recibieron ventilación durante una semana vivieron por un periodo adicional de 8 días a 7 semanas (3 entre 5). Aceptados estos criterios médicos, los niños anencefálicos, para todo propósito legal, no pueden ser distinguidos lógicamente o con precisión de otros niños con severas anomalías intracraniales o anormalidades, ni respecto de niños o adultos en estado vegetativo persistente. Por ello, modificar las leyes para acomodar la anencefalia como un supuesto de potencial fuente de tejidos u órganos para trasplantes (como se ha propugnado en EEUU, donde la *Uniform Determination of Death Act*, al imponer el *whole-brain* criterio de determinación de la muerte, excluye implícitamente la posibilidad de considerar legalmente muertos y por tanto potenciales donantes de órganos a los anencefálicos), por muy nobles que sean sus propósitos, puede dañar o producir efectos perjudiciales o negativos en otros supuestos, habiéndose enfatizado en este punto que la cuestión de si obtener órganos de una persona en estado vegetativo persistente está justificado o es justificable es un tema extremadamente complejo, difícil e irresuelto en definitiva.

En sentido inverso, pero aceptando implícitamente los presupuestos de la anterior concepción, se ha sugerido, también en EEUU, que la anencefalia sea considerada un caso especial en el cual la extracción de órganos para trasplante pueda ser permitida sin consideración de los criterios de la muerte cerebral, en un enfoque que reconoce explícitamente ser utilitarista, alegando en su descargo de muerte cerebral primariamente para clarificar y hacer más expedito el proceso de obtener órganos para trasplantes, agregando que tal forma de considerar la cuestión es hoy tan urgentemente sentida como lo fue entonces, acotación esta última discutible ante la menor relevancia práctica de la anencefalia para la práctica de trasplantes y porque actos anteriores injustificados no pueden justificar otros posteriores.

cⁱⁱⁱ) *Los protocolos de la Universidad de Loma Linda*

Por fin, hay que hacer referencia, como ya he adelantado, a los criterios propuestos por la Facultad de Medicina de la Universidad de Loma Linda, puesto que han provocado la mayor parte de la discusión ética y jurídica reciente en los Estados Unidos relativa a esta cuestión. El 18 diciembre de 1987 dicho Centro hizo público un documento de trabajo, en el cual se protocolizaban las actuaciones a seguir en el caso de niños anencefálicos potenciales donantes (*Medical Management of Anencephalic Infants for Organ Donation*). En resumen, se expresaba lo siguiente ¹⁰⁶, una vez que se ha confirmado la diagnosis de anencefalia (diagnóstico prenatal), si los padres están de acuerdo con que su hijo sea donante de órganos declaren por escrito su consentimiento, incluyendo el relativo a seguir

el protocolo sobre el tratamiento del niño para estos fines; después, y una vez ocurrido el nacimiento, se procede a la intubación del niño y a su mantenimiento mediante asistencia con ventilación mecánica, por un tiempo previamente determinado que no debería ser superado, recomendándose que no exceda de una semana; en este período se procede a la determinación de las pruebas de la muerte cerebral dos veces al día por un médico cualificado; la muerte cerebral debe ser confirmada por dos especialistas ajenos al trasplante, y a partir de entonces se puede considerar al anencefalo donante de órganos, siguiendo el mismo protocolo que para los demás donantes de órganos con diagnóstico de muerte cerebral, debiendo solicitarse a los padres un nuevo consentimiento para la donación. Si, por el contrario, no se llega a establecer la muerte cerebral dentro del período prefijado, se debe interrumpir la ventilación mecánica, y proceder a la extubación y a las medidas de asistencia usuales hasta que sobrevenga la muerte.

Este protocolo fue duramente discutido y criticado porque la adopción de medidas de mantenimiento antes del evento de la muerte cerebral infringía el principio kantiano de no utilizar a una persona como medio para otros fines ¹⁰⁷. Estas y otras objeciones dieron lugar a que dicho protocolo fuera modificado el 15 de abril de 1988, partiendo del reconocimiento de que el anterior proceder (las medidas de mantenimiento) implica la alteración del proceso natural de la muerte, dando lugar a su prolongación. El nuevo protocolo se estableció en estos términos ¹⁰⁸: a) no se aplicará a los recién nacidos ayuda con el ventilador mecánico hasta que no se produzca un fallo cardiorrespiratorio que sugiera la muerte inmediata; b) si la muerte cerebral no ha sido determinada después de respiración asistida durante veinticuatro horas, se suspenderá dicha asistencia mecánica y se dejará que llegue la muerte sin ninguna otra intervención; c) si se comprueban los criterios de muerte cerebral dentro del transcurso de esas veinticuatro horas, se proseguirá con la asistencia intensiva, debiendo confirmarse la muerte cerebral por un neurólogo ajeno al proceso que decida arbitrariamente, para lo cual puede prolongarse el plazo entre doce y veinticuatro horas más. A partir de ese momento el niño se considerará como donante potencial.

A pesar de que con este protocolo se intentan superar las objeciones éticas, al esperar al momento de la muerte (o a su inminencia) para adoptar medidas de mantenimiento, se ha criticado que los nuevos criterios de Loma Linda no tienen en cuenta que los especialistas han señalado que la determinación de la muerte cerebral en niños recién nacidos sólo es practicable a partir de los siete días de vida ¹⁰⁹, si bien es cierto que la patología que presenta el

¹⁰⁷ V. en este sentido y en contra, respectivamente, TRUOG/FLETCHER, *Anencephalic Newborns Can Organs Be Transplanted before Brain Death?*, cit. 390; FOST, *Organs from Anencephalic Infants: An Idea Whose Time Has Not Yet Come*, cit. 7.

¹⁰⁸ WALTERS, *Loma Linda University's Protocol on Anencephalic Infants as Organ Donors*, cit. 23.

¹⁰⁹ TRUOG/FLETCHER, *Anencephalic Newborns: Can Organs Be Transplanted before Brain Death?*, cit. 390.

¹⁰⁶ Según James W. WALTERS, *Loma Linda University's Protocol on Anencephalic Infants as Organ Donors*, en *"The Hastings Center Report"*, vol. 18, núm. 5, 22 y s. (1988).

que comprenden en su conjunto desde la fecha del nacimiento hasta los seis o siete años, en cuyo detalle no vamos a entrar, pero que se caracterizan sobre todo por la exigencia de una persistencia en los signos y pruebas de la muerte cerebral de mayor duración que la de seis horas del Reglamento, pudiendo oscilar, según los diferentes protocolos, de veinticuatro a setenta y dos horas antes de que el diagnóstico se estime definitivo ¹¹³.

Pues bien, cuando se trata de niños, y en cuanto implican un aumento de cautelas en relación con las establecidas por el Reglamento, se impone a éste la *lex artis* como criterio preferente y obligado de referencia, tanto en el tiempo necesario de persistencia de los signos de muerte, que debe prolongarse, como en las pruebas adicionales cuya realización esté indicada de acuerdo con dichos parámetros de la *lex artis*. Es decir, que de acuerdo con ésta deberán reforzarse los criterios y procedimientos de diagnóstico que prevé el Reglamento.

d) La determinación de la muerte de embriones y fetos

Hoy es ya posible la utilización de células y tejidos embrionarios o fetales para trasplante, puesto que aunque en gran medida se encuentran en fase experimental, se espera obtener buenos resultados de la implantación del tejido neural fetal, así de como las células hematopoyéticas de la médula e hígado fetales, lo que se acentúa por la inapreciable reacción inmunológica entre huésped y receptor ¹¹⁴. Para estos fines no es de aplicación la Ley de 1979, que no regulaba la materia, sino la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Para los llamados preembriones y gametos, habrá de estarse a lo dispuesto en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Por consiguiente, es preceptiva la observancia de lo dispuesto en dicha Ley 42/1988 en lo que se refiere a la comprobación de la muerte del *nasciturus*, la cual únicamente indica que los equipos médicos deberán dejar constancia previa a las actuaciones de que la muerte de los embriones o fetos se ha producido (art. 6). No se prevén criterios específicos de comprobación, pero se atiene al criterio de viabilidad o no viabilidad del feto y la no viabilidad del embrión (art. 2. e, y 5. 3 y 4) ¹¹⁵. En cualquier caso, la Ley se remite al Gobierno (es decir,

¹¹³ V., sobre este último límite temporal para la realización de la comprobación de la muerte dictamen sobre muerte cerebral de la *Bundesärztekammer (Kriterien des Hirntodes)*, de 9 de abril de 1982).

¹¹⁴ V. CERHALO/ENGELHARDT, *El uso del tejido fetal y del amniocelítico para trasplante*, 234.

¹¹⁵ Dice así el art. 2.º: «La donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas para las finalidades previstas en esta Ley, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: e) Que los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos. Art. 5.º: «3. Los embriones abortados, espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo a los efectos de esta Ley». «4. Los fetos expulsados prematura y espontáneamente, y considerados biológicamente viables, serán tratados clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital».

normativamente hablando, a un Real Decreto), para establecer los criterios de viabilidad o no del feto fuera del útero (Disposición Adicional Primera e). Por su lado, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida establece que los preembriones abortados serán considerados muertos o no viables (art. 17.1).

Puesto que no se presentan mayores problemas relacionados con los trasplantes y la comprobación de la muerte, a falta de criterios jurídicos de obligado cumplimiento, no voy a insistir en esta cuestión, aludiendo únicamente a que la comprobación de la muerte de los fetos deberá realizarse de acuerdo con la *lex artis*, y por especialistas ajenos al proceso posterior. Si la disponibilidad proviene de un aborto voluntario legal, aparte de los requisitos propios del la indicación autorizada (art. 417 bis del CP), se observarán las limitaciones que prevé el art. 3. 2 y 3 de la Ley 42/1988, a saber: que la interrupción del embarazo no tenga por finalidad la donación y utilización posterior de los embriones o fetos o de sus estructuras biológicas; que el equipo médico que realice la interrupción del embarazo no intervenga en la utilización de los embriones o de los fetos o de sus estructuras biológicas en los términos y con los fines previstos en la Ley. Solamente habría que añadir que el primer requisito mencionado es más bien un deseo del legislador, puesto que si se cumplen los requisitos legales para abortar (p. ej., en el supuesto de la indicación eugénica), nada puede impedir, ni la propia prescripción de la Ley de 1988, que se haya tomado la decisión de abortar con la finalidad que se quiere impedir.