

**BIOTECNOLOGÍA, BIOÉTICA,
TANATOÉTICA, TANATOESTÉTICA
NUEVOS DERECHOS HUMANOS
Y
CONSTITUCIÓN**

© Xabier Vila



ÍNDICE

D) Introducción.....	4
II) Biotecnología, Bioética, Derecho y Derechos Humanos	10
III) Nuevos Derechos Humanos	33
IV) Los Nuevos Derechos Humanos y la Constitución de 1.978	72
V) Conclusión	76
VI) Bibliografía	79



Usted es libre de:

- copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra

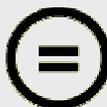
Bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento. Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadador.



No comercial. No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas. No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

- Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.
- Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor

Los derechos derivados de usos legítimos u otras limitaciones reconocidas por ley no se ven afectados por lo anterior.

A DIOS

*Las leyes naturales son descubrimientos humanos;
los Derechos Humanos son descubrimientos naturales.*

I) INTRODUCCIÓN

Desde la aparición de los primeros textos declarativos de Derechos Humanos (tomemos como ejemplo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789 o la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948) hasta la entrada en vigor de textos sobre Derechos Humanos con contenido jurídico vinculante (como por ejemplo el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1.950 o el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina de 1.997), se ha producido un debate –eternamente inconcluso– entre los juristas-filósofos y los filósofos-juristas de mayor renombre y prestigio nacional e internacional sobre el alcance del concepto y la fundamentación de estos Derechos; debate actualmente complicado por la aparición en escena de descubrimientos científicos diarios sobre la estructura y la fisiología del genoma humano que parecen abrir puertas a posibilidades hasta hace poco impensables como la clonación personal o la prolongación ilimitada de la vida, dando así pie a nuevas demandas de los ciudadanos a los poderes públicos en forma de petición de reconocimiento de derechos subjetivos que aspiran al estatus jurídico de Derechos Humanos.

El debate, en principio a dos bandas, entre iusnaturalistas (sea terminológicamente en versión "clásica": los Derechos Humanos como Derechos Naturales, o en versión "moderna": los Derechos Humanos como Derechos o exigencias ético-morales –Rawls,

Dworkin, Finnis, Pérez-Luño, Fernández, Muguerza, etc-) y positivistas y neopositivistas (Bentham, Kelsen, Bobbio, Peces-Barba, Prieto Sanchís, etc.) se ha ampliado a tres bandas con la inclusión de la teoría de las necesidades humanas (A. Heller, Añón Roig...)¹ como una tercera justificación –solapadamente imbricada con las dos anteriores– de los Derechos Humanos, principalmente de los de las últimas "generaciones".

No es aquí el lugar ni seré yo la persona adecuada para añadir nueva savia a un debate que carece de interés práctico dada la dificultad de llegar a un acuerdo comunmente aceptado. A este respecto, y sin ánimo de sentar precedente, únicamente aportaré dos ideas que desearía fuesen clarificadoras de mi posición :

1.- Cuando afirmo que las leyes naturales (científicas) son descubrimientos humanos quiero decir que, independientemente de su espontánea realidad, es el hombre con su intelecto y con su esfuerzo investigador quien las pone en evidencia. Y al afirmar que los Derechos Humanos son descubrimientos naturales estoy afirmando que a lo largo del proceso histórico-evolutivo de la vida su hallazgo era inevitable dada la naturaleza humana del hombre.

2.- Que en toda polémica sobre la fundamentación de los Derechos Humanos deberemos tener siempre presente que evolutivamente la palabra y el pensamiento precedieron a la escritura (todas ellas capacidades individuales generadas en un ambiente colectivo), de ahí que parezca congruente la hipótesis de la elaboración posible de categorías conceptuales con contenidos éticos o de otro tipo antes de su plasmación por escrito.

En base a lo anterior y sin menoscabo de las aportaciones de las teorías arriba señaladas, a las que acudiré cuando argumentalmente lo considere necesario, procuraré a lo

¹ La referencia concreta de las obras consultadas de estos autores figura en la bibliografía que aparece al final de este trabajo.

largo de este trabajo fundamentar las conclusiones en estas dos ideas que serán nucleares en mi discurso.

Por otra parte, es obvio que el objeto de este estudio (Biotecnología, Bioética, Nuevos Derechos Humanos y Constitución) no ha sido elegido al azar, sino que es producto de una meditada reflexión sobre la necesariamente inacabada ampliación de los contenidos de los llamados Derechos Humanos y de la cada vez más dificultosa inserción de las transformaciones que esa ampliación conlleva en el seno de la dogmática jurídica y de la teoría del Derecho. En este sentido, parece mayoritariamente aceptada, a efectos prácticos, una clasificación de los Derechos del Hombre siguiendo un criterio cronológico (Derechos de la primera, segunda, tercera e incluso cuarta generación), al que es posible añadir un criterio axiológico en función del valor ético-moral predominante en su génesis y justificación. Las combinaciones taxonómicas posibles son múltiples² y para evitar un excesivo enmarañamiento adoptaré la que semeja más adecuada a mi propósito; esto es, la propuesta por Macpherson³ y otros autores, quienes distinguen tres categorías de Derechos Fundamentales.

1.- Libertades y Derechos cívicos.

2.- Derechos políticos.

3.- Derechos económicos y sociales.

a las que yo añado una cuarta categoría: los **Derechos biológicos** –así llamados por estar directamente relacionados con la vida, la muerte y el cuerpo de las personas–, que

² Hay muchas clasificaciones sobre Derechos Humanos. Para hacerse una cabal idea de su complejidad pueden consultarse los siguientes autores:

Martínez de Pisón, José: *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*, editorial Egido, Zaragoza, 1.997, p 171 ss.

Peces-Barba, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales*, coedición de la Universidad Carlos III y el BOE, Madrid, 1.995, capítulo XVII.

³ Citado por Victoria Camps en su artículo "El descubrimiento de los Derechos Humanos" en Javier Muguerza (et. al.): *El fundamento de los Derechos Humanos*, editorial Debate, Madrid, 1.989, p. 114.

constituye la materia de este estudio y que está integrada por tres derechos, a mi entender, fundamentales:

- 1.- El Derecho a Ser Clonado.
- 2.- El Derecho a Decidir la Propia Muerte.
- 3.- El Derecho a la Integridad y la Dignidad del Propio Cuerpo Muerto.

En su momento argumentaré porqué pienso que estas demandas de naturaleza biológica deben obtener la calificación y el estatuto jurídico de Derechos Humanos. De momento sólo deseo hacer notar que así como los denominados Derechos Humanos de la primera generación (Derechos civiles y políticos) se asocian principalmente al valor libertad; los de la segunda (Derechos económicos y sociales) se vinculan al valor igualdad y los de la tercera (entre otros, el derecho a la paz; el derecho a un medio ambiente sano; el derecho de los pueblos al desarrollo, etc.) se relacionan con el valor solidaridad, estos nuevos Derechos del Hombre que postulo de cuarta generación⁴ conllevan también un vínculo esencial y radical con la libertad individual como valor supremo, entendida –al igual que ocurre con los derechos de la primera generación– como un ámbito personal protegido de la injerencia no deseada del Estado, la sociedad o los particulares, ya que son derechos necesarios para preservar la autonomía que exige el proceso de autorrealización individual, interpretado como "el desarrollo más completo posible del potencial único del individuo para la perfección y la creatividad"⁵.

Para entender la génesis de este trabajo hay que tener presente que las distintas generaciones de derechos aparecen relacionadas con importantes transformaciones interdependientes de los sistemas productivo, político y de valores. En efecto; en el plano

⁴ Esta acepción también la recoge Martínez de Pisón, ob. cit. p. 176, aunque de los derechos que él cita únicamente el derecho a la eutanasia coincide -y sólo en parte- con los que yo propongo.

⁵ Whittaker; James O.: *Psicología*, editora Importécnica, Madrid, 1.977. Traducción y adaptación de la tercera edición en inglés de la obra *Introduction to Psychology*, W.B. Company, Philadelphia, 1.976 (1ª edición en inglés, 1.965).

económico los cambios siguen una evolución progresiva del modo de producción desde la producción mercantil simple hacia el capitalismo liberal y el capitalismo socialdemócrata para finalizar actualmente en el neoliberalismo capitalista de mercado. En el ámbito político se pasa del Estado absoluto al Estado liberal de Derecho y de éste al Estado social y democrático de Derecho, seguido de una creciente pérdida de su carácter social que le devuelve a sus orígenes de simple Estado de Derecho; mientras que el sistema de valores fue transformándose desde el comunismo al individualismo y al solidarismo para retornar, en consonancia con los cambios acaecidos en los otros dos sistemas sociales, en un nuevo individualismo muy potenciado por la "**revolución informática**" que favorece el aislamiento de las personas en las plurales realidades virtuales que atraviesen la puerta de sus domicilios a través de la pantalla del ordenador.

Es en este contexto en el que nace un nuevo fenómeno científico-social al que podríamos calificar de "**revolución biotecnológica**", por el cual a partir del descubrimiento de la estructura del DNA por Watson y Crick (1.953) y mediando varios pasos intermedios (fundamentalmente la recombinación y clonación de los ácidos nucleicos), se ha desembocado en el Proyecto Genoma Humano (1.990) cuyo postrero objetivo es la secuenciación de todos los genes y la elaboración de mapas genéticos que permitan la localización relativa de las unidades genéticas dentro de las moléculas de DNA que componen los veintitrés pares de cromosomas de las células somáticas humanas. Es evidente que las implicaciones de los resultados de este proyecto serán múltiples: médicas, sociales, económicas, legales y éticas, aunque no derivan únicamente de él puesto que hace ya bastantes años que la utilización de la técnica del DNA-recombinante y las posibilidades de manipulación genética abrieron un debate holístico en torno a estas cuestiones.

No finalizaré esta introducción sin hacer una breve alusión al concepto de bioética que voy a emplear a lo largo de la presente investigación⁶. Considerando las aportaciones teóricas de los especialistas⁷ podemos definir genéricamente la bioética como una ética de la vida o, mejor aún, como una ética para los procesos relacionados con la vida (generalmente humana, aunque se puede extender el concepto a la vida animal y vegetal). Esta definición me parece muy apropiada para intervenciones como las técnicas de reproducción asistida, las terapias génicas o la clonación; sin embargo, para referirnos a otros procesos cuya consideración moral se engloba también dentro del campo de aplicación de la bioética (tomemos por ejemplos paradigmáticos el aborto o la eutanasia), propongo utilizar el término *tanatoética*, que más que valorar y regular conductas dirigidas a la protección, la prolongación y la mejora de la calidad de la vida, contempla similares actuaciones respecto de los procedimientos y acciones orientadas a obtener la muerte o una buena "calidad de muerte" (en mi caso mediatizadas por una estética de la muerte o *tanatoestética*); aspectos de los que me haré eco en este estudio al abordar dos de los tres nuevos Derechos Humanos que propugno: el Derecho a Decidir la Propia Muerte y el Derecho a la Integridad y a la Dignidad del Propio Cuerpo Muerto. La eventualidad de integrarlos, junto al Derecho a Ser Clonado, como Derechos Fundamentales en el marco de la Constitución de 1.978 será la intención última de mi razonamiento.

⁶ Para una aproximación al término bioética consúltese Reich, W.T.: *Encyclopedia of Bioethics*, Mac Millan, New York, 1.995.

⁷ Entre otros:

Diego Gracia: *Fundamentos de bioética*, Eudema, Madrid, 1.989.

H. Tristram Engelhardt: *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1.995.

Miguel H. Kotton: *Introducción a la bioética*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1.995.

II) BIOTECNOLOGÍA, BIOÉTICA, DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

A - BIOTECNOLOGÍA

Como advertencia preliminar diré que pienso, al igual que otras muchas personas, que la ciencia y la tecnología no son buenas o malas éticamente consideradas ni tampoco pueden ser adheridas a una ideología concreta. Del mismo modo que ocurre con la Naturaleza (a quien en ocasiones se ha adjetivado de fascista, apoyándose en la teoría darwinista de la selección natural), estas actividades del conocimiento humano carecen por sí mismas de una ideología orientadora de sus acciones. Son los científicos o las instituciones y empresas que financian sus investigaciones quienes dirigen los descubrimientos que la ciencia y la tecnología nos proporcionan hacia actividades que en función de sus consecuencias son susceptibles de valoración axiológica.

Ocurre, sin embargo, que en la actualidad tanto la tecnología como la ciencia están en manos de grandes corporaciones capitalistas que se rigen por la lógica de la maximización de beneficios, independientemente de cualquier consideración ecológica, humanística o ética. La confrontación entre la financiación pública y privada del Proyecto Genoma Humano finalizado por la segunda⁸, y la polémica surgida en torno al deseo / necesidad de patentar las unidades genómicas con el fin de su explotación comercial al margen de la deontología de la ciencia, constituyen ejemplos paradigmáticos de la insalvable distancia que separa el ser y el deber ser en materia científica.

⁸ A pesar de los grandes titulares de prensa sobre la finalización de la secuenciación de todos los pares de bases nitrogenadas que integran el DNA humano, ésta no implica un avance tan extraordinario desde el punto de vista práctico porque la simple determinación de la secuencia de los pares de bases nada dice sobre cómo dicha secuencia se traduce en procesos biológicos, normales o patológicos. Tenemos un ejemplo reciente en el virus del sida. Pocos años después de su descubrimiento se secuenció su genoma, pero veinte años más tarde seguimos sin saber apenas nada sobre su actividad biológica.

El nacimiento de la biotecnología como disciplina con entidad propia ocurre a lo largo de las tres últimas décadas del siglo XX. Su método es el método científico tradicional, fundado en la observación y en la experimentación; su objeto de estudio, al contrario, es rigurosamente novedoso: la biología y la fisiología molecular celular (eucariota y procariota) y vírica. Como señala Eric S. Grace "la biotecnología opera precisamente al nivel molecular de la vida"⁹, aunque –añado yo– sea muy dudosa la inclusión de los virus dentro de las formas de vida debido a su obligado parasitismo intracelular, hecho que aún siendo trascendente en patología médica carece de significación en el tema que nos ocupa dada la idéntica estructura bioquímica de los ácidos nucleicos (DNA y RNA), independientemente de la situación en la escala biológica del organismo de los que procedan.

Una definición ampliamente reconocida del término biotecnología se nos antoja imposible porque, inevitablemente, toda definición conlleva connotaciones de carácter metacientífico; por eso, y para ser consecuente con mi postura inicial, asumiré la propuesta por E. Grace, quien admite –aún a sabiendas de su simplicidad– que la biotecnología es "la comercialización de la vida celular"¹⁰. Comercialización inevitable en una sociedad de libre-mercado en la que ningún agente económico (privado o público)¹¹ está dispuesto a

⁹ Grace, Eric S.: *La biotecnología al desnudo: promesas y realidades*, Anagrama, Barcelona, 1.998, p. 21 (t.o.e.i.; *Biotechnology Unzipped. Promises & Realities*, Joseph Henry Press, Washintgon, 1.997)

¹⁰ Ibid., p. 22. Una definición más técnica y compleja nos la ofrece Santiago Grisolí en su artículo "La biotecnología en el tercer milenio" en Romeo Casabona, Carlos María (ed.): *Biotecnología y Derecho: Perspectivas en Derecho comparado*, Comares, Bilbao-Granada, 1.998, p. 3, donde afirma que "la biotecnología es la integración de ciencias naturales e ingeniería para obtener el uso de organismos, células, partes de las mismas y análogos moleculares para *productos y servicios*" (cursiva mía). Aquí la presento en un segundo plano por considerar que una buena definición ha de ser concisa y breve, además de por su evidente carácter eufemístico.

¹¹ Podría resultar chocante esta afirmación respecto de los organismos públicos. Para una verificación de la misma consúltese el Informe 10/90 sobre Investigación Sanitaria 2.000. En él se denuncia que tan sólo el 10% de la investigación médica (pública y privada) se dedica a las enfermedades que causan el 90% de la muertes a nivel mundial, precisamente por la mayor relación rentabilidad / inversión de unas patologías respecto a otras; razón que es función directa del nivel económico de las personas que las padecen.

realizar una inversión sin garantías suficientes de recuperarla, razonablemente multiplicada, en el menor plazo posible de tiempo.

Las perspectivas comerciales de las aplicaciones de los descubrimientos biotecnológicos son incalculables, principalmente en el campo de la medicina y de la agricultura¹², y la lucha por su acaparamiento deja de lado cualquier atisbo de comportamiento ético mínimo (universalizable)¹³: El descubrimiento y posterior registro en la oficina de patentes por la empresa norteamericana Human Genome Sciences de un gen que hace que algunas personas sean resistentes a la infección por el HIV, imposibilita legalmente a todos los científicos que no trabajen para esa empresa para comercializar cualquier descubrimiento preventivo o terapéutico desarrollado a partir de investigaciones sobre dicho gen, o lo que es lo mismo, les obliga a no dedicar ningún recurso a dicha tarea por ser prácticamente improductiva¹⁴.

Es evidente, entonces, el peligro señalado por Pierre Thuillier¹⁵, anticipado por Ortega en “La rebelión de las masas”, de que el “homo technicus” y el “homo scientificus” puestos al servicio pagado del “homo economicus”, extingan los valores humanísticos que caracterizan a la civilización occidental, entre los que destacan por su relevancia social los recogidos por las diferentes generaciones de Derechos Humanos (libertad, igualdad y solidaridad).

¹² En medicina la biotecnología suministra vacunas y fármacos progresivamente más eficaces y con menos efectos secundarios. En la agricultura los principales resultados proceden de especies vegetales transgénicas resistentes a las plagas y a las enfermedades, así como a las condiciones ambientales extremas. No obstante, cuando las enfermedades y plagas son causadas por ciertos virus, y también por algunas bacterias, la facilidad para mutar que presentan les permite esquivar con relativa rapidez las terapias y recombinaciones genéticas inducidas por el hombre, de ahí que podamos hablar de una especie de "guerra genética" entre el ser humano y el resto de los organismos vivos cuya prolongación en el tiempo sería ilimitada.

¹³ En el sentido que le dan Adela Cortina y Emilio Martínez en su libro *Ética*, Akal, Madrid, 1.996, p.117.

¹⁴ Cfr. El País de 9 de Abril de 2.000, p. 3 del suplemento Domingo.

¹⁵ Thuillier, Pierre: *La Grande Implosion: Rapport sur l'Effondrement de l'Occident*, 1.999-2.002, Fayard, Paris, 1.995. Citado por David Sempau (traductor) en Eric S. Grace, ob. cit., p. 10.

Un ejemplo ilustrativo de estas y otras cuestiones interrelacionadas con la biotecnología y sus dimensiones éticas –que más adelante analizaré con mayor profundidad– nos lo propone el ya citado Grace al referirse a la aplicación de esta ciencia para incrementar la producción de leche de vaca inyectándoles dosis de la hormona somatotropina bovina (BST)¹⁶. Esta técnica permite a los granjeros aumentar el rendimiento económico de sus explotaciones lecheras puesto que les posibilita obtener la misma cantidad de leche con un menor número de vacas. Coyunturalmente, las vacas que reciben la BST inyectada pueden padecer diversos efectos secundarios de diferente gravedad que van desde la simple inflamación de la zona inyectada hasta la mastitis, la osteoporosis y el déficit inmunitario, procesos que requieren a su vez nuevos medicamentos inyectados que multiplican el grado de sufrimiento de los animales. El dilema "tecnoético" que se plantea es el de si es moralmente aceptable "considerar a los animales, capaces de sufrir, tan sólo como máquinas productoras de alimentos"¹⁷

Apoyándonos en la autoridad de Peter Singer¹⁸, opinamos con él (y cualquiera que se haya relacionado diariamente con animales domésticos de granja podrá asumirlo) que estos animales poseen una cierta conciencia de sí mismos y de las personas que les rodean, que son capaces de sentir y transmitir angustia, miedo y tranquilidad y, por supuesto, que sufren por la privaciones y el dolor físico; todo lo cual les dota de características asimilables al concepto bioético de persona¹⁹. Como el propio Singer escribe, "con el tiempo se podrá demostrar que las ballenas, los delfines, los elefantes, los perros, los

¹⁶ Grace, Eric S., ob. cit., pp. 130 y ss.

¹⁷ Ibid., p. 134.

¹⁸ Singer, Peter: *Repensar la vida y la muerte: El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Paidós, Barcelona, 1.997, pp. 173 y ss.

¹⁹ De los cuatro atributos asimilables al estatuto de persona: sensibilidad, conciencia de sí y de los demás, vida de relación y capacidad de razonar, la bioética, en el actual estado de nuestros conocimientos, no duda en reconocérselos a los simios y probablemente, conforme se avance en la investigación con animales, tenga que extenderlo a muchos mamíferos. Respecto al estatuto de persona puede consultarse Hottois, Gilbert y Parizeau, Marie Hélène: *Les mots de la bioéthique*, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1.993, pp.148, 283, 322 y 353.

cerdos y otros animales también son conscientes de su propia existencia en el tiempo y pueden razonar: Por tanto, también se les tendrá por personas"²⁰. Este rasgo de persona les haría sujetos de derechos entre los que cabe destacar el derecho a no ser discriminado por razón de especie²¹ (en nuestro país, derecho que podría ser equivalente al derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión... –art. 14 CE–). En este sentido no deja de ser cierta la opinión de este autor cuando afirma que "algunos animales son más parecidos a los humanos normales que algunos miembros de nuestra especie con graves discapacidades"²², lo cual nos obliga a recapacitar sobre el trato que les damos, únicamente por motivos de maximización de la rentabilidad económica, sin reparar en absoluto en su bienestar.

La polémica en torno a estos hechos no ha sido resuelta todavía y algunos postulan su superación mediante la modificación del genoma de las vacas para que por sí mismas sinteticen más BST y produzcan más leche, desapareciendo así la necesidad de la inyección exógena de la hormona y sus efectos no deseados. Pero esta posibilidad nos conduce a un nuevo problema en la medida en que si tenemos en consideración lo arriba expuesto sería también aplicable a animales no humanos el artículo 13 del "Convenio de Asturias de Bioética para la protección de los Derechos Humanos y de la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina", adoptado por el Consejo de Europa el 30 de Abril de 1.997, que solamente autoriza modificaciones en el genoma "por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas", no siendo ninguno de estos casos el que estamos tratando en este lugar²³.

²⁰ Singer, Peter, ob. cit., p. 181. Esta afirmación nunca nos llevaría a no utilizar, si fuese posible, órganos vitales de animales para realizar xenotrasplantes en humanos. No es lo mismo provocar sufrimiento innecesario, por puro placer o interés económico, que salvar vidas humanas.

²¹ Ibid., p. 199.

²² Ibid., p. 200.

²³ A pesar de lo anteriormente escrito, más adelante, al referirme al derecho a ser clonado, estudiaré detenidamente el contenido de este artículo, a mi entender muy restrictivo respecto al ámbito de la libertad individual.

No fue intención premeditada adentrarme por los derroteros de la factible existencia de un derecho interespecífico ya que el objeto de este trabajo es esencialmente el animal humano en relación con la biotecnología y la bioética y sus crecientes derechos fundamentales, pero la cada vez más cuestionada existencia de barreras genéticas inamovibles entre las especies²⁴ hace inevitable referencias colaterales a otros animales no humanos estructuralmente complejos. Además, el ejemplo nos concierne de la trascendental relevancia que la biotecnología tiene para la homeostasis y la justicia holística en la biosfera.

Una ocupación central de mi análisis será examinar los problemas éticos, jurídicos y sociales que se pueden presentar a lo largo del nuevo siglo a causa de los “milagros” genéticos que la biotecnología permite –me estoy refiriendo, fundamentalmente, a la clonación–, pero el trabajo quedaría desdibujado si no consideráramos otros ámbitos, aunque solamente sea a título ilustrativo, en los que también inciden los avances biotecnológicos y que conviene conocer para hacerse una cabal idea de la importancia real de esta disciplina. Sin ánimo de ser exhaustivo, señalaré los siguientes:²⁵

Crear bacterias modificadas genéticamente para producir anticuerpos, antibióticos, hormonas, vacunas, destruir contaminantes medioambientales, etc.

Creación de ganado transgénico para mejorar la producción de carne, leche, lana, pieles, etc.

²⁴ Peter Singer en la obra citada, p. 178, hace una breve alusión a la artificialidad convencional en la demarcación de los límites entre las especies. Y, en la actualidad, hay una discusión científica abierta sobre la necesidad de reclasificar los organismos vivos dado que Linneo realizó su taxonomía un siglo antes del nacimiento, con Darwin, de la biología evolutiva, por lo que se limitó a clasificar los organismos existentes sin considerar las relaciones evolutivas entre las especies. En este contexto especialistas como Simon Tiller (Museo Nacional de Historia Natural de París) reconocen que "la definición de especie descansa sobre una necesidad de nomenclatura y no sobre una realidad biológica" (cfr. el artículo de Henry Gee de 030500 en ciencia@elpais.es).

²⁵ Para la elaboración de esta lista he seguido las siguientes obras y autores:

Gafo, Javier (ed.): *Fundamentación de la bioética y manipulación genética*, UPCM, Madrid, 1.988.

Grace, Eric S., ob. cit.

Hottois, Gilbert: *El paradigma bioético: Una ética para la tecnociencia*, Anthropos, Barcelona, 1.991.

Russo, Enzo y Cove, David: *Ingeniería genética: Sueños y pesadillas*, Alianza, Madrid, 1.999.

Producir especies vegetales transgénicas resistentes a las plagas, a las condiciones ambientales extremas, a los procesos de putrefacción y descomposición, etc.

Crear animales de laboratorio genéticamente modificados para investigar graves patologías degenerativas e infecciosas, etc.

Dentro del ámbito específicamente humano, además de la clonación, terapéutica o reproductiva, las técnicas biológicas que más disquisiciones éticas y legales plantean son la creación de seres humanos transgénicos, la modificación de genes en la línea germinal y la utilización de embriones para la investigación y la curación de enfermedades.

Por supuesto que los riesgos potenciales de estas técnicas no son pocos. Pueden ir desde la posible transferencia de genes añadidos o alterados en plantas cultivables hacia plantas silvestres genéticamente próximas, las cuales adquirirían las propiedades de aquéllas –algunas indeseables como la resistencia a los pesticidas o a las plagas–, hasta la transformación de bacterias inicialmente inocuas en bacterias patógenas si la transferencia de material genético ocurriese desde bacterias transgénicas liberadas al medio ambiente –por ejemplo para eliminar los vertidos de petróleo en los mares– hacia bacterias presentes en él de forma natural. A todo ello hay que añadir el profundo desconocimiento que todavía existe en torno a la función de muchos genes y del material genético que los rodea, cuya manipulación inconsciente podría acarrear consecuencias catastróficas para toda la biosfera. En las personas, el mayor temor deriva de la posibilidad de generación de una nueva especie humana, de la creación de quimeras y de la uniformización transindividual.

B - BIOÉTICA

Las derivaciones éticas y legales emanadas de esta forma de progreso científico han originado un nuevo corpus teórico que con el nombre genérico de Bioética trata, desde los años setenta del siglo XX, de elaborar un consenso que oriente la acción de las instituciones, los profesionales y los ciudadanos hacia fines respetuosos con los principios y valores morales tenidos por universales o, por lo menos, como universalizables; sin renunciar al control axiológico del *biopoder* detentado por las empresas multinacionales que producen, en régimen de monopolio u oligopolio, nuevas especies de animales, plantas y bacterias, para apoyar o penalizar sus técnicas y procedimientos en la medida en que se ajusten o separen de los considerados bioéticamente correctos. Pero, para ello, la Bioética deberá mantenerse al margen del organigrama de todas las instituciones, sino quiere devenir ella misma en una forma de biopoder.

El antecedente directo de la Bioética está en la ética y deontología médicas tradicionales que, desde el Juramento Hipocrático, impone a los profesionales de la medicina la obligación moral de ayudar a cualquier persona que requiera de sus cuidados, así como el deber de tratar al paciente no sólo como objeto de sus actos médicos, sino como un ser humano confiado a sus cuidados y cuya dignidad como tal debe de ser íntegramente respetada.

Las prácticas clínicas y experimentales llevadas a cabo por los médicos nazis en Alemania entre los años 1.933 y 1.945, realizadas contra la voluntad de las personas y sin preocupación alguna por su sufrimiento y su muerte dieron nacimiento, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, al Código de Nuremberg (1.947), que es el primer texto internacional que vincula a la ética médica con el respeto de los Derechos Humanos. Posteriormente, y debido a ciertas insuficiencias e incumplimientos (incluso por parte de

los Gobiernos de Estados democráticos de Derecho), fue revisado y perfeccionado por la Asociación Médica Mundial en Declaraciones sucesivas: Helsinki (1.964), Tokio (1.975), Hawai (1.977), Venecia (1.983) y Manila (1.984), en el sentido de intensificar las garantías de los derechos de los pacientes y de las personas sometidas a experimentación.

Este origen dependiente de la Bioética respecto de la ética médica ha llevado en ocasiones a un reduccionismo de sus contenidos, identificándolos con los propios de las ciencias biomédicas y de la salud cuando, en realidad, su campo de acción es mucho más amplio ya que “también se refiere a situaciones, actos y consecuencias que ocurren fuera del quehacer médico”²⁶. Entre las ocupaciones y preocupaciones morales de la Bioética que van más allá de la ética médica clásica, que gira alrededor de la relación médico-paciente, destacan las conectadas con los descubrimientos e inventos biotecnológicos (animales, plantas y microbios transgénicos; manipulaciones genéticas en humanos...); con la investigación y experimentación en todas las especies de seres vivos; con el control de natalidad; con la salud pública internacional; con los conflictos éticos que surgen en la práctica de las profesiones de la salud, etc.

El autor que empleó por vez primera el término Bioética fue el oncólogo norteamericano Van R. Potter, en el año 1.971. Potter entendió la Bioética como una nueva disciplina científica que enlazara las ciencias naturales con las ciencias humanas, hasta ese momento perfectamente incomunicadas. Las definiciones que se han propuesto para enmarcarla han sido innumerables en los últimos veinticinco años. Una de las primeras, ya clásica, fue la que W.T. Reich ofreció en su *Encyclopedia of Bioethics* (1.978): “La Bioética es el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias biológicas y del cuidado de la salud, en cuanto que esta conducta es examinada a la luz de los valores y principios morales”. Aún siendo bastante precisa, esta definición ha sido complementada por la de otros autores que aportan su propia reflexión personal sobre esta

²⁶ Kottow, Miguel H.: *Introducción a la bioética*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1.995, p.53.

materia. Tomemos tres, a título de ejemplo, para ilustrar adecuadamente nuestras conclusiones:

Gilbert Hottois: “Podríamos definir la Bioética, en un sentido lato (...) diciendo que ésta designa un conjunto de cuestiones con una dimensión ética (es decir, en las que los valores y cuestiones que se ponen en juego sólo pueden resolverse mediante actos de elección) suscitadas por el, cada vez mayor, poder de intervención tecnocientífica en el ámbito de la vida orgánica (especialmente, aunque no exclusivamente, sobre el hombre)”²⁷.

Miguel H. Kottow: “Bioética es el conjunto de conceptos, argumentos y normas que valoran y legitiman éticamente los actos humanos que eventualmente tendrán efectos irreversibles sobre fenómenos vitales”²⁸.

Margarita Boladeras: “La Bioética trata de la perspectiva ética de los problemas que surgen en la aplicación de la ciencia y la técnica a la procreación de la vida humana, a las situaciones límite por enfermedad terminal, a los trastornos genéticos (disminuidos psíquicos), a la disminución física severa, a la experimentación con personas o animales, a la ingeniería genética, etc.”²⁹.

Es posible apreciar en las anteriores definiciones un cambio en el paradigma ético clásico en tanto en cuanto la preocupación esencial de las consecuencias de la conducta humana ya no se refiere únicamente a sus efectos sobre la salud, la vida y los intereses de los demás hombres, sino que se extiende a los problemas que las nuevas técnicas biológicas pueden generar en el conjunto de la biosfera; siendo a partir de este nuevo paradigma que se origina el núcleo central de los retos éticos que la Bioética pretende resolver. Pero su solución, aunque sólo fuese momentánea y no definitiva, no es sencilla debido al vasto campo de aplicación en el que la Bioética se inscribe, en el cual se multiplican *ad infinitum* los valores, principios y normas morales y legales a considerar

²⁷ Hottois, Gilbert, ob. cit., p. 170.

²⁸ Kottow, Miguel H., ob. cit. p. 53.

²⁹ Boladeras, Margarita: *Bioética*, Síntesis, Madrid, p.8.

antes de optar por una acción determinada. Como señala Engelhardt, “la Bioética contemporánea se enfrenta a una situación que se caracteriza por un considerable escepticismo, por la pérdida de fe y de convicciones persistentes, por la pluralidad de visiones morales y por crecientes cambios de política pública”³⁰

Es evidente, por obvio, que la Bioética no podría haber surgido ni puede evolucionar y perfeccionar sus aplicaciones y contenidos en sistemas políticos autoritarios y paternalistas porque en ellos no es posible el ejercicio de la autonomía personal plena de los individuos que, como veremos, es uno de los principios básicos de esta ciencia. Esto no implica, necesariamente, que en las sociedades democráticas, incluso entre los miembros de profesiones directamente con ella relacionadas, las soluciones que posibilita la Bioética sean fácilmente asumidas, debido a la falta –como consecuencia de la juventud de esta disciplina– de una cultura bioética fuertemente implantada. Son demasiado frecuentes los ejemplos en los que miembros de Comités Hospitalarios de Bioética (grupos interdisciplinarios de carácter consultivo que asesoran sobre cuestiones ético-clínicas) demuestran con sus posiciones personales que siguen considerando a los ciudadanos adultos y responsables, aunque enfermos, como menores de edad que necesitan que alguien decida por ellos.³¹ También son conocidas las dificultades aún subsistentes para que los médicos respeten ciertos derechos de los enfermos como el “consentimiento informado”. Éste es un derecho esencial que reconoce al paciente autonomía para decidir aceptar o rechazar un tratamiento y que obliga al profesional que le atiende a facilitarle información en “términos comprensibles” sobre su patología y a solicitarle autorización para llevar a cabo actos médicos relevantes para su salud e integridad mental o corporal. A

³⁰ Engelhardt, H. T.: *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1.995, p.34.

³¹ Cfr. Charlesworth, Max: *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge University Press, Cambridge, 1.996, p.2, donde el autor aporta su experiencia personal en varios Comités de Ética Médica.

pesar de la legislación³², en nuestro país y en muchos otros de nuestro entorno, una gran parte del personal sanitario mantiene relaciones médico-paciente de carácter paternalista y autoritario, basadas en una supuesta incapacidad del enfermo lego en medicina para saber decidir sobre lo que es mejor para él.

Consecuentemente, un régimen político liberal cuyo valor supremo es, por definición, la libertad o autonomía personal³³, no garantiza por sí mismo una “ética liberal” o procedimental (es decir, una ética que no pretenda aportar a través de los expertos verdades absolutas y eternas); fenómeno, por otra parte, comprensible dado el pluralismo moral típico de estas sociedades abiertas, en las que destacan por su peso histórico las perspectivas teológicas que presuponen la natural sumisión del ser humano a los designios de un Dios Creador, revelados e impuestos a todos por sus Representantes en la tierra. Expresándome por medio de las palabras de J. S. Mill: “La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo. Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o social”³⁴.

Una forma plausible de resolver este déficit de cultura bioética presente, todavía, en las sociedades políticamente desarrolladas, exige por parte de “... todo el mundo

³² En España la Ley General de Sanidad del año 1.986 recoge, en su artículo 10, el derecho de todos los pacientes:

10.5 “A que se le dé información en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

10.6 “A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no esté capacitado para adoptar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

³³ Tenida por uno de los valores superiores en todos los Estados democráticos de Derecho (art. 1 CE).

³⁴ Mill, J.S.: *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1.990, p.69.

(instituciones y no instituciones) más pedagogía. Pedagogía que enseñe lo que, en verdad, está ocurriendo (...). Y, sobre todo, menos miedo”³⁵.

A pesar de lo anteriormente indicado, las conexiones entre valores bioéticos y sistema político-económico nos parecen evidentes si consideramos la hipótesis demostrada por R. Inglehart³⁶, según la cual a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y debido principalmente al desarrollo económico y tecnológico, se ha producido en las sociedades industriales avanzadas un cambio cultural intergeneracional que se manifiesta por la transformación de lo que él denomina “valores materialistas” en “valores postmaterialistas”; o lo que es lo mismo, el cambio del interés en el bienestar material y la seguridad física hacia el interés en la calidad de vida, expresado en el surgimiento de valores estéticos, en el sentimiento de pertenencia a una comunidad y, sobre todo, en necesidades intelectuales, de autoestima y de autorrealización.

Aunque, según Inglehart, “el fenómeno del cambio cultural está íntimamente relacionado con el cambio social, político y económico”³⁷, no debemos ignorar el cambio o revolución biotecnológica como uno de los probables factores determinantes de la nueva concepción de lo que se puede y debe esperar en y de la vida. Sin duda, los Nuevos Derechos Humanos que en el próximo capítulo abordaré son expresión real de la calidad de vida –y de muerte– que los ciudadanos del III Milenio desean para sí y para sus descendientes.

Uno de los rasgos distintivos de la Bioética con respecto a otras formas de ética aplicada (como la ética económica o la ética política) es que se rige por unos principios éticos no sólo admitidos sino también seguidos casi universalmente. Fueron formulados por primera vez en el llamado *Informe Belmont* (1.978) bajo el título de “Principios éticos

³⁵ Sádaba, Javier y Velázquez, José Luis: *Hombres a la carta. Los dilemas de la Bioética*, Temas de Hoy, Madrid, 2.998, p. 37.

³⁶ Inglehart, Ronald: *El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas*, CIS, Madrid, 1.991. Véanse especialmente los capítulos 1, 2 y 4.

³⁷ *Ibid.*, p. XL.

y recomendaciones para la protección de las personas objeto de experimentación”³⁸. En este informe se contemplan tres principios éticos:

- 1) El respeto por las personas.
- 2) Beneficencia.
- 3) Justicia.

El primer principio “incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección”. La persona autónoma es definida como “un individuo capaz de deliberar sobre sus objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación”.

El principio de beneficencia supone que “las personas son tratadas de una forma ética no sólo respetando sus decisiones y protegiéndolas del daño, sino también haciendo un esfuerzo para asegurar su bienestar”. El informe reconoce que frecuentemente se equipara la beneficencia a la caridad, que no es una obligación; por lo que para evitar dicha confusión “en este documento, la beneficencia se entiende en un sentido más radical, como una obligación”. Por último, este principio englobaría dos reglas complementarias: "1) No hacer daño y 2) Extremar los posibles beneficios y minimizar los posibles riesgos”.

Al principio de justicia corresponde responder a la pregunta “¿quién debe recibir los beneficios de la investigación y sufrir sus cargas? ”. También se expresa reconociendo que “los iguales deben ser tratados de un modo igualitario”. El problema radica ahora en explicar “¿quién es un igual y quién no? ” y “¿qué consideraciones justifican una desviación de la distribución igualitaria? ”. Se proponen varias fórmulas para resolver estas preguntas:

³⁸ Quien esté interesado puede consultar el texto íntegro de este informe en Fracapani de Cuitiño, Marta (et. al.): *Bioética. Sus instituciones*, Lumen, Buenos Aires, 1.999, pp. 44 ss.

- 1) A cada persona una participación igual.
- 2) A cada persona de acuerdo con sus necesidades individuales.
- 3) A cada persona de acuerdo con sus esfuerzos individuales.
- 4) A cada persona de acuerdo con su contribución social.
- 5) A cada persona de acuerdo con sus méritos.

Posteriormente, en 1.979, T. Beauchamp y J.F. Childress en su obra *Principles of Biomedical Ethics*, perfeccionaron y complementaron el *Informe Belmont*, dejando los principios de la Bioética en cuatro. A saber:

- 1) Beneficencia.
- 2) No-maleficencia.
- 3) Autonomía.
- 4) Justicia.

Beauchamps y Childress separaron el deber de hacer el bien a los demás (principio de beneficencia) del deber de no hacer daño (principio de no-maleficencia) porque consideraron que es más obligatorio este último que el primero. No obstante, ambos ya aparecían señalados en el Juramento Hipocrático.

El principio de autonomía es completamente novedoso. Procede de la filosofía kantiana, que identifica la autonomía de la voluntad con el principio supremo de la moralidad y en la que se fundamenta el imperativo categórico. La autonomía de la voluntad es la máxima expresión de la libertad porque permite al ser individual regirse por sus propias leyes (autónomas) en lugar de verse obligado a regirse por leyes ajenas (heterónomas).

En Bioética, es la autonomía individual quien sustenta el consentimiento informado como derecho de todos los pacientes o sujetos de experimentación ante la autoridad de los

profesionales y experimentadores. Engelhardt llama a este principio, *principio de permiso*, y dice de él que “fundamenta la moralidad del respeto mutuo, ya que exige que sólo se utilice a otras personas si estas dan previamente su consentimiento”, y también que “el principio de permiso muestra que no se debe utilizar a los pacientes como simples medios para un fin”³⁹.

Por su parte, el principio de justicia mantiene su objetivo de selección igual y no discriminatoria de las personas susceptibles de recibir asistencia y /o aportar recursos.

La mera existencia de estos cuatro principios de la Bioética no resuelve por sí sola los posibles conflictos que pueden surgir a la hora de su aplicación práctica, lo cual plantea el interrogante de si existe entre ellos algún tipo de jerarquía que dé preferencia a uno u otro. Para Beauchamp y Childress no hay una jerarquía general y permanente entre los principios; la supuesta prevalencia de alguno de ellos habrá que referirla a casos concretos. Diego Gracia no opina de la misma forma. Para el especialista español “entre la no-maleficencia y la beneficencia hay una relación jerárquica, ya que nuestro deber de no hacer daño a otros es claramente superior al de beneficiarlos. Lo mismo cabe decir de la justicia”⁴⁰; esto es, para Gracia existe una jerarquía genérica e inmovible entre principios que no depende de las circunstancias del caso concreto. Más adelante continúa su argumentación y afirma que “la vida moral no sólo está constituida por los deberes privados de autonomía y beneficencia, sino también por los deberes públicos de no-maleficencia y justicia”⁴¹, y concluye diciendo que “en caso de conflicto entre un deber privado y otro público, el público siempre tiene prioridad”⁴².

³⁹ Engelhardt, H.T., ob. cit., pp. 119 y 120.

⁴⁰ Gracia, Diego: “Cuestión de principios”, en Feito Grande, Lydia (ed.): *Estudios de Bioética*, Madrid, 1.997, pp.26-27.

⁴¹ Ibid., p. 27.

⁴² Ibid., p. 28.

A mi entender, erigir un orden jerárquico entre principios en base al fundamento de “la superioridad del bien común sobre el privado o individual en caso de conflicto entre ambos”⁴³, no es aceptable sin más porque cabe la argumentación en sentido contrario. Un ejemplo que el propio Diego Gracia aporta me servirá de instrumento: “Algo puede ser beneficente para cierta persona y no para otra. Para un Testigo de Jehová la transfusión de sangre no es un procedimiento beneficente, en tanto que para los demás sí”⁴⁴. En este caso, partiendo del conflicto (aparente) que nos plantea entre el principio de beneficencia (deber privado y, por lo tanto, inferior) y el principio de no-maleficencia (deber público y, por lo tanto, superior), no es evidente ni el posible bien ni el posible mal a realizar, excepto si admitimos que el bien de una persona es subjetivo (lo que ella considera como tal: no recibir la transfusión), mientras que el mal es objetivo (hacerle la transfusión)⁴⁵. Y es que, en realidad, el conflicto que se presenta es entre el principio de autonomía (cada persona es libre para decidir sobre su salud y su vida) y el principio de no-maleficencia; es por ello que el propio Gracia está reconociendo, implícitamente, la primacía del primero sobre el segundo; tanto si el enfermo es un Testigo de Jehová que ha optado libremente por no ser transfundido, como si no lo es y opta por lo contrario. Consecuentemente, si hay jerarquía de principios, el principio de autonomía debe de estar entre los de mayor rango porque no puede haber justicia sin autonomía personal⁴⁶.

Hasta aquí hemos visto que la Bioética pretende resolver de una manera práctica una serie de problemas complejos relacionados, en gran medida, con la medicina y la biotecnología. Es bueno que exista una disciplina con tales contenidos para velar por el

⁴³ Ibid., p. 27.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Esta argumentación sigue, en parte, la propuesta por Manuel Atienza en su artículo “Juridificar la bioética”, Revista Claves de Razón Práctica, nº 61, abril de 1.996, p. 7.

⁴⁶ La Constitución española (art. 10) recoge indirectamente esta afirmación pues reconoce “la dignidad de la persona” (y sin autonomía individual no hay dignidad posible) y el “libre desarrollo de la personalidad” como fundamento del orden social.

respeto de los Derechos Humanos. Ahora bien, en el terreno científico, la Bioética no tiene que convertirse en una censora moral de la investigación experimental, tratando de impedir que conozcamos los más íntimos mecanismos de la vida y que nos beneficiemos de sus aplicaciones, aduciendo razones y temores irracionales.

Como bien enseñan Javier Sádaba y José Luis Velázquez, “sea la que sea la historia y nuestra actitud respecto a ella, lo que hay que decir es que la vigilancia de la bioética no tiene por qué adelantarse a los hechos. Quiera o no, debe ir detrás. En caso contrario se cae en el ridículo”⁴⁷

C - DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

De gran trascendencia teórica y práctica es la interrelación existente entre la Bioética, el Derecho y los Derechos Humanos. Por supuesto que la tensión que surge de dicha interrelación “no se trata tan sólo de problemas técnico-jurídicos, que podrían superarse, según afirman los expertos, sino ante todo de intereses económicos contrapuestos y de la confrontación de concepciones culturales y sociales diferentes”⁴⁸. En efecto, porque si bien es cierto que el Derecho tiene entre sus funciones “permitir y garantizar la convivencia y la paz social, resolver los conflictos allá donde surjan y proteger los valores individuales y colectivos más importantes”⁴⁹, no es menos cierto que también es su tarea “proteger las estructuras profundas de la sociedad”⁵⁰, muchas de las cuales están siendo “amenazadas” por los descubrimientos biotecnológicos, que tienen como uno de sus efectos no deseados volver a reabrir el debate sobre las relaciones entre el orden moral y el orden legal. Por eso,

⁴⁷ Sádaba, Javier y Velázquez, José Luis, ob. cit., p. 23.

⁴⁸ Romeo Casabona, Carlos M. (ed.): *Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho comparado*, Comares, Bilbao-Granada, 1.998, p.29.

⁴⁹ Ibid., p. 20.

⁵⁰ Broekman, Jan M.: *Bioética con rasgos jurídicos*, Dilex, Madrid, 1.998, p. 47.

como bien indica A. Cortina, “si la bioética descubre exigencias morales, tales exigencias reclaman un correspondiente bioderecho”⁵¹.

Es aquel un antiguo debate sin solución, a mi entender, como consecuencia de la inevitable mediatización ideológica que hay entre la racionalidad moral y la racionalidad jurídica. Aproximémonos a esta afirmación.

Tradicionalmente, se ha venido admitiendo que el Estado de Derecho exige certeza, publicidad, generalidad y falta de arbitrariedad de las normas legales. Trasladas dichas exigencias a las normas morales, ¿las cumplen o no? Desde un punto de vista ético-existencialista es evidente que no se dan los requisitos de certeza, publicidad y generalidad en este tipo de normas debido a su inevitable subjetividad; no obstante, sí cumplen el requisito de no arbitrariedad pues aunque la persona que actúa en función de tales normas no se atiene a la prescripción de la ley positiva, sí obedece a su voluntad y, sobre todo, a su razón.

Que alguien se conduzca en su quehacer vital de manera no arbitraria y racional-individual es digno de elogio, pero ¿asegura ello el buen funcionamiento colectivo de las complejas sociedades actuales? Probablemente no, porque los intereses de los individuos suelen entrar en contradicción con los de la colectividad. Es por ello que Moral y Derecho no son sino dos escalones superpuestos que el Estado obliga a subir a sus ciudadanos para que sus intereses como sujeto autónomo e independiente estén asegurados y protegidos, incluso antes que los de los individuos que lo constituyen.

En este sentido, ya demostró Gramsci cómo la cohesión de las sociedades modernas se sustenta en la hegemonía cultural y espiritual de las clases dominantes que, a través de las instituciones socializadoras –principalmente la Iglesia, el sistema educativo y los

⁵¹ Cortina, Adela: *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1.993, p. 223.

medios de comunicación– inculcan sus creencias y valores morales al resto de la sociedad civil. Podemos afirmar, entonces, que junto a la supremacía económica y social existe una hegemonía moral y legal de los grupos dominantes integrada en la superestructura social. En terminología kantiana diríamos que la clase hegemónica socializa al conjunto de la población en imperativos categóricos, al objeto de mantener el orden social sin conflictos, que constituyen la base social mayoritaria (primer escalón) y, simultáneamente, crea un sistema legal coercitivo sustentado en imperativos no categóricos (segundo escalón), ambos expresión de la ideología de los grupos sociales hegemónicos.

En este constructo, que Derecho y Moral vayan o no conexos es intrascendente porque aunque admitamos que una norma jurídica, por el hecho de serlo, no es necesariamente justa, tampoco una norma moral, general o particular, por ser moral es inevitablemente justa; es decir, no hay razón ninguna por la que un precepto moral sea necesariamente más justo que un precepto legal. Lo trascendente de la cuestión no es, pues, la conexión o no conexión entre ambos tipos de normas directoras, sino quién y porqué las crea y cómo se generalizan.

Estos interrogantes no hallarán fácil respuesta. Sin embargo, las normas legales y Declaraciones más generales que en el ámbito de la Bioética existen (el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa y la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de la UNESCO, ambos textos del año 1.997), demuestran aquel proceso⁵².

⁵² Si se conocen los procedimientos utilizados por ambas instituciones para elaborar sus normas, se verá cuan alejados están de la ética discursiva habermasiana, que me parece la propuesta más acabada –aunque utópica e innecesaria, como veremos– para la adopción de normas con aspiraciones de validez universal

La equiparación entre el imperativo categórico “obra sólo de acuerdo con la máxima por la cual puedas al mismo tiempo querer que se convierta en ley universal”⁵³ y el imperativo tecnológico, “es necesario hacer todo lo que es posible hacer”⁵⁴, representa el nexo de unión que la Bioética pretende ser entre el conocimiento humanístico y el conocimiento científico aunque, quizás por eso, su expresión material no deje de ser problemática. Pondré un ejemplo para demostrarlo: La manipulación genética de la línea germinal humana.

Si seguimos la formulación del imperativo categórico anteriormente mencionada, no hay incongruencia sino complementariedad entre un deseo / necesidad de transmitir determinados caracteres a mi descendencia –modificando previamente la carga genética de mis gametos– y la pretensión y reconocimiento de / hacia su adopción por el resto de la humanidad. Anejado todo ello al imperativo tecnológico, que impele a hacer todo lo que se puede hacer,⁵⁵ obtenemos la dicotomía universalidad / individualidad, la cual no voy a pretender resolver pero sí explicar.

En el ejemplo que nos ocupa (la modificación genética de la línea germinal humana, aunque el razonamiento es extensible a cualquier Derecho Humano Biológico –como los que estudiaremos en el próximo capítulo– , reconocido o no jurídicamente), yo creo estar actuando de una manera justa pero no por ello desear que mi norma de conducta devenga en ley universal. Estos derechos no necesitan una presunta universalización porque no precisan de la aquiescencia de todas las personas para que sean efectivos, dado que no es posible conocer a priori quienes serán sujetos de tales derechos. Por lo tanto, no es posible

⁵³ Ésta es una de las cinco formulaciones dada por Ferrater Mora en su *Diccionario de Filosofía*, Alianza, Madrid, 1.982, p. 1634.

⁵⁴ Hottois, Gilbert: *El paradigma bioético*, Anthropos, Barcelona, 1.991, p.172.

⁵⁵ En su “Tratado de la Naturaleza Humana”, Hume dejó patente la importancia de pasiones y deseos como directores de las acciones de los hombres. Yo –y creo que tampoco nadie– no sabría decir si éstos y aquéllas son irracionales o superracionales. Cfr. Hume, David: *Tratado de la Naturaleza Humana*, Editora Nacional, Madrid, 1.977, pp. 616 ss.

aplicar aquí la ética discursiva o comunicativa desarrollada por Habermas⁵⁶, para la que “una norma sólo puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto participantes de un discurso práctico...”⁵⁷, precisamente porque no sabemos previamente a quién va a afectar, con lo cual no es viable adoptarla, ni por mayoría, ni por unanimidad.

La pretendida universalidad se manifiesta, entonces, como una utopía innecesaria porque estos derechos enuncian un interés individual no necesaria ni imperativamente universalizable, sin que por ello haya un menoscabo de la justicia en la sociedad y sin que de su correcta aplicación se deriven perjuicios hacia terceros. Son, utilizando una expresión de Peces-Barba, “derechos personalísimos”⁵⁸; complementarios de los que podríamos denominar “derechos clónicos”⁵⁹(derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales). También sería posible calificar a estos como “derechos en serie”, para diferenciarlos de los primeros o “derechos en serio”.

En definitiva, con este razonamiento lo que pretendo defender no es la substancialidad de una universalidad genérica (hablemos de Derechos Humanos o de cualquier otra cosa), sino la universalidad de la individualidad, que no hace más que seguir la máxima aristotélica de tratar de forma igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Como se habrá comprobado, la complejidad de las conexiones entre el mundo del Derecho y el de la Moral y, por analogía, ente el Bioderecho y la Bioética, puede hacer interminable la polémica sobre la trascendencia relativa o absoluta de las posiciones que uno y otra asumen como propias y que constituyen ese mínimo no susceptible de transacción. Los futuros descubrimientos y avances biotecnológicos que, inevitablemente,

⁵⁶ Aún en el supuesto de “condiciones ideales o perfectas de comunicación intersubjetiva”.

⁵⁷ Habermas, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1.985, p.86.

⁵⁸ Peces-Barba, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales*, coedición de la Universidad Carlos III y el BOE, Madrid, 1.995, p. 454.

⁵⁹ Sin que, por supuesto, el término conlleve ningún significado peyorativo.

se producirán en las próximas décadas, harán que esas relaciones sean cada vez más complicadas y, simultáneamente, más apasionadas.

Creemos que tiene mucha razón Díez-Picazo cuando dice que “la raíz última de las dificultades planteadas por la bioética tal vez radique en que los extraordinarios descubrimientos de las ciencias de la vida, cargados de potenciales aplicaciones prácticas, han puesto en cuestión nuestra imagen tradicional de nosotros mismos como seres humanos (...) De lo que se trata, en definitiva, es de ir reconstruyendo una nueva imagen del ser humano, adaptada al nuevo horizonte de la ciencia y la técnica”⁶⁰. El tenor literal de los textos nacionales e internacionales que reglan los antagonismos y desacuerdos en torno a estos temas evidencian la factibilidad de esta perspectiva. En las próximas páginas quedará demostrada.

⁶⁰ Díez-Picazo, Luis M.: “Bioética y legislación”, Revista de Occidente, n.º 214, marzo de 1.999, p.11.

III) NUEVOS DERECHOS HUMANOS

La evolución, aunque lenta, ha sido una constante a lo largo de la historia de los Derechos Humanos. Ya hemos visto cómo desde las primeras Declaraciones de Derechos hasta nuestros días, los cambios de todo tipo (económicos, políticos, sociales, etc.) han propiciado una ampliación progresiva del concepto de bien y de interés jurídico protegible, extendiéndose desde el individuo aislado hacia entes colectivos que, integrados por un número indeterminado de individuos (la familia, los trabajadores, los pensionistas, los consumidores, las regiones, etc.), exigieron y alcanzaron para sí el reconocimiento de ciertos derechos entendidos como inalienables.

En este proceso no podemos descuidar el hecho objetivo de que desde el principio de nuestra existencia como animales racionales, la evolución del hombre como especie ha ido en el sentido de conocer y dominar la naturaleza en beneficio propio. La reciente secuenciación del genoma humano representa, hasta el momento, el último paso dado en esa dirección, siendo inimaginable no ya retrogradar, sino incluso detenerse.

Aquél descubrimiento, que nos desvela lo más íntimo de nuestro ser biológico, en relación con nuestra ya conocida intimidad como personas, trae a la luz un conjunto de nuevas demandas ciudadanas que, anhelando su reconocimiento por parte de los Poderes Públicos, me atrevemos a calificar de **Nuevos Derechos Humanos**, cuya juridificación, aunque hoy pueda parecer utópica⁶¹, se hará inevitable para preservar la legitimidad del sistema democrático.

⁶¹ Una exposición donde se recoge el carácter previamente “utópico” de los Derechos Humanos antes de su positivización, así como la lucha que las minorías han tenido que afrontar para su reconocimiento, la hace Andrés Ollero en su artículo “Los derechos humanos entre el tópic y la utopía”, en Saldaña, Javier (coord.): *Problemas actuales sobre Derechos Humanos. Una propuesta filosófica*, UNAM, México, 1.997, pp.179 ss.

Podrían ser más, pero en este lugar solamente me ocuparé de los tres derechos ya varias veces mencionados: el Derecho a Ser Clonado; el Derecho a Decidir la Propia Muerte, y el Derecho a la Integridad y la Dignidad del Propio Cuerpo Muerto.

Soy consciente, porque es evidente, de que estos tres derechos son la manifestación de una ideología concreta: el individualismo; al que no podemos sustraernos por constituir una parte radical de la tradición histórica y cultural occidental, a la que pertenecemos. Como apunta Carmen Iglesias “...es obvio que, en cualquier cultura, los hombres se experimentan como sujetos o entes individuales; pero no ocurre lo mismo desde el punto de vista del individuo como **ser moral, autónomo y fuente él mismo de valores**; en este sentido no-social, sólo existiría en Occidente”⁶², sin que por ello dejemos de reconocer la natural sociabilidad y solidaridad humanas necesarias, entre otras muchas cosas, para la propia construcción del individuo y de la persona. El nuestro es un “individualismo responsable”, del tipo que G. Lipovetsky ha definido;⁶³ esto es, un individualismo inseparable del respeto a los derechos subjetivos de todas las personas.

Adscribimos estos Nuevos Derechos Humanos a aquella ideología porque, opuestamente a lo que ocurre con los derechos de la tercera generación (p.ej. el derecho al medio ambiente; el derecho al desarrollo; etc.), cuyo titular es indeterminado, y en contraste con los derechos de la segunda generación (los derechos económicos y sociales), que se ejercen colectivamente; estos derechos de la cuarta generación, en consonancia con los de la primera (derechos civiles y políticos), son derechos individuales “en estado puro”; entendiéndolo con esta expresión que surgen para satisfacer necesidades y valores⁶⁴

⁶² Iglesias, Carmen: *Individualismo Noble, Individualismo Burgués*, discurso de recepción en la Real Academia de la Historia, Madrid, 1.991, p. 22. La negrita corresponde al original.

⁶³ Lipovetsky, Gilles: *El crepúsculo del deber*, Anagrama, Barcelona, 1.994, p. 191 ss.

⁶⁴ La asociación necesidad / valor puede parecer irreal y difícil de demostrar empíricamente; sin embargo, ambos conceptos remiten al individuo, que es en donde se originan. Para profundizar en esta controversia consúltese Añón Roig, M^a José: “Fundamentación de los Derechos Humanos y necesidades básicas”, en Ballesteros, Jesús (ed.): *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1.991, pp. 108 ss.

exclusivamente individuales (independencia, autoestima, autorrealización, etc.). En definitiva, hay un resurgir de los valores y las necesidades de la persona individual, directamente provocado por el momento histórico que estamos viviendo: crisis de los valores colectivos y del Estado del bienestar; revolución informática que potencia el ensimismamiento y revolución biotecnológica centrada fundamentalmente en el descubrimiento de los genes de cada individuo, de sus funciones y patologías; con vistas a prolongar la duración y mejorar la calidad de su vida, y de su muerte.

Veamos cada uno de estos derechos.

A – EL DERECHO A SER CLONADO

Aunque todos sabemos qué es un clon, conviene ser rigurosos en cuanto a su definición y entendimiento porque sin una noción exacta de qué es y en qué consiste, las conclusiones a las que lleguemos sobre el fenómeno de la clonación pueden no ser acertadas. Adoptaré, por ello, la definición del Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación del Instituto de Bioética: “Por clon (...) se entiende un grupo de organismos de idéntica constitución genética que proceden de un único individuo mediante multiplicación asexual, siendo a su vez iguales a él”.⁶⁵

De forma natural o espontánea se producen clones, por ser su forma habitual de reproducción (asexual) en las bacterias (reproducción por bipartición), en muchas especies vegetales (reproducción por gemación) y en algunas especies animales (por ejemplo, las estrellas de mar). La clonación experimental se inició en anfibios en la década de los 50 del

⁶⁵ Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación: *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, Doce Calles, Aranjuez, 1.999, p. 21.

siglo XX, y en mamíferos no obtuvo resultados positivos hasta el año 1.997, cuando nació la famosa oveja Dolly.

Las técnicas de clonación son dos:⁶⁶

La partición o gemelación, que consiste en la “división de embriones por bisección o separación de blastómeros en los primeros estadios de desarrollo embrionario”. Como el cigoto procede de una fecundación de un ovocito por un espermatozoide, los productos que se obtienen son diferentes genéticamente de sus progenitores, aunque todos iguales entre sí.

La transferencia de núcleos, que implica la previa enucleación del ovocito y posterior inserción de núcleos diploides que pueden proceder de células embrionarias no diferenciadas o de células diferenciadas (extraídas de adultos, fetos o embriones). Conviene recordar que el material genético intracitoplasmático, presente principalmente en las mitocondrias, provoca una pequeña diferencia genética entre el donante del núcleo transferido y el clon obtenido.⁶⁷

La clonación puede ser hecha con fines reproductivos o no reproductivos. La primera tiene como objetivo producir individuos iguales entre sí o a un tercero, siendo esta última posibilidad la que más dificultades técnicas ofrece actualmente, toda vez que conlleva la transferencia de núcleos. También los dilemas éticos que surgen son distintos según se trate de un producto obtenido por gemelación o por transferencia nuclear.

La clonación no reproductiva, o clonación terapéutica, consiste en crear embriones o conglomerados de células embrionarias como *pool* de tejidos y órganos compatibles para trasplantes o para la investigación de enfermedades genéticas. Con esta técnica no se generan seres humanos clónicos, sino tan sólo embriones de pocas semanas de evolución.

⁶⁶ Sigo, parcialmente, la exposición del Comité de Expertos en Bioética y Clonación en su *Informe sobre Clonación*, p. 21.

⁶⁷ Quizás no tan pequeña si son ciertos los datos que nos suministran los verdaderos expertos: El número de genes intranucleares es de unos 100.000; el 99,8% de ese material genético es igual en todas las personas, lo cual supone que solamente habría 200 genes diferentes entre los distintos individuos. Por su parte, la mitocondria posee 13 genes codificadores; es decir, no tan pocos en relación a los 200 del núcleo. Cfr. Eser, Albin (et. Al.): “La clonación Humana. Fundamentos biológicos y valoración ético-jurídica”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 9/1.998, p. 97. Idem, *El País Digital* de 27 de Junio de 2.000 (<http://www.elpais.es/p/d/20000627/sociedad/genoma.htm>)

En el ámbito internacional el Convenio del Consejo de Europa sobre “Los Derechos Humanos y la Biomedicina”, en su Protocolo aprobado por el Comité de Ministros el 6 de noviembre de 1.997 prohíbe “cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto” (art. 1), y en el artículo 18.2 del propio Convenio “se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación”. Dentro de la legislación española, la Ley 35/1.988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida prohíbe “la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana” (art. 3), y la inminente nueva ley aprobada ya en Consejo de Ministros y actualmente en trámite parlamentario insiste, en el mismo artículo, en la interdicción de la clonación con fines reproductivos. Por su parte, el Código Penal de la democracia del año 1.995 asegura que “serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” (art. 161). Por último, la futura (?) Constitución para Europa, en su artículo II-63.2d impone “la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”. Como ocurrió con la investigación anatómica en la época medieval cristiana, corren malos tiempos para el conocimiento científico que amenace tabúes.

Aquí me ocuparé exclusivamente de la clonación reproductiva, que es la que más rechazo produce, tanto entre la opinión pública como entre la clase política y los Gobiernos.

Hay autores que piensan que “clonar es suprimir el carácter precario de la existencia humana”⁶⁸, pero admitirlo como única explicación al deseo / necesidad de ser clonado parece una simplificación excesiva. Además, reproducirse, independientemente de la técnica utilizada para ello, ha sido siempre una forma de intentar mitigar la angustia que produce la consciencia de la transitoriedad de la vida. Por lo tanto, lo más probable es que los motivos que pueden llevar a una persona a desear ser clonada sean los mismos que hacen que una

⁶⁸ Broekman, Jan M. : *Bioética con rasgos jurídicos*, Dilex, Madrid, 1.998, p. 201.

pareja tradicional quiera tener descendencia. Lo que ocurre es que la clonación ofrece posibilidades hasta ahora impensables:

Actualmente, cuando uno de los miembros de una pareja es irreversible e irremediamente estéril y no es posible aislar algún gameto maduro o precursor viable, si desean reproducirse han de acudir obligatoriamente a un donante. Esto conlleva que el niño resultante porte la mitad de sus cromosomas de un individuo ajeno a la pareja, lo cual “puede ser causa de dolor y resentimiento emocional, especialmente para el padre cuyos genes no han sido reproducidos”⁶⁹. La clonación de uno o de ambos miembros de la pareja evitará este tipo de malestar comprensible.

Actualmente, si una pareja de lesbianas quiere tener un hijo propio también ha de recurrir al banco de semen para ser fecundadas. La clonación permitirá introducir el núcleo de una célula somática de una de ellas en un ovocito de la otra, la cual, además, podrá ser la receptora del embrión resultante para que de esa forma ambas mujeres compartan la maternidad, aportando una los genes y la otra llevando adelante el embarazo y el parto.

Actualmente, si una pareja homosexual masculina pretende ejercer como padres –en los pocos países que se lo permiten– tienen que recurrir a la adopción. La técnica de la clonación les posibilitará tener un hijo biológico utilizando un óvulo de una donante o el de una amiga. En este caso el proceso será más complicado porque el embrión habrá de ser implantado en el útero de una “madre de alquiler” y la maternidad subrogada está prohibida en muchos ordenamientos, incluido el nuestro.⁷⁰

Actualmente, si una mujer sola quiere tener descendencia depende de un donante anónimo (de banco o de discoteca) o de un amigo, para poder ser madre. La clonación le dará

⁶⁹ Silver, Lee M.: *Vuelta al Edén. Más allá de la clonación en un mundo feliz*, Taurus, Madrid, 1.998, p. 163.

⁷⁰ En España, el artículo 10 de la Ley 35/1.988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida dice que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Y el Proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida actualmente en las Cortes reitera dicha prohibición en el mismo artículo (10.1) y con idéntico tenor literal.

la autonomía que necesita para poder decidir y hacer por sí misma, rasgo esencial, junto a la capacidad de raciocinio, que nos diferencia de los animales. Si el individuo solo fuese un hombre, la técnica también podrá convertirlo en progenitor, pero en este caso el grado de autonomía disminuye de forma radical porque inevitablemente dependerá de una mujer para que ésta lleve a término el embarazo, hecho que, paradójicamente, aproxima más al hombre que a la mujer a los animales, por lo menos en lo que a grado de autonomía reproductiva se refiere.

Pero el fenómeno auténticamente revolucionario en las próximas décadas no será la clonación simple, sino la clonación con modificaciones genéticas previas, bien para evitar transmitir a la descendencia enfermedades [o la predisposición a padecerlas] hereditarias, bien para que el clon nazca con características psicofísicas socialmente valoradas. Hay, no obstante, una limitación importante: el clon pertenece siempre al mismo sexo que la persona de la que procede, puesto que los cromosomas sexuales (XX en la hembra y XY en el macho)⁷¹ se transfieren asociados. Es de suponer que cuando se domine plenamente la fisiología de los genes sea posible clonar todo el genoma a excepción de uno de los cromosomas sexuales, pudiendo de este modo –incorporando el correspondiente cromosoma complementario– procrearse un clon de distinto sexo al del progenitor. Si la finalización del Proyecto Genoma Humano se equipara a la llegada del hombre a la luna, lograr lo anterior sería como si hubiese llegado al sol.

De lo hasta ahora señalado es fácil prever la intensificación del debate ético, político y científico iniciado mucho antes del nacimiento de Dolly.

En mi opinión, el núcleo del debate en torno a la clonación reproductiva y la manipulación genética reside en un conflicto entre derechos. Por parte de los futuros padres se

⁷¹ Empleo los términos hembra y macho porque me estoy refiriendo al sexo genético. Sabido es que la construcción del género (mujer y hombre) a partir del sexo biológico es un proceso social que a veces no consigue su objetivo, por lo que hay algunos ciudadanos que siendo hembras (XX) son hombres, y muchos que siendo machos (XY) son mujeres.

invoca un único derecho: el derecho a procrear; mientras que al futuro hijo se le atribuyen un sin fin de derechos que poseería aún antes de haber nacido. Tomemos tres o cuatro a modo de ejemplo: El derecho a tener “un padre y una madre biológicos-genéticos”⁷²; el “derecho a tener un genoma propio y no alterado por terceros”⁷³; el “derecho al libre desarrollo de la personalidad”⁷⁴, etc. Todos estos derechos se encierran en un único derecho fundamental: el derecho a la dignidad humana.

Resolver a través de la ponderación la multiplicidad de posibles conflictos entre hipotéticos derechos de esta clase es una labor difícil, en la que casi siempre el sustrato ideológico del que pondera es trascendental. Procuraré, sabiéndolo, reflexionar al respecto.

¿Existe un derecho individual a la procreación? y, en el caso de existir, ¿cuál es la técnica a emplear para que los hijos sean legítimos?

Parece ser que directamente reconocido no lo está en nuestra Constitución, aunque yo creo que podría derivarse indirectamente del derecho a la vida contemplado en el artículo 15; del derecho a contraer matrimonio (art. 32) y de la protección social económica y jurídica que el artículo 39 dispensa a la familia. Complementariamente, la ya citada Ley 35/1.988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, por su propio objetivo de luchar contra la “esterilidad humana”, reconoce implícitamente un Derecho Humano a la Procreación,⁷⁵ aunque su positivización jurídica explícita no se haya producido todavía como consecuencia de que, históricamente, la paternidad y la maternidad devenían impuestas más que elegidas, a causa del absoluto desconocimiento de los procesos reproductivos humanos.

⁷² Romeo Casabona, Carlos M.: “¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación”, Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 6/1.997, p. 34.

⁷³ Pastor García, L.M.: “Consideraciones bioéticas sobre la clonación humana y animal”, Revista Cuadernos de Bioética, nº 39-3ª, 1.999, p.452.

⁷⁴ Mora Mateo, José E.: “La clonación en mamíferos y en seres humanos: aproximación jurídica”, Revista Cuadernos de Bioética, nº 39-3ª, 1.999, p.502

⁷⁵ Y no solamente en el seno de una pareja instituida, pues admite la aplicación de estas técnicas a cualquier mujer (art.6.1). Su extensión al hombre únicamente será posible si la clonación se incluye como una más entre las TRA.

Si a ello añadimos que la autonomía individual dirigida hacia la autorrealización y el libre desarrollo de la personalidad es inherente al concepto de persona, resulta inevitable que para muchos ciudadanos –no para todos– la generación de un nuevo ser a quien amar y formar constituya un derecho inalienable de su condición humana.

En cuanto a la técnica legítima, hasta hace pocas décadas, solamente se aceptaba la tradicional relación sexual intergenérica; en los años 80 se admitió legalmente utilizar técnicas en principio proscritas por su frialdad y alejamiento de la supuesta naturaleza amorosa de los seres humanos, como la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Ahora, ante la perspectiva de una nueva técnica que permitirá ampliar mucho más el número de personas beneficiadas, resurgen los antiguos prejuicios que ya se emplearon para denostar a la IA y a la FIV, sin conseguirlo.

La dignidad es, también, una cualidad inseparable de la persona, pero en este caso se asocian dos conceptos jurídicos cuyos contenidos no están claros, particularmente cuando el sujeto de tales cualidades es un cigoto, un embrión o un feto.

Las posturas ético-filosóficas más distantes enfrentan a quienes consideran que el cigoto ya es una persona en potencia y que, por lo tanto, detenta todos los derechos que le son inherentes, con quienes defienden que ni el feto ya nacido es una persona porque la persona requiere para constituirse de otras muchas cualidades –como la conciencia de sí y de los demás; la capacidad de raciocinio, etc.– que no se adquieren hasta varios meses después del nacimiento. Por supuesto, sea lo que fuere la dignidad de la persona –aspecto difícilmente definible–, si el embrión no es considerado persona carecería totalmente de aquélla. Ahora bien, si nos referimos al ser humano clonado, consciente de sí y racional, no cabe duda de que sí es una persona y, en consecuencia, posee una dignidad que no se debe violar.

Tomando como referencia la afirmación de Von Münch de que “a todas luces es imposible determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad de la persona humana, mientras que manifiestamente sí es posible fijar cuándo se está vulnerando”⁷⁶, habrá que determinar sí, como muchos autores afirman⁷⁷, el simple hecho de traer un clon al mundo implica violar su dignidad como ser humano, como presupone el ya citado artículo II-63.2d de la futura Constitución Europea⁷⁸.

Por mi parte, yo opino, junto a otros especialistas⁷⁹, que el hecho de que un clon posea casi el 100% de su material genético idéntico al de su progenitor (no olvidemos que los demás humanos compartimos el 99,8% de ese material), no impide que en su posterior desarrollo biológico, cultural y social adquiera una individualidad propia y diferente de la de cualquier otro ser, porque “la individualidad y la identidad personal de un ser humano no se agotan en su dotación genética, sino que son el resultado de un desarrollo que se consume en interacción con el ambiente”⁸⁰. Por eso, su dignidad no puede verse afectada como consecuencia de este aspecto peculiar de su genoma, del mismo modo que los gemelos univitelinos no tienen en ningún caso mermada su dignidad, a pesar de ser genotípicamente idénticos. Del mismo modo, el libre desarrollo de su personalidad para nada se verá limitado porque exista otra persona con sus mismos genes ya que ni siquiera en los gemelos homocigóticos el hecho de haber compartido el mismo ambiente familiar, escolar y social hace que tengan, inevitablemente, personalidades semejantes o que emprendan proyectos de vida análogos, debido a que “la libertad no está en los genes. Ni en nada que se concrete materialmente”⁸¹.

⁷⁶ Von Münch, Ingo: “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 2, mayo-agosto de 1.982, p.19.

⁷⁷ Por ejemplo los citados Pastor García y Mora Mateo. O Bellver Capella en su libro *¿Clonación?...*

⁷⁸ Torno a citarlo en este lugar porque el artículo II-63.2d se halla inmerso en el Título I del denominado “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, intitulado “DIGNIDAD”.

⁷⁹ Cfr. Egozcue Cuixart, José: “Reproducción Asistida”, en Palacios, Marcelo: *Bioética 2000*, Nobel, Oviedo, 2.000, p. 276 y Romeo Casabona, Carlos M., ob. cit., p.30

⁸⁰ Eser, Albin (et. al.), ob. cit. p. 100.

⁸¹ Sádaba, Javier y Velázquez, José Luis, ob. cit., p. 73.

Otro argumento muy utilizado en contra de la clonación reproductiva hace referencia a la hipotética intangibilidad del genoma humano y a la necesidad del azar en la creación de un nuevo ser.

V. Bellver entiende que "es el azar el que mejor fija la dotación genética de cada sujeto"⁸² puesto que "la forma más conforme a la justicia de repartir las dotaciones genéticas es el respeto a la *lotería genética*"⁸³. Para comprobar el grado de aceptación que puede suscitar esta libre opinión habría que preguntar a las personas que padecen taras genéticas (graves y menos graves) si están de acuerdo con la lotería que les ha tocado, y, si ni tan siquiera haber pedido participar en ella. Idéntica cuestión podríamos plantear a quienes han heredado algún defecto físico invalidante o socialmente rechazado. Quizá, si hubiesen podido elegir habrían elegido no jugar o jugar sabiendo que nunca perderían... ¡para toda la vida!. La manipulación de los genes de la línea celular germinal, acompañada o no de clonación, podrá permitir jugar sin perder. Por supuesto, quien así lo desee, puede dejarlo todo en manos del azar, pero no debe obligarse a arriesgarse a quien no le guste el riesgo, sea éste mucho o poco. El Dr. Bellver debe comprender que la injusticia no reside en repartir los genes sin respetar la *lotería genética*, sino que "la injusticia será la de traer sufrimiento evitable al mundo"⁸⁴.

También es muy loable el razonamiento según el cual "una persona que haya tenido la mala suerte de tener un gen "malo" debería ser ayudada, en vez de discriminada"⁸⁵, pero la discriminación, a veces por motivos nimios, es difícil de evitar, aunque esté penalizada legalmente.

⁸² Bellver Capella, Vicente: "Consideraciones filosófico-jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana", en Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 10/1.999,p.56.

⁸³ Ibid. La cursiva es mía.

⁸⁴ Harris, John: *Supermán y la Mujer Maravillosa. Las dimensiones ética de la biotecnología humana*, Tecnos, Madrid, 1.998,p.129.

⁸⁵ Russo, Enzo y Cove, David: *Ingeniería Genética. Sueños y pesadillas*, Alianza, Madrid, 1.999,p.241.

El profesor Bellver continúa haciéndose preguntas que tienen una fuerte carga ética: "¿Hay alguien que pueda decir cuáles son las propiedades genéticas adecuadas para un ser humano? ¿Se puede decir, entonces, que hay dotaciones genéticas mejores que otras, y que las primeras son las que vale la pena reproducir?"⁸⁶. Sin duda, se trata de cuestiones trascendentales a las que no es fácil encontrar una respuesta adecuada. Pero la factibilidad de la clonación y la modificación genéticas nos sugieren otras no menos relevantes. ¿Es reprobable la acción de unos padres que pudiendo tener hijos totalmente sanos traigan al mundo hijos discapacitados?, ¿es reprobable que los padres deseen que sus hijos se parezcan lo más posible a ellos, tanto física como psicológicamente?, ¿es reprobable que los progenitores anhelan los descendientes más inteligentes, fuertes y bellos del mundo?, ¿es rechazable que los ciudadanos, viendo que los Gobiernos autorizan a las compañías de seguros a exigir a sus clientes una prueba genética previa que puede encarecer o impedir la contratación de una póliza, pretendan que sus descendientes estén libres de algún defecto genético del que son portadores?⁸⁷ Y, todavía iré más allá, ¿es reprobable que las personas utilicen la cirugía estética para estirarse la piel, eliminar la grasa abdominal, reducir la nariz o aumentar el tamaño de los pechos? O, lo que es lo mismo: ¿Es la estética una forma de eugenesia?

En este espacio no caben tantas respuestas. Yo invito a cada lector a que encuentre las suyas. Para tranquilizarles sirvan unas palabras de F. Böckle, "la valoración ética no puede depender de si se trata de algo que acontece espontáneamente en la naturaleza o, por el contrario, es inducido por el mismo hombre. La valoración no va a depender del método, sino del fin que se pretende y de sus consecuencias"⁸⁸.

⁸⁶ Bellver Capella, V., ob. cit., p. 50.

⁸⁷ No hace demasiado, el Gobierno británico ha concedido una autorización de este tipo que, aunque voluntaria, permitirá hacer seguimientos familiares de enfermedades o predisposición a enfermedades graves. Cfr. El País de 21 de marzo de 2.000, p. 36.

⁸⁸ Böckle, F.: "Gentechnologie und Verantwortung", en Flöhl (Hrsg.), *Genforschung. Fluch oder Segen?*, J. Schweitzer Verlag, München, 1.985; citado por Gafo, Javier, en *Fundamentación de la Bioética y manipulación genética*, UPCM, Madrid, 1.988, p. 228.

Otro intento para asegurar la intangibilidad del genoma humano ha sido, como si de un monumento se tratase, declararlo "patrimonio de la humanidad", aunque sólo sea "en sentido simbólico"⁸⁹; expresión poco acertada y que está provocando ya muchos quebraderos de cabeza a los intérpretes. Si la Bioética quiere alcanzar realmente el rango de un saber serio que respeta sus propios principios, el genoma –cuya individualidad se defiende por encima de todo– no puede ser nunca patrimonio de la humanidad en su conjunto, sino patrimonio del individuo que lo porta. El principio de autonomía, clave en el actuar bioético, no puede ser relegado a un simple enunciado sin contenido porque exige ser respetado; y dicho respeto consiste en reconocer la libertad de la voluntad individual para regirse por leyes propias que tengan vocación de universalidad.

Una postrera oposición hacia la clonación y la manipulación genéticas aparece recogida en el “Informe explicativo al Protocolo Adicional para la protección de los derechos humanos y la dignidad del hombre en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina sobre la prohibición de clonar seres humanos” del Consejo de Europa. En su punto tercero, dicho Informe (redactado en 1.998) dice: "...dado que la recombinación genética que se produce de modo natural *es probable* que origine más para el ser humano que una configuración genética predeterminada, es *en interés de todas las personas* el mantener la naturaleza esencialmente aleatoria de la composición de sus propios genes"⁹⁰. Esta afirmación puede ser cierta en el actual estado de los conocimientos que tenemos sobre el genoma humano; todavía muy escaso en lo que se refiere a las interdependencias funcionales que los genes tienen entre sí; pero si lo supiésemos todo, o casi todo, sería falsa porque las recombinaciones genéticas producto de la capacidad creativa del ser humano serían ilimitadas, mucho mayores que las que la naturaleza es capaz de originar, pues podría evitarse la repetición de secuencias y combinaciones de genes y nucleótidos.

⁸⁹ Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, UNESCO, 11 de noviembre de 1.997, artículo 1.

⁹⁰ Palacios, Marcelo (coord.): *Bioética 2000*, Nobel, Oviedo, 2.000, p. 442. La cursiva es mía.

Más que preocuparnos por imponer límites jurídicos a estas nuevas técnicas reproductivas, que a largo plazo se revelarán inútiles (los límites), deberíamos ocuparnos de superar los inevitables límites de hecho que surgirán como consecuencia de la escasez de los recursos necesarios para poner al alcance de toda la población mundial los beneficios que ofrecen.

Clonación manipulación genéticas no dejan de ser una lucha, tal vez en vano, contra el sufrimiento y la destrucción; un intento de alcanzar felicidad y la inmortalidad, como lo son las pulsiones sexuales, las intervenciones quirúrgicas o la erección de estatuas. Desde tiempos inmemoriales el hombre busca perpetuarse más allá de su muerte. Combatir esa fuerza es combatir un eros invencible en tanto esencia que nos hace humanos. El Derecho no podrá impedirlo.

B - EL DERECHO A DECIDIR LA PROPIA MUERTE

Asesinar: "Matar a alguien, cuando ello constituye un delito".⁹¹

Ejecutar: "Matar a alguien en cumplimiento de una sentencia".⁹²

Eutanasia: "La primera acepción de la palabra 'eutanasia' procede directamente de la etimología griega: *eu* (buena) *thanatos* (muerte), y es la única que se encuentra en el diccionario de Littré (1.881): 'Buena muerte, muerte dulce y sin sufrimiento'. La palabra se utiliza hoy con otra acepción, principalmente para designar el acto de provocar la muerte por compasión respecto a un enfermo incurable para poner fin a sus sufrimientos, o con respecto a

⁹¹ Moliner, Maria: *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 1.992.

⁹² *Ibid.*

un recién nacido gravemente malformado cuya calidad de vida estaría severamente comprometida".⁹³

Suicidio: "Acción de darse muerte para escapar de una situación juzgada insoportable".⁹⁴

La consecuencia común que aparece en las cuatro definiciones es la muerte de una persona. Únicamente varía quién se la produce.

Si la muerte fuese considerada un mal absoluto no cabría autorizarla ni siquiera "para tiempos de guerra". Como no es así puede pensarse que en determinadas ocasiones está justificado dar muerte a alguien.

En la historia de occidente sólo Dios y el Estado han estado y están legitimados para acabar con la vida de cualquiera que infrinja gravemente sus Leyes. Dios y el Estado otorgan la vida y nos conceden el derecho de conducirla a nuestro libre albedrío, siguiendo sus reglas de conducción. En situaciones extremas ellos pueden decidir que se acabó el trayecto. Nosotros ¿no?

Dolor (Dios) y Honor (Estado) obligan a mantenerse con vida aunque las condiciones de su "disfrute" sean insoportables. Dolor y Honor obligan a morir cuando está divinamente justificado o se ha perdido.

El argumento del carácter sagrado de la vida no es admisible mientras se siga venerando a los mártires y se continúen manteniendo cláusulas excepcionales y obsoletas para la ejecución de ciudadanos. De muestra sirva un botón.

El artículo número 15 de la vigente Constitución española asegura que "*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de*

⁹³ Hottois, Gilbert y Parizeau, Marie Hélène: *Les mots de la bioéthique*, De Boeck-Wermael, Bruxelles, 1.993.

⁹⁴ Ibid.

muerte, *salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*" (la cursiva es mía).

Como puede observarse, este precepto no reconoce el derecho a morir dignamente, sino la obligación de morir sin dignidad si así lo permiten las leyes penales militares. Aunque, en puridad, la Constitución no constitucionaliza la pena de muerte "para tiempo de guerra" sí reconoce al legislador ordinario u orgánico "un ámbito de discrecionalidad dentro del cual puede incluir o no la pena máxima"⁹⁵. Tal discrecionalidad fue utilizada para materializar la pena de muerte en la Ley Orgánica 13/1.985 de 9 de diciembre que aprobó el Código Penal Militar, el cual permitía aplicar la pena de muerte a los delitos de traición y espionaje militar en tiempo de guerra⁹⁶.

Por Ley Orgánica 11/1.995 de 27 de noviembre quedó abolida la pena de muerte del Código Penal Militar, "haciéndola desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico", según reza en su texto. Sin embargo, dada la constitucionalización del llamado derecho excepcional (estados de alarma, excepción y sitio –art. 55.1 CE–), cuya declaración implica la suspensión de derechos fundamentales, y del estado de guerra (art. 63.3 CE), cuya declaración posibilita la pena de muerte, es evidente que a pesar de la promulgación de la Ley Orgánica 11/1.995, dicha pena no ha sido expulsada realmente del ordenamiento jurídico español toda vez que la Norma Fundamental de dicho ordenamiento todavía la contempla, con lo cual no hay seguridad jurídica, ni de ningún otro tipo, de que la pena capital no vaya a ser reinstaurada en tiempo de guerra si así lo declarase una nueva ley aprobada por el Parlamento. A todo lo cual hay que añadir que la Constitución no define quiénes pueden ser los sujetos pasivos susceptibles de ser condenados a muerte en caso de guerra, porque como bien dice la profesora Yolanda Gómez, "la referencia a las leyes penales militares supone exclusivamente que será en ellas donde se regule la pena, pero no que ésta sólo pueda aplicarse a militares"⁹⁷,

⁹⁵ Gómez Sánchez, Yolanda: "La pena de muerte", en Revista de Derecho Político, n° 36, UNED, Madrid, 1.992.,p. 181

⁹⁶ Por otra parte, un tiempo lleno de traidores y espías.

⁹⁷ Gómez Sánchez, Yolanda: ob. cit., p. 191.

sin perjuicio, me permito agregar, de que en caso de guerra gran parte de la población puede ser militarizada.

En el otro extremo del abanico de la vida tenemos el artículo número 143 del actual Código Penal. Su punto 4 asegura que "El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo"⁹⁸. Se refiere, es evidente, este artículo, sin nombrarla, a la eutanasia activa.

Cada cual puede extraer sus propias conclusiones del tenor literal de ambos preceptos. La nuestra es que el Estado se arroga para sí la facultad de ejecutar a ciudadanos jóvenes, sanos y con ganas de vivir si es tiempo para ello, mientras que impide que otros ciudadanos, habiendo manifestado de forma "expresa, seria e inequívoca" sus deseos de morir para evitar el sufrimiento, puedan ser ayudados para que ese deseo se haga realidad.

En otros términos, "es también evidente hasta que punto la problemática sobre la eutanasia no reside en la calidad de la muerte de una persona, sino en juicios morales generales y en los prejuicios ideológicos correspondientes"⁹⁹.

El Derecho Humano a Decidir la Propia Muerte es un derecho que todos los seres humanos poseen antes, incluso, de cualquier reconocimiento jurídico-positivo.

Mi derecho a suicidarme cuando soy una persona "sana" o, mejor dicho, psíquica y físicamente autónoma, no precisa reconocimiento teológico ni estatal. Al no precisar ayuda alguna, ni divina, ni humana, únicamente depende de mi voluntad su realización plena. Aunque es cierto que su positivización multiplica la disponibilidad y accesibilidad a los métodos a emplear y, quizás, su eficacia; el hecho de su no estatus jurídico no impide

⁹⁸ El número 2 dice: "Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona"

El número 3 dice: "Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte".

⁹⁹ Broekman, Jan M., ob. cit., p. 184.

absolutamente su ejercicio. Por eso no será el suicidio objeto de nuestro estudio. Nuestro interés se centra en el Derecho a la Propia Muerte cuando uno mismo no puede dársela como consecuencia de una incapacidad física o psíquica manifiesta (tetraplejía, coma, demencia, etc.), lo que obliga a recibir "asistencia" exterior.

Trataré, entonces, de la eutanasia voluntaria, "que es la que se realiza a petición de la persona que padece la enfermedad"¹⁰⁰, y de la eutanasia no voluntaria, "que es la que se lleva a cabo con seres humanos en una situación mental que les incapacita para decidir sobre su vida o su muerte"¹⁰¹. Por supuesto, es esta última la que plantea mayores problemas éticos y jurídicos ya que no sólo precisa asistencia externa, sino que además se presta sin consentimiento expreso del paciente. Además, en ocasiones, en el supuesto de eutanasia voluntaria es la propia persona que exige morir quien se da la muerte. Basta con poner a su alcance el medio para hacerlo (fármaco, veneno, etc.); mientras que en la eutanasia no voluntaria la ayuda exterior es imprescindible a lo largo de todo el proceso.

Una aclaración se hace necesaria. Con la petición de reconocimiento legal de la eutanasia no se exige, verdaderamente, el derecho a una muerte digna, como generalmente se admite. Lo que en realidad se está defendiendo, en última instancia, es el derecho a una vida digna, cualidad que, acaso, ya no posee la vida de estas personas. Admito, con Broekman, que "la eutanasia muestra que el 'interés del paciente' (...) está por encima del 'interés en la preservación de la vida' "¹⁰², lo cual deriva el hecho hacia la vida digna, no a la muerte digna.

¿Qué entendemos o debemos entender por vida digna?

¹⁰⁰ Betancor, Juana: "Bioética y eutanasia", en Casado, María (ed.), *Materiales de Bioética y Derecho*, CEDECS, Barcelona, 1.996, p. 303.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Broekman, Jan M., ob. cit., p. 191.

Si consideramos las connotaciones jurídicas de la palabra dignidad, se puede asociar la vida digna al concepto médico de *calidad de vida* (CDV), pues sin dignidad no hay calidad de vida posible.

En medicina no hay acuerdo general sobre qué comprende la CDV, pero es mayoritariamente aceptado que está íntimamente asociada con la noción de salud que se defiende. Si aceptamos la definición de salud adoptada por la OMS, que la entiende como el completo bienestar físico, mental y social, muy pocas personas admitirían disfrutar de una buena CDV. No es usual ser tan exigentes, por lo que las tablas sobre calidad de vida recorren un amplio rango que va desde la ausencia de dolor físico y la correcta satisfacción de las necesidades básicas, hasta exigencias de estabilidad económica, autoestima y autorrealización. Es interesante señalar cómo en este contexto "un paciente en fase terminal aumenta progresivamente la modestia de sus aspiraciones a la CDV; a medida que su enfermedad avanza, la exigencia inicial de una vida activa deja paso a una existencia sin dolor y sin graves limitaciones y, sucesivamente, a la aceptación de un número cada vez mayor de renunciaciones, hasta el punto de considerar el simple hecho de vivir como el único o casi único tesoro por el cual se ofrecen o se abandonan todas las otras cosas"¹⁰³

No siempre ocurre así, sino no estaríamos hablando de Derecho a elegir la Propia Muerte. Y no ocurre así porque muchas personas no están dispuestas a sufrir tanto, y eso es lo que dificulta el establecimiento de un umbral objetivo de CDV, por debajo del cual sea preferible morir definitivamente. Para algunas personas ni el dolor físico más intenso ni el coma más profundo justifican el deseo de desaparecer como individuo; para otras, en cambio, la pérdida de cualquier miembro valioso o la confinación sin fin en una silla de ruedas constituyen motivos más que suficientes para anhelar la muerte. Incluso, sin necesidad de

¹⁰³ Vega, J. (et. al.): "Sentido de la muerte y atención al paciente terminal", en Revista Cuadernos de Bioética, nº 19-3ª, Compostela, 1.994, p. 156.

patología alguna, es factible que una persona en plenas facultades físicas y mentales juzgue que la vida es un proceso repetitivo y monótono del cual hay que escapar cuanto antes¹⁰⁴.

Opino, pues, que la actitud correcta es remitir a cada paciente, en virtud de su autonomía individual, la decisión sobre qué nivel de calidad de vida puede aceptar en función de sus características biológicas y de personalidad, que serán las que determinen su umbral de sufrimiento y resignación. Pero, aún admitiendo la supremacía de la voluntad –cosa no tan fácil dado el pluralismo ético de nuestras sociedades–, el dilema permanece sin resolver puesto que en la mayor parte de las ocasiones se desconoce cuál es o era la voluntad de la persona sobre cuya vida se está decidiendo.

Además, desde el punto de vista de la Bioética, la preponderancia de la libertad individual no es pacífica porque se plantea un conflicto entre dos de sus principios: el principio de beneficencia y el principio de autonomía; es decir, entre la obligación que tiene el personal médico y paramédico de hacer el bien a su paciente y la obligación de respetar sus decisiones íntimas.

La principal objeción al principio de beneficencia es que posee un marcado carácter paternalista puesto que "requiere, en un determinado individuo, la consecución por otras personas de sus intereses legítimos"¹⁰⁵. Tradicionalmente ha sido el médico quien fijaba los intereses de sus pacientes y quien establecía por qué medios habían de ser alcanzados. Él era, es, el que sabía lo que era bueno para sus enfermos, sin necesidad de pedirles ni tener en cuenta su opinión. En este sentido, en la relación médico-paciente, regía una jerarquía comparable a la que los padres imponen a sus hijos.

¹⁰⁴ “Ay, Ay, Ay, Ay... ¡Qué trabajo nos manda el Señor!, levantarse y volverse a acostar...”, reza la copla.

¹⁰⁵ Sánchez Jiménez, Enrique: *La eutanasia entre la Moral y el Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1.999, p. 136

Hoy las cosas están cambiando, con dificultades, en la medida en que se reconoce que vivimos en una sociedad pluralista, en la que los valores y los principios no son forzosamente coincidentes en todas las personas. Es también una sociedad en la que el grado de autonomía individual ha aumentado progresivamente en todos los estamentos que la componen (no sólo en los enfermos, sino también, por ejemplo, en las mujeres). Como consecuencia, la relación médico-paciente forzosamente ha de mutar.

Uno de los mecanismos para conseguirlo es a través del llamado *consentimiento informado* (CI). Consiste éste, sencillamente, en que, en última instancia, son las creencias y los valores del enfermo "... la principal consideración moral en la determinación de las responsabilidades ético-jurídicas del médico..."¹⁰⁶. Dichas creencias y valores cristalizan en un documento escrito en el que también se garantiza que el médico facilitó a su paciente la información necesaria para que pudiera decidir ser o no objeto de un acto médico, de sus posibles riesgos y alternativas.

En definitiva, lo que el consentimiento informado viene a convenir es que en lo referente a sus intereses, bienestar y calidad de vida el individuo es soberano. Es él el único que tiene derecho a autodeterminar su propia vida en función de sus creencias, principios y valores; limitándose las personas con autoridad profesional o emocional sobre él a facilitarle la información adecuada para que el proceso de toma de decisiones se elabore de acuerdo con la realidad de la situación.

Vemos que es ésta, la autodeterminación personal, otra faceta más del concepto de dignidad humana, pues como bien observa Carlos S. Nino, "el principio de dignidad de la persona, que prescribe que *los hombres deben de ser tratados según sus decisiones*,

¹⁰⁶ Ibid., p. 144.

intenciones o manifestaciones de consentimiento, parece ser tan básico que resulta casi vacío como directiva de moralidad social"¹⁰⁷.

Los problemas que la eutanasia plantea son diferentes según que la persona sea "competente" o "incompetente". Por competente se entiende aquel individuo consciente de sí y de lo que ocurre a su alrededor porque su capacidad racional e intelectual está conservada; mientras que incompetentes son aquellas personas que aún estando –no siendo– conscientes (también pueden no estarlo), son incapaces de atender y controlar por sí mismas sus necesidades y funciones vitales (vestirse, limpiarse, comer, defecar, etc.).

Aunque la persona sea competente, muchas veces no puede acabar con su vida sin ayuda externa. Puede ser un tetrapléjico, una amputado grave o un lesionado cerebral adscrito eternamente a una cama; todo ellos incapaces de acceder por sí solos a ninguna forma efectiva de suicidio. Necesitan de otros individuos para suicidarse. Es lo que se conoce con el nombre de *suicidio asistido*, penalizado, como se vio, por el Código Penal.

La incompetencia se expresa en grados, definidos por la amplitud de la destrucción del cerebro. El máximo grado supone la muerte cerebral completa, la cual convierte al individuo –ya *no persona*– en un organismo biológico incapaz de sobrevivir por sí mismo sin ayuda técnica especializada. Es la muerte clínica, aprovechable para la extracción de órganos susceptibles de ser trasplantados.

En un grado inferior, pero no menos grave, de destrucción de tejido neuronal se encuentra la lisis del córtex cerebral, en el que asientan los procesos volitivos, intelectuales y racionales. El enfermo mantiene las funciones subcorticales que posibilitan el mantenimiento de sus constantes vitales (temperatura, respiración y tensión arterial) más o menos estables, pero eso es todo. Es incapaz de comunicarse, de pensar y de sentir. Su autonomía es nula.

¹⁰⁷ Nino, Carlos S.: *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1.984, p. 173.

Estos dos casos conllevan la muerte de aquellas partes del cerebro que nos definen como personas: no hay posibilidad alguna de actividades más allá de las derivadas de la pura fisiología corporal. Podemos aseverar, con Engelhardt, que "si el cerebro está muerto, la persona está muerta"¹⁰⁸.

Un caso especial se presenta con las enfermedades degenerativas y progresivas del sistema nervioso central (SNC), como la enfermedad de Alzheimer, en la que el deterioro se va instalando paulatinamente, haciendo que la persona se convierta en lo que Dworkin denomina "*conscientes pero incompetentes*"¹⁰⁹. De todas formas, la consciencia se va perdiendo progresivamente y en los últimos estadios de la enfermedad el individuo pierde no sólo la orientación témporo-espacial, sino también la conciencia de su identidad.

En Oregón (EE UU), Holanda y Bélgica, la eutanasia activa ha sido legalizada aunque con muchos controles y siempre que el enfermo hubiese manifestado anteriormente su deseo de fallecer en el supuesto de verse sometido a circunstancias tan dolorosas. Este deseo puede recogerse en lo que se llama el *testamento vital*; es decir, un documento en el que lo suscribe especifica qué tipo de tratamientos médicos no quiere que se le apliquen si llega a encontrarse en una situación en la que no pueda decidir por sí mismo. También es posible otorgar un poder a otra persona para que decida por uno llegado el momento.

En el caso de no existir ninguno de estos documentos, la decisión de practicar la eutanasia, en los países que la admiten, se ve impedida porque se alega desconocimiento de la voluntad del enfermo; contrariamente a lo que ocurre en nuestro país con la extracción de órganos para trasplante y con la realización de autopsias, en las que la opinión de los

¹⁰⁸ Engelhard, H.T.: *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1.995, p. 267.

¹⁰⁹ Dworkin, Ronald: *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1.994, p. 247.

familiares es requerida y tenida en cuenta cuando el fallecido no dejó nada dicho o escrito al respecto.

La eutanasia pasiva (literalmente, dejar morir a una persona retirándole los medios mecánicos y el tratamiento que la hacen seguir viva) aunque no contemplada en el ordenamiento español, se realiza de manera relativamente habitual en los hospitales. Personalmente he conocido varios casos que me han convencido de la hipocresía que reina en torno a estas cuestiones.

Efectivamente, para llevar a cabo la eutanasia pasiva se hace necesario "desconectar" al paciente de todas las máquinas que lo mantienen con vida, de la cual la más importante es el respirador artificial. También se le retira la nutrición parenteral y la medicación intravenosa. El resultado es un enfermo moribundo, a veces durante varios días, cuyos estertores respiratorios nocturnos hacen reflexionar sobre una agonía inhumana que yo creo que nadie desearía para sí mismo. Pero podría ser. La opción ha de ser libre.

Mediante la eutanasia activa se actúa para provocar la muerte, en lugar de esperar a su presentación espontánea, lenta e inevitable. La falsa esperanza de "mientras exista alguna posibilidad, aunque sea remota..." no es más que un autoengaño, porque esa posibilidad, de hecho, no existe nunca. Pero es comprensible la actitud conservadora de algunas familias cuando el moribundo no dejó nada dicho. Claro que difícilmente se encuentra unanimidad respecto a lo que es mejor hacer. De ahí la importancia que adquieren los testamentos vitales que, aunque legalmente no se puedan seguir, sí ayudan para "convencer" a los médicos de que deben de hacer "algo".

He visto morir a varios enfermos de SIDA, excarcelados para tal acontecimiento. El SIDA es una enfermedad que en su última fase afecta gravemente al SNC. La agitación y descoordinación psicomotriz dejan paso al pauperismo cerebral y mental, acompañando al

físico anteriormente instalado. Cuando un conocido mío se supo seropositivo me pidió que, por favor, nunca le dejase llegar al extremo que llegan muchas personas afectadas que aparecen en televisión o son conocidas. Nada que ver con el postrero instante.

No se trata, ya, de una discusión de filosofía jurídica teórica. Es una cuestión de ética práctica.

Cuando alguien ha visto morir a cientos de personas, el peligro no reside en que se haga "insensible a la muerte", sino en que se vuelva "insensible a la vida". Quienes carecen de esta experiencia suelen ser más sensibles ante aquélla que ante ésta.

C – EL DERECHO A LA INTEGRIDAD Y LA DIGNIDAD DEL PROPIO CUERPO MUERTO

Cualquiera que lo haya visto podría llegar a idénticas conclusiones:

Una vez el cadáver desnudo sobre el frío mármol o aluminio, se procede a su descuartizamiento anatómico sistemático.

El fino bisturí es hendido en el abdomen para, desjuntando los grandes músculos rectos, dejar a la intemperie las entrañas del animal. Uno tras otro, todos los órganos son minuciosamente disecados, entre pausas de humo y comentarios obscenos.

Con unas enormes cizallas de acero se cercenan, una tras otra, las costillas y el esternón, siendo el tórax abierto como si de la puerta de un *saloon* se tratase.

Una incisión frontal, de oreja a oreja, permite acceder a la calota apartando hacia atrás y adelante el cuero cabelludo. La sierra, manual o eléctrica, poco a poco va haciendo su burdo trabajo. Cuando finaliza, la tapa del cráneo, como una uña, se desgaja para acceder

directamente al cerebro. Truncado por su base, es sumergido, cual despojo, en el fondo de un oscuro cubo lleno de formol.¹¹⁰

Los muertos no tienen derechos, admiten unánimemente los juristas. ¡No son personas!¹¹¹ (art. 32 C.c. “La personalidad civil se extingue con la muerte”). Quiere ello decir que el fallecido pierde su capacidad jurídica y con ella la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, todas las legislaciones tipifican como delito la profanación de cadáveres (art. 526 C.p. “El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare¹¹² los sepulcros o sepulturas, profanare¹¹³ un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses”).

La llamativa contradicción entre el cese de todos los derechos una vez se ha fallecido y la tutela legal a la integridad del cadáver se explica, entiendo yo, en referencia al concepto de dignidad del ser humano, que trasciende lo puramente jurídico para instalarse en la naturaleza

¹¹⁰ “El material para la autopsia se compone de:

- a) *Instrumentos para seccionar partes blandas y cartílagos:*
 - 1.- Cuchillos: grandes y pequeños, condrotomos, cerebrótomo, mielótomo, escalpelos, etc.
 - 2.- Tijeras: grandes y pequeñas, para bronquios, vasos y conductos, abotonados, especiales para corazón, intestinos, etc.
- b) *Instrumentos necesarios para la sección de huesos:* costótomo, legras, sierras (de arco, de lomo, de hilo, de cadena, eléctrica), escoplos (recto, en T, en bayoneta), martillos, pinzas de huesos, etc.
- c) *Instrumentos de presa:* pinzas de disección, de dientes de ratón, de forcipresión, clamps, o enteróstatos, erinas, etc.
- d) *Instrumentos de medición:* regla graduada, doble decímetro, compás de espesor, cono para la medición de orificios valvulares cardíacos, cucharones, copas graduadas, balanza.
- e) *Medios de sutura:* agujas, rectas y curvas, hilo.
- f) *Instrumentos accesorios:* navaja barbera, sonda acanalada, estilete, lente de aumento, zócalos de madera...”

Tomado de Gisbert Calabuig, J.A. y Verdú Pascual, F.A. “Autopsia médico-legal”, en Gisbert Calabuig, J.A., *Medicina legal y toxicología*, Masson, Barcelona, 1.998, p.221.

¹¹¹ “No son personas, en consecuencia, los no nacidos y los muertos, limitándose la atribución de la condición de persona al discurrir de los seres humanos por el mundo de los vivos”. Cfr. Voz Persona en la *Enciclopedia Jurídica Básica* de Alfredo Montoya Melgar (Dir.), Civitas, Madrid, 1.995.

¹¹² “Por violar debe entenderse en sentido objetivo abrir ilegítimamente un sepulcro o sepultura o acceder a él”. Tamarit Sumalla, José M^a, en Quintero, Gonzalo y Valle, José M.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1.996, p. 2.111.

¹¹³ “Por profanar cabe entender tratar un cadáver o sus cenizas sin el respeto debido, y puede concretarse en conductas que afecten a su integridad corporal, como *mutilaciones* o *sustracciones de órganos*, o que de cualquier modo impliquen una falta de respeto, como conductas sexuales (necrofilia) o sustracción de ropas u objetos de valor”, *ibid.* La cursiva es mía.

humana misma, de la que el cadáver participa; porque la muerte de una persona no sólo incumbe al Estado y a la Sociedad, sino que también debe ser considerada en su aspecto cultural e individual. Por eso, cuando acaece una muerte se produce una respuesta por parte del Estado como representante del interés general de la Sociedad, una respuesta cultural y otra individual, que pueden o no ser coincidentes con aquél interés, en absoluto ajeno a la ideología dominante¹¹⁴.

Los Estados tienen perfectamente reglada su actuación frente al deceso de uno de sus ciudadanos. Todas las mismas reglas. En el Estado español la Ley 29/1.980 de 21 de junio y el Real Decreto 2.330/1.982 de 18 de junio que la desarrolla, regulan la realización de las autopsias clínicas o anatómo-patológicas, que estudian el cadáver “para investigar la causa de la muerte, cómo los diversos órganos y tejidos se han alterado por el proceso morboso y cómo tales modificaciones anatómicas pueden haber provocado síntomas funcionales”¹¹⁵, en los siguientes términos:

R.D. 2.330/1.982, art. 5.2: “Los pacientes fallecidos en dichos hospitales que, por sí mismos o a través de su cónyuge o de sus familiares en primer grado, no hubiesen manifestado su oposición al procedimiento, podrán, cumpliendo los demás requisitos establecidos en esta Ley, ser sometidos a un estudio autopsico, que garantizará a los familiares la no desfiguración manifiesta del cadáver y la no comercialización de las vísceras. Se considerará que no existe dicha oposición cuando no conste en el libro de registro del hospital y tampoco se haya manifestado por el cónyuge o familiares en primer grado del difunto...”.

¹¹⁴ El concepto jurídico de interés general tampoco es unívoco a causa de su gran componente abstracto e ideológico. La crítica marxista siempre ha interpretado que “el interés general no es más que el interés privado dominante disfrazado u oculto bajo la veste pública”. Cfr. dicha voz en Montoya Melgar, Alfredo, ob. cit.

¹¹⁵ Gisbert Calabuig, J.A. y Verdú Pascual, F.A., ob. cit., p. 219.

5.3: “En los demás casos, es decir, fuera de dichos hospitales, o cuando el procedimiento suponga la desfiguración del cadáver, la autopsia clínica requerirá la constancia escrita de la autorización expresada por el interesado antes de su fallecimiento, o la conformidad del cónyuge o familiares en primer grado del difunto, o la orden formulada por la autoridad sanitaria cuando exista un interés relevante para la salud pública”.

Por su parte, las autopsias médico-legales o judiciales, en las cuales “se investigan lesiones o alteraciones anatomo-patológicas cuyo descubrimiento o comprobación van a servir para ayudar al esclarecimiento de la causa de la muerte en un caso jurídico”¹¹⁶, están reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 343: “En los sumarios a que se refiere el artículo 340 (sumarios “por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad”), aún cuando por la inspección exterior pueda presumirse la causa de la muerte, se procederá a la autopsia del cadáver por los Médicos forenses...”.

Hay, por lo tanto, en los supuestos de riesgo para la salud pública o de muerte sospechosa de un crimen, una *apropiación* por parte del Estado y de la Sociedad a la que éste representa, del cuerpo muerto de los ciudadanos fallecidos en esas circunstancias en beneficio del “interés general”¹¹⁷.

Ambas normas las consideramos injustas y contrarias a los Derechos Humanos, en concreto, al Derecho a la Integridad y la Dignidad del Propio Cuerpo Muerto, para nosotros un derecho básico¹¹⁸. Los motivos son varios.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Las comillas las pongo para subrayar la inevitable carga ideológica que, como hemos visto, acompaña a este concepto. Un ejemplo lo tenemos en la Inglaterra de los siglos XVIII y XIX. Durante el siglo XVIII los cadáveres destinados al estudio y la enseñanza de la anatomía eran exclusivamente los de los condenados a muerte ejecutados. La *Anatomy Act* del año 1.832 amplió el abastecimiento de cadáveres para satisfacer los intereses generales a los pobres que fallecían en las instituciones benéficas. Crf. Sánchez González, M.A.: *Historia, teoría y método de la medicina: Introducción al pensamiento médico*, Masson, Barcelona, 1.998, p.188.

¹¹⁸ Precisamente una idea central de la obra de R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1.978), es que ningún Gobierno, en nombre del interés general –cuantitativamente determinado– puede negar a sus ciudadanos un derecho considerado básico.

La humanidad del hombre no acaba con su vida. Y, aún muerto, su cuerpo está revestido de humanidad; por eso, “el cuerpo humano, mi cuerpo, no puede ser tratado ni manipulado como lo son las cosas”¹¹⁹. No porque creamos, aunque podríamos, que el cadáver mantiene “cierta forma de vida y de sensibilidad” como pensaban algunos médicos del siglo XVIII¹²⁰, sino porque tras la pérdida de la individualidad biológica y biográfica que la muerte conlleva¹²¹, la autopsia significa la pérdida absoluta de la individualidad, no de forma natural, sino a golpes de la autoridad, del escoplo. Cobra entonces sentido el calificativo de *matamuertos* que los patólogos forenses reciben del resto de la profesión médica. Si la primera muerte ya es dolorosa en sí, la segunda, no por estar muerto, resulta indolora.

Ya señalamos, sin desarrollarla, en las primeras páginas la teoría de las necesidades como una de las nuevas aportaciones al debate sobre la fundamentación de los Derechos Humanos. Podemos extenderla ahora al inevitable hecho de morir y al Derecho a la Integridad y la Dignidad del Propio Cuerpo Muerto, interpretado no como una necesidad vital del tipo que es el derecho a una vivienda digna (sin que, por ello, quepa menospreciar la dignidad de ataúdes, sepulcros y nichos), o el derecho a la educación, experimentados intersubjetivamente; sino como una *necesidad post-mortem* de origen intrasubjetivo, pero que comparte con aquéllas cierta irracionalidad ya que, por su naturaleza, “no tenemos por qué justificar nuestras necesidades con razones para decir que una necesidad existe”¹²².

¹¹⁹ Alonso del Campo, Urbano: “Significación de la corporidad: Fenomenología de la dimensión corpórea del hombre”, en Morales Hevia, María del Mar y Guirao Piñeyro, Miguel (eds.): *El universo del cuerpo humano*, Universidad de Granada, Granada, 1.991, p. 33.

¹²⁰ En *El hombre ante la muerte*, Taurus, Madrid, 1.999, Philippe Ariès expone con notable clarividencia la tesis que hasta el siglo XIX admitía la persistencia de un “residuo de vida” en el cadáver de los muertos. Cfr. el capítulo 8 “El cuerpo muerto”.

¹²¹ Para profundizar en el hecho de la muerte “como proceso biológico y como acto biográfico”, cfr. Arregui, Jorge V.: *El horror de morir*, Tibidabo, Barcelona, 1.992, pp. 86 ss.

¹²² Añón Roig, M^a José: “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”, en Ballesteros, Jesús: *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1.991, p. 103.

La significación jurídica actual de este derecho humano, sin ser nula –encuentra sostén legal en la llamada *personalidad pretérita*¹²³, es muy inferior a su significado antropológico que, en determinadas personas y culturas, se torna infinito. Así lo manifiesta María José Añón cuando apunta que “es posible establecer, por tanto, que una necesidad es una situación o estado siempre predicado de una persona y que tiene un carácter insoslayable para ella”¹²⁴, y también lo hace Miguel Ángel Sánchez al confirmar que “... lo cierto es que la disección de cadáveres humanos necesita vencer fuertes resistencias en todas las culturas”¹²⁵.

El respeto a la integridad del propio cuerpo muerto como derecho esencial puede también fundamentarse en razones estéticas.

Como es obvio, en las sociedades pluralistas la sensibilidad estética varía enormemente de unos individuos a otros, y sería absurdo tratar de homogeneizarla por ley.

No es fácil describir qué se entiende por estética ni delimitar su objeto de estudio. Muy simplícidamente, parece acertado equiparar estética y belleza. El problema reside en concretar qué es lo bello y qué cualidades posee.

En el *Hippias Mayor*, diálogo atribuido a Platón, se reconoce que “... la belleza, o bien es lo que resulta beneficioso o agradable a través de los sentidos del oído y la vista, o bien depende de esto”¹²⁶. También Plotino en su tratado *Sobre la belleza* admite que “la belleza se encuentra en las cosas vistas y oídas, y también en el buen carácter y la buena conducta”¹²⁷, idea sobre la que insistirá posteriormente Tomás de Aquino en su *Summa Theologica* cuando afirma que “la belleza es aquello que agrada a la vista”¹²⁸.

¹²³ La expresión *personalidad pretérita* remite “a la persistencia de la voluntad del sujeto de derecho una vez ya ha fallecido; esto es, después de la muerte física. De conformidad con ello, se dice que persiste la operancia de su voluntad pretérita, sobre todo la expresada en testamento, y el derecho a la buena fama y a la propia reputación, que pueden hacer efectivo los herederos y los más próximos parientes”. Se hace referencia a ella en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1.982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Cfr. Pellisé Prats, B. (Dir.): *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Barcelona, 1.989, p. 624.

¹²⁴ Añón Roig, M^a José, ob. cit., p. 103.

¹²⁵ Sánchez González, Miguel A., ob. cit., p. 183.

¹²⁶ La cita procede del libro *Estética. Historia y fundamentos*, Beardsley, Monroe C. Y Hospers, John, Cátedra, Madrid, 1.997, p. 22.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 35.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 39.

Plotino y Tomás de Aquino introdujeron, además, dos aportaciones clave para el tema que nos ocupa. El neoplatónico concibió la brillante idea de dissociar belleza y simetría – hasta entonces inseparables–, aunque el ejemplo que empleó para demostrarla plantea serias dudas: “un objeto puede perder parte de su belleza (como cuando una persona muere) sin perder simetría alguna”¹²⁹. Las dudas proceden del hecho de admitir de forma absoluta la asociación belleza-naturaleza viva. Se hace necesario avanzar un paso más en la original disociación plotiniana belleza-simetría y ampliarla a la unión belleza-naturaleza viva. Quiero con ello decir que lo vivo no es inexcusablemente, aunque generalmente lo sea, más bello, y por ello más estético, que lo muerto.

Por su parte, el neoaristotélico supo vincular belleza, conocimiento e integridad. En este sentido escribió “la percepción de la belleza es una especie de conocimiento”¹³⁰, e instituyó como primera condición de la belleza “la integridad o perfección: los objetos rotos o deteriorados o incompletos, son feos”¹³¹.

Aunque el cuerpo muerto, como hemos visto, a causa de su humanidad, no puede ser igualado a un objeto, y considerando, además, que no sólo las cosas son bellas sino también las personas (vivas o muertas), el conocimiento de la realización de la autopsia a un cadáver actúa orientando el sentido estético pero en dirección contraria a la que Aquino se refería; es decir, negando en lugar de afirmando su belleza; porque saber que un cuerpo humano ha sido sometido a semejante “procedimiento”¹³² implica saber que es un cuerpo profundamente deteriorado e incompleto.

La cuestión no es baladí como lo demuestra el que la propia ley 29/1.980 que regula la realización de autopsias clínicas manifieste en su artículo 3.2 que el estudio autóptico

¹²⁹ Ibid., p. 35.

¹³⁰ Ibid., p. 39.

¹³¹ Ibid., p. 40.

¹³² Este es el término que emplea la Ley 29/1.980 sobre autopsias clínicas y el Real Decreto 2.230/2.982 que la desarrolla.

“garantizará a los familiares la no desfiguración manifiesta del cadáver”, y los propios profesionales forenses reconocen que la técnica de la autopsia debe ser “... capaz de permitir la reconstrucción del cuerpo, de modo que pueda ser devuelto a sus deudos sin lesionar sus sentimientos”¹³³. Excepto si existe orden de la autoridad sanitaria o judicial, en cuyo caso aunque la necropsia suponga la “desfiguración manifiesta del cadáver”, aquélla ha de llevarse a cabo independientemente de la voluntad del fallecido o de sus familiares.

Por supuesto que la intención –limitada– de las autoridades de no deteriorar visiblemente el cuerpo muerto no responde únicamente al deseo de no herir la sensibilidad estética de los allegados de la persona fallecida, sino que también pretende evitarles el pensamiento en un *encarnizamiento forense* con su cadáver, como si una segunda muerte le hubiesen dado, lo cual nos remite a la ya enunciada creencia dieciochesca sobre la sensibilidad del cadáver que, como indica Philippe Ariès, tenía un gran apoyo popular ya que el pueblo “ha sentido repugnancia durante mucho tiempo a admitir que la pérdida del alma privaba al cuerpo de toda vida”¹³⁴. Continuemos.

La Ley 30/1.979 de 27 de octubre sobre Extracción y Trasplante de Órganos establece en nuestro ordenamiento, al igual que lo hace la ley que regula las autopsias clínicas, la suficiencia del consentimiento tácito de la persona antes de fallecer para que sus órganos puedan ser utilizados para trasplante, entendiéndose que aquél existe cuando no conste la expresa oposición del paciente en el libro de registro del hospital¹³⁵, circunstancia que hace innecesaria la autorización de los familiares, aunque ésta en la práctica siempre se solicite.

Como ya sabemos, si las autoridades sanitarias o judiciales lo ordenan, la autopsia ha de llevarse a cabo aunque el ciudadano hubiese manifestado explícitamente su voluntad en contra, circunstancia que no es posible en el caso de trasplante de órganos ya que si la persona

¹³³ Gisbert Calabuig, J.A. y Verdú Pascual, F.A., ob. cit. p. 222.

¹³⁴ Ariès, Philippe, ob. cit., p. 296.

¹³⁵ El artículo 5.2 de la citada ley dice así: "La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición".

interesada manifestó su negativa, cualquiera que fuera la forma en que lo haya hecho, no hay autoridad que pueda ignorarla legalmente. La cuestión que se nos plantea parece evidente: ¿Por qué no se obliga a todos los ciudadanos, cuando fallezcan, a "donar" sus órganos para trasplante en nombre del interés general? ¿No es de interés general, por ejemplo, ahorrar cientos o miles de millones en tratamientos médicos que se harían innecesarios si los enfermos recibiesen un trasplante en lugar de permitir que los muertos sean enterrados o cremados con sus valiosos órganos? ¿No es de interés general que muchos ciudadanos, improductivos a causa de su enfermedad, puedan incorporarse al mundo laboral?

Parece pertinente recurrir a los principios bioéticos para tratar de resolver el dilema que he planteado. Los principios en conflicto serían el de beneficencia y el de no-maleficencia, mediando –como es habitual– entre ellos el principio de autonomía a través de la voluntad de los sujetos afectados¹³⁶.

Si primase el principio de beneficencia, el individuo habría de consentir sin excepción, tanto la autopsia como la donación de órganos.

Podría, no obstante, primar el principio de no-maleficencia porque el hecho de no ceder los órganos para trasplante no produce ningún mal, aunque sí deje de hacer un bien. Y lo mismo ocurre si no se consiente en sufrir una autopsia, aún en los supuestos que legalmente obligan a ello. Por dos motivos:

Porque este procedimiento se aplica para descubrir la causa de una muerte sospechosa, y muchas veces la sospecha se demuestra equivocada, con lo cual se habrá producido un mal sin haber obtenido ningún bien como compensación.

¹³⁶ Recordemos que habíamos admitido que no existe una jerarquía inamovible entre principios y que, en el supuesto de haberla, el principio de autonomía tendría que estar entre los de mayor rango.

Porque, aún habiéndose confirmado la sospecha, ello no implica que de los datos obtenidos se derive ineludiblemente la consecución de un bien¹³⁷.

Lo más "racional" semeja ser que en todos estos supuestos predomine el principio de beneficencia sobre el de no-maleficencia y, sin embargo, ni la propia autoridad heterónoma se ha atrevido a imponerlo en lo que a donación de órganos se refiere. Esto quiere decir que hay aspectos de la conducta humana que se escapan al análisis racional-legal, probablemente inducidos por creencias y actitudes culturales e individuales que deben de ser respetadas aunque, si son consideradas justas, no coincidan con el hipotético "interés general".

Hay autores que no piensan del mismo modo.

John Harris aboga por la propiedad pública de los cadáveres porque "... el sentimiento de que los órganos propios o de los seres amados no deberían utilizarse, o que nuestros cuerpos no deberían ser profanados después de la muerte no es necesariamente un sentimiento moral"¹³⁸, y aunque así lo fuese habría de ser ponderado con "las poderosas razones morales para usar productos corporales en contravención de esos sentimientos"¹³⁹. La solución radical de estos conflictos consistiría en "determinar que los cadáveres, como la costa, pertenecen al Estado"¹⁴⁰ porque, después de todo, "los muertos (...) son ex personas, literalmente ya no son"¹⁴¹.

No estoy de acuerdo con estas apreciaciones.

En primer lugar, porque fijar la muerte como límite para los derechos morales y la dignidad del hombre me parece totalmente arbitrario y porque, además, "el cuerpo no es

¹³⁷ Falta por realizar una estadística rigurosa sobre el número de autopsias por muerte sospechosa realizadas anualmente y comprobar en qué proporción se verificó la sospecha, y también en qué medida el resultado obtenido contribuyó a evitar algún mal a otros individuos. Sin olvidar que las acciones realizadas exclusivamente desde la óptica del utilitarismo plantean numerosos dilemas éticos de no fácil solución.

¹³⁸ Harris, John, ob. cit. p. 143.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid., p. 144.

¹⁴¹ Ibid., p. 141.

únicamente un objeto jurídico"¹⁴². No sólo eso. Aunque sea cierto que los muertos sean ex personas jurídicamente hablando, no es menos cierto –y eso los diferencia extremadamente del embrión y del feto– que lo han sido:

Probablemente tenían una familia, amigos y demás seres queridos.

Probablemente hayan dejado alguna obra que recuerde su paso por la vida.

Quizás hayan expresado su última voluntad en un testamento escrito...; esto es, están inmersos en unas circunstancias que en cierta medida les hace partícipes del mundo de los vivos. Todo lo cual les otorga un estatus del que aquéllos –el embrión y el feto– carecen en absoluto. A modo de símil: no es lo mismo ser ex marido de Sofía Loren que no haberlo sido nunca; tampoco es lo mismo ser ex presidente del Tribunal Constitucional que no haberlo sido. Del mismo modo, no es lo mismo haber sido persona que no haberlo sido nunca. Los vietnamitas lo expresan con un proverbio: "La aves tienen sus nidos, nosotros tenemos a nuestros antepasados".

En segundo lugar, si admitimos la operatividad del imperativo categórico kantiano, y actuamos siguiendo una norma de la que pretendemos su universalización, es perfectamente legítimo negarse en todos los casos a ser sometido obligatoriamente a una autopsia o a un procedimiento de extracción y donación de órganos.

Siguiendo el razonamiento de Adela Cortina,¹⁴³ si yo, desde la "doble perspectiva" de mis creencias y mi cultura, considero que mis intereses –los arriba señalados– son generalizables, mi opción es moralmente correcta. Y no veo la forma de demostrarme que el interés universalizable, y por ello éticamente aceptable, tenga que ser el contrario.

Para no suscitar malas interpretaciones traigo a colación las palabras de Carlos S. Nino: "Nuestra dignidad como personas se ve menoscabada no sólo cuando nuestras decisiones son

¹⁴² Broekman, Jan M., ob. cit., p. 53.

¹⁴³ Cortina, Adela: *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1.993, p. 235.

asimilables a, por ejemplo, enfermedades, sino también cuando lo mismo ocurre con nuestras creencias y las opiniones que expresan".¹⁴⁴

Un tercer motivo para contraargumentar la posición de Harris, complementario del anterior, me lo proporciona Diego Gracia. En su obra *Fundamentos de Bioética* reconoce que "la vida no ha sido nunca ni puede ser hoy considerada desde el punto de vista ético como el valor máximo"¹⁴⁵. Efectivamente, hay personas que pierden la vida por las más variopintas creencias: fe religiosa; convicción ideológica; salvar a la patria; amor de madre, hijo o marido..., y todas ellas son socialmente valoradas (santo, mártir, héroe, hombre de verdad...). Como bien remarca Gracia, "hay valores que están por encima del mero valor vital, y por los que es ético (y legal añadido yo) arriesgar la vida y hasta perderla".¹⁴⁶

Lo que más nos llama la atención es que el autor se refiere ¡a la propia vida!. Entonces es lícito preguntarnos : Si la propia vida carece de valor máximo ¿acaso lo poseen las vidas ajenas? o, lo que es igual, si una creencia puede llevarme a perder la vida propia, ¿es admisible que otra creencia me haga desentenderme de la vida ajena?

Dejo al libre arbitrio del lector declarar la universalidad de una norma que establezca, inequívocamente, la diferencia entre el héroe y el idiota. A mí, como tantas otras cosas, se me escapa.

Pero quizás el argumento más sólido, desde la perspectiva jurídica, para defender la existencia de un Derecho Humano a la Integridad y la Dignidad del Propio Cuerpo Muerto

¹⁴⁴ Nino, Carlos S.: *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1.984, p. 174.

¹⁴⁵ Gracia, Diego: *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1.989, p. 577.

¹⁴⁶ Ibid.

resida, precisamente, en el concepto de dignidad humana¹⁴⁷, tantas veces utilizado y nunca plenamente explicitado.¹⁴⁸

A efectos de defender mi postura en el tema que nos ocupa debo, en primer lugar, otorgarle al concepto de dignidad la acepción de algo "que hace que seamos 'sujetos' y no 'objetos' "¹⁴⁹ porque el cadáver de una persona, como ya repetí varias veces, no puede ser nunca tratado como cualquier objeto inanimado dado el remanente biográfico que porta y que le hace acreedor, todavía, del calificativo humano. Coincido, pues, con Von Münch cuando interpreta que "ni siquiera la persona doblegada, degradada, torturada, pierde su dignidad. La dignidad de la persona no puede quitarse ni aniquilarse,"¹⁵⁰, interpretación que yo hago extensiva a la persona ya fallecida en la medida en que conserva una parte de su naturaleza humana.

Ese carácter digno del cuerpo muerto impide que pueda ser legítimamente empleado, por muy irracional que parezca, como medio para beneficiar a otros si no hay consentimiento explícito previo. Interpretar la falta de oposición manifiesta como autorización o violar esa dignidad escudándose en la defensa del interés general, no deja de ser un abuso de poder propio más de Estados autoritarios que democráticos. La caracterización que algunos autores hacen de la dignidad humana como principio general del Derecho, constitucionalizado por vía

¹⁴⁷ Distingo deliberadamente entre dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y dignidad humana. La primera acepción la empleo para referirme a las personas físicas dotadas de conciencia de sí y de los demás, sensibilidad y capacidad de raciocinio, cualidades que le confieren determinados derechos ético-legales (los Derechos Humanos). La segunda acepción es aplicable a los seres humanos que no obstante no tener o haber perdido algunas o todas aquéllas facultades, mantienen apariencia humana, la cual les confiere la titularidad de algunos derechos que podríamos llamar, sin que por ello decaiga la obligación de respetarlos, "residuales". La dignidad es uno de ellos.

¹⁴⁸ Ya dije, con Von Münch, que si bien no se puede establecer en qué consiste la dignidad de la persona, sí se puede conocer cuando se está vulnerando. Véase la nota 76.

¹⁴⁹ Muguerza, Javier: "La alternativa al disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)", en Muguerza, Javier (et. al.): *El fundamento de los derechos humanos*", Debate, Madrid, 1.989, p.49.

¹⁵⁰ Von Münch, Ingo, ob. cit. p. 23.

del artículo 10.1, conlleva que, en base a su eficacia invalidatoria, "la norma que se oponga a la dignidad deberá ser considerada nula"¹⁵¹.

Otro importante elemento de la dignidad de las personas muertas reside en lo que he venido llamando *personalidad pretérita*, figura legal que, como se ha dicho, reconoce la fuerza jurídica de la voluntad de las personas fallecidas manifestada antes de su óbito. Dicha voluntad, expresada mediante testamento, puede incluir decisiones adoptadas en función de determinadas creencias que una sociedad justa debiera respetar pues no corresponde al Derecho sentenciar si una creencia es o no verdadera. Como bien observa Nino, es muy importante para la vida social "tomar en serio lo que los individuos creen y opinan".¹⁵²

Imaginemos que existe una persona que tiene la firme creencia en otra vida después de la muerte y que para disfrutarla con plenitud su cuerpo ha de ser enterrado íntegro. ¿Habrá alguien que se considere capacitado para desacreditar fehacientemente dicha creencia? ¿Aquella es, acaso, una convicción menos válida que la creencia en la "voluntad popular", "la justicia revolucionaria" o "la indisoluble unidad de la patria"? ¿La idea es tan absurda que no merece ser tomada en cuenta si la sociedad establece un *imperativo solidario* jerárquicamente superior?

No me gustaría que se interpretasen estas palabras como un alegato en contra de la cooperación interindividual y social. Únicamente apunto que la solidaridad es un concepto exclusivamente ético, no jurídico y mucho menos político (política y ética son incompatibles desde mucho tiempo antes de Maquiavelo), por eso nunca podrá ser asumida por los ciudadanos como una obligación heterónoma (impuesta coactivamente por la autoridad),

¹⁵¹ Ruíz Miguel, Carlos "El significado jurídico del principio de la dignidad de la persona en el ordenamiento español", en XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público (Tomo II), Edeval, Valparaíso, 1.995, p. 115.

¹⁵² Nino, Carlos S., ob. cit., p. 173.

sino que como imperativo ético categórico (individual o colectivo) que es, su origen ha de ser necesariamente autónomo (o, al menos, aparentar que lo es); es decir, precisa de la asunción de su mandato como un deber de conciencia libremente admitido. Y solamente a través del proceso de socialización puede imbuirse en las personas la *creencia* de que la solidaridad es buena en sí, de tal manera que la lleguen a aceptar como un deber originado autónomamente en su conciencia y no la perciban como una obligación heterónoma. Pero si los mecanismos de socialización han fracasado en su intento "solidarizador", no nos parece moralmente admisible, en ningún caso, la utilización de la fuerza o de la amenaza de la fuerza para imponer coactivamente el "deber de solidaridad", porque entendemos que la libertad individual es el bien jurídico superior de una comunidad política verdaderamente democrática.

En España la evidencia empírica demuestra la veracidad de estas afirmaciones. En efecto, aunque la Ley de Extracción y Trasplante de Órganos interpreta que hay donación tácita si no se ha manifestado opinión contraria, lo cierto es que este consentimiento presunto no se aplica en la práctica y, sin embargo, poseemos una de las tasas más altas del mundo de donantes de órganos. Esto es, sin coaccionar y sin violentar las convicciones íntimas de los ciudadanos, también es posible satisfacer el interés público. Por lo tanto, no parece una petición exagerada, en función de los razonamientos aducidos, el reconocimiento de la integridad y la dignidad del propio cuerpo muerto como un derecho fundamental constitucionalmente garantizado.

Si J. S. Mill dejó escrito que "sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano"¹⁵³. Yo he de añadir: Vivir aceptando la inevitabilidad de la autopsia es uno de los mayores actos de sumisión individual.

¹⁵³ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1.990, p.66.

IV) LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN DE 1.978

Hasta aquí he estudiado tres Derechos Humanos que, como tales, entiendo son descubrimientos insertos en la naturaleza del hombre y para cuya fundamentación he hecho referencia a exigencias de justicia, apoyadas tanto en valoraciones ético-morales como en necesidades extrapolables a todos los ciudadanos.

Ahora tenemos que preguntarnos ¿Existe la posibilidad de un “anclaje” constitucional de el Derecho a Ser Clonado, el Derecho a Decidir la Propia Muerte y el Derecho a la Integridad y la Dignidad del Propio Cuerpo Muerto? Respondamos a esta pregunta.

Antes es preciso señalar que estos derechos no poseen un contenido esencial porque en su totalidad son esenciales. Quiero decir que no es posible poner un límite, por ejemplo, al Derecho a ser Clonado porque si ese derecho existe y es reconocido como tal, nadie puede ser clonado un poco. Ahora bien, ello no es óbice para que, pongamos por caso, sí se limite el número de clones de una misma persona, pero teniendo presente que este límite estaría orientado más bien a controlar al Estado y a las organizaciones “estataloides” que a los particulares, pues parece altamente improbable que estos deseen para sí un ejército de clones. Por analogía, podemos aplicar el mismo razonamiento a los demás Derechos Biológicos anteriormente analizados.

Tomaré como guía el trabajo de Javier de Lucas y de Ernesto Vidal titulado “El catálogo de derechos de la Constitución española: ¿Una lista cerrada?”¹⁵⁴. En este artículo, los autores, siguiendo a Raz, distinguen entre *derechos-núcleo* y *derechos derivados*¹⁵⁵,

¹⁵⁴ Publicado en el Volumen I de las *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.988.

¹⁵⁵ Los *derechos-núcleo* se identifican con los derechos contemplados en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero (arts. 14-29), más el artículo 14 y el artículo 30 en lo que se refiere al derecho de objeción de conciencia; todos ellos susceptibles de ser protegidos mediante la presentación de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Por su parte, los *derechos derivados* serían aquellos que se pudieran deducir lógicamente de los *derechos núcleo*. Cfr. Lucas, Javier de y Vidal, Ernesto, ob cit., p. 633.

distinción que me sirve para justificar la transformación de los Derechos Humanos que vengo propugnando, en Derechos Fundamentales constitucionales.

En efecto, el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) es el derecho-núcleo en el que es posible fundamentar el Derecho a Ser Clonado, porque entiendo este derecho no sólo como un derecho a que el Estado y los demás miembros de la sociedad respeten nuestra vida, sino también como un derecho a dar y transmitir la vida; esto es, como un derecho individual a la procreación y a la transmisión de los genes propios que, como ya analicé en su momento, aparecería, además, indirectamente reconocido en los artículos 32 y 39 de la Constitución, referidos al derecho al matrimonio y a la protección económica y social de la familia, así como en la Ley 35/1.988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, entre las que la clonación sería una más.

En el mismo artículo 15 encontramos también el derecho-núcleo que legitima el Derecho a la Integridad y la Dignidad del Propio Cuerpo Muerto; concretamente en el párrafo que declara el derecho “a la integridad física y moral”. No insistiré aquí en lo ya visto cuando profundicé en el contenido de aquél derecho. Únicamente recordar que el cadáver de una persona conserva intacta parte de su naturaleza y dignidad humanas, lo cual obliga a respetar las decisiones que aquélla hubiera adoptado en vida –como se hace en los supuestos de extracción de órganos para trasplante–, y no cabe alegar por ello un abuso de derecho contrario al “interés general” pues, en realidad, no es sino una injerencia inadmisibles del poder del Estado en la esfera privada de los ciudadanos. Si así no fuese considerado, excúseseme la reiteración, también debería alegarse el interés general para obligarnos a todos a ser donantes de órganos, en principio, una vez muertos, pero ¿por qué no de vivos para aquellos órganos dobles (como por ejemplo, los riñones)?

La inevitabilidad de sufrir una autopsia en los casos en los que la ley la impone, en contra de la voluntad expresa de las personas, es no sólo un acto que viola su integridad física, sino, además, su plenitud moral, en la medida en que no se respetan sus creencias por el mero hecho de estar muerta, apropiándose la colectividad de lo que quizás considera más valioso: su cadáver. Constituye, asimismo, un ataque a su dignidad humana, inseparable del derecho a la integridad física y moral¹⁵⁶.

Respecto al Derecho a Decidir la Propia Muerte, el bien jurídico a proteger no es la vida, sino la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Esa dignidad es un valor jurídico no susceptible de ser completado nunca. Incluye numerosos derechos pero se halla íntimamente ligada al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de ideas y creencias¹⁵⁷ (art. 16 CE) y se expresa especialmente “en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”¹⁵⁸.

En consecuencia, es defendible el Derecho a Decidir la Propia Muerte tomando como referencia el valor superior libertad (art. 1.1 CE)¹⁵⁹ en relación directa con el principio de dignidad de la persona que también impregna todo el texto constitucional, pues en esa interrelación ambos se llenan mutuamente de contenidos que dotan de sentido el derecho de autodeterminación individual, en base al que cada uno de nosotros puede disponer libremente de su vida.

¹⁵⁶ Cfr. STC nº 53/1.985, fundamento jurídico 8º.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Aunque la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español aparece recogido en el Título Preliminar, su desarrollo concreto se realiza a lo largo de la Sección Segunda del Capítulo II:

art. 16: Libertad ideológica, religiosa y de culto.

art. 17: Libertad física.

art. 19: Libertad para residir y viajar por todo el territorio nacional.

art. 20: Libertad de expresión, de creación y de cátedra.

art. 22: Libertad de asociación.

etc.

El Derecho, y con él la Constitución, si pretende mantener su legitimidad ha de demostrar “... su eficacia como instrumento apto para ser utilizado al servicio de un nuevo orden de valores”¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ara Pinilla, I.: ob. cit., p. 102.

V) CONCLUSIÓN

La mayor dificultad para llegar a admitir la universalidad de cualquier derecho humano que se plantee reside en que siendo la razón una sola para todos los hombres, los resultados de su actividad pueden ser plurales o, incluso, opuestos. A modo de ejemplo podríamos considerar el dilema de la existencia / inexistencia de Dios. La razón o acto de pensar según un procedimiento “lógico” (Ferrater), puede derivarnos a dos conclusiones, ambas correctas y contradictorias:

Podemos argüir que, dada la infinita complejidad del universo micro y macroscópico, necesariamente ha de ser obra de un ser superior.

Opuestamente, dada la infinita complejidad del universo macro y microscópico, necesariamente no puede haber un ser suficiente y perfecto capaz de haberlo creado.

Similar procedimiento nos llevaría al dilema del origen natural o positivo de los Derechos Humanos y de los Derechos Fundamentales.

La solución es la opción.

Yo ya he optado.

Los Derechos Humanos son descubrimientos naturales, del mismo modo que el descubrimiento del átomo o de los genes son descubrimientos humanos. Por supuesto que hay convenciones. Los símbolos químicos, la orientación espacial de átomos o moléculas o las cargas negativa y positiva, entre muchísimas otras cosas, explican la realidad de los fenómenos naturales gracias a la creatividad del ingenio humano, una vez que han sido universalmente aceptados. No hacerlo significaría tener que volver a empezar. Creando nuevas convenciones.

La vida, la libertad, la igualdad, o la dignidad de las personas ya estaban ahí, con nosotros. Transformarlas en derechos es una convención que para nada predetermina su

existencia. Por eso, de igual manera que un Derecho Fundamental positivo se viole no significa que no exista, la no positivización de un Derecho Humano no conlleva su inexistencia. Nuestra labor es descubrirlos.

Desde el punto de vista de la practicabilidad de los Derechos Humanos, en este trabajo he denostado en varias ocasiones la natural tendencia absolutista del poder del Estado. Nada extraño. Sabido es que históricamente el surgimiento de las primeras Declaraciones de Derechos y su posterior constitucionalización, tanto en América como en Europa, pretendían precisamente poner límites a la acción del poder estatal. También puse en evidencia que aún en las más modernas constituciones, como la española, el poder político se reserva un amplio ámbito de discrecionalidad cuya realización práctica en nombre, usualmente, del interés general, pone de manifiesto la fragilidad del ejercicio de los derechos individuales de los ciudadanos y las dificultades existentes para poder continuar avanzando en su ampliación.

Quienes consideren los Nuevos Derechos Humanos en los que se centra este estudio irrealizables por no ajustarse a los requerimientos de una ética de mínimos; es decir, a unos valores morales universalizables, están, en mi opinión, equivocados. El Derecho a Ser Clonado, el Derecho a Decidir la Propia Muerte y el Derecho a la Integridad y la Dignidad del Propio Cuerpo Muerto cumplen con los requisitos necesarios para pretender su universalización, porque no hay interés más universal que el que tiene cada persona en poseer un derecho a la autodeterminación individual que sólo encuentra significado si se le reconoce a todos los seres humanos en igual medida. Nadie puede sentirse libre si sus iguales no lo son.

Quizás, “para muchos las ideas serán demasiado chocantes para tomarlas en serio. Sin embargo, al final se producirá el cambio”¹⁶¹. Si así fuese, podremos sentirnos satisfechos de nuestra obra. A nadie deberemos nada. Ni...

¹⁶¹ Singer, Peter: *Repensar la vida y la muerte...*, ob. cit., Paidós, Barcelona, 1.997, p. 187.

A DIOS

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

I) LIBROS

Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1.997.

Ara Pinilla, Ignacio: *Las transformaciones de los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1.990.

Ariès, Philippe: *El hombre ante la muerte*, Taurus, Madrid, 1.999 (t.o.e.f.: *L'homme devant la mort*, Éditions Seuil, Paris, 1.977).

Arregui, Jorge V.: *El horror de morir*, Tibidabo, Barcelona, 1.992.

Ayala, Francisco J.: *Origen y evolución del hombre*, Alianza, Madrid, 1.980.

Ballesteros, Jesús (ed.): *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1.992.

Baron, Charles H.: *Droit Constitutionnel et bioethique, l'expérience americaine*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix en Provence, 1.997.

Beardsley, Monroe C. y **Hospers**, John: *Estética. Historia y fundamentos*, Cátedra, Madrid, 1.997.

Bellver Capella, Vicente: *¿Clonar? Ética y Derecho ante la clonación humana*, Comares, Granada, 2.000.

Bentham, Jeremy: *Falacias Políticas*, CEC, Madrid, 1.990.

Bobbio, Norberto:

El tiempo de los derechos, Sistema, Madrid, 1.991.

El problema del positivismo jurídico (3ª edic.), Fontamar, México, 1.994.

Boladeras, Margarita: *Bioética*, Síntesis, Madrid, 1.999.

Bonte, Pierre (et. al.): *Diccionario Akal de Etnología y Antropología*, Akal, Madrid, 1.996.

- Broekman**, Jan M.: *Bioética con rasgos jurídicos*, Dilex, Madrid, 1.998.
- Casado**, María (ed.): *Materiales de Bioética y Derecho*, CEDECS, Barcelona, 1.996.
- Casado**, María y **González-Duarte**, Roser (eds.): *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, Edición de la U.B., Barcelona, 1.999.
- Charlesworth**, Max: *La Bioética en una sociedad liberal*, Cambridge University Press, 1.996 (t.o.e.i.: *Bioethics in a Liberal Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 1.993).
- Comité de expertos sobre Bioética y Clonación**: *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, Doce Calles, Aranjuez, 1.999.
- Cortina**, Adela: *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1.993.
- Cortina**, Adela y **Martínez**, Emilio: *Ética*, Akal, Madrid, 1.996.
- Dworkin**, Ronald:
- Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1.995 (t.o.e.i.: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1.978).
- El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1.994 (t.o.e.i.: *Life's Dominion*, 1.993).
- Engelhardt**, H. T. : *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1.995.
- Feito Grande**, Lydia (ed.): *Estudios de Bioética*, Dykinson, Madrid, 1.998.
- Fernández**, Eusebio: *Teoría de la justicia y derechos humanos* (1ª ed., 2ª reimp.) Debate, Madrid, 1.991.
- Finnis**, J.: *Natural Law and Natural Rights*, The Clarendon Press, Oxford, 1.980.
- Fracapani de Cuitiño**, Marta (et. al.): *Bioética. Sus instituciones*, Lumen, Buenos Aires, 1.999.
- Gafo**, Javier: *10 palabras claves en Bioética* (3ª edic.), Verbo Divino, Estella, 1.997

Gafo, Javier (ed.):

Fundamentación de la Bioética y manipulación genética, UPCM, Madrid, 1.988.

Ética y Biotecnología, UPCM, Madrid, 1.993.

Galindo Merino, L.: *Autopsia: Pasado, presente y futuro*, UAB, Bellaterra, 1.984.

Gisbert Calabuig, J.A.: *Medicina legal y toxicología* (5ª edic.), Masson, Barcelona, 1.998.

González R. Arnáiz, Graciano (coord.): *Derechos Humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica*, Tecnos, Madrid, 1.999.

Grace, Eric S.: *La biotecnología al desnudo*, Anagrama, Barcelona, 1.998 (t.o.e.i.: *Biotechnology Unzipped. Promises & Realities*, Joseph Henry Press, Washington, 1.997).

Gracia, Diego: *Fundamentos de bioética*, Eudema, Madrid, 1.989.

Habermas, Jünger: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1.985 (t.o.e.al.: *Moralbewusstsein und Kommunikativen Handeln*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1.983).

Harris, John: *Superman y la mujer maravillosa: las dimensiones éticas de la biotecnología humana*, Tecnos, Madrid, 1998.

Heller, Agnes: *Teoría de las necesidades en Marx*, Península, Barcelona, 1.978.

Höffe, Otfried (ed.): *Diccionario de Ética*, Crítica, Barcelona, 1.994.

Hottois, Gilbert: *El paradigma bioético: Una ética para la tecnociencia*, Anthropos, Barcelona, 1.991 (t.o.e.f.: *Le paradigme bioéthique: Une éthique pour la technoscience*, 1.990).

Hottois, Gilbert et Parizeau, Marie-Hélène: *Les mots de la bioéthique*, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1.993.

Hume, David: *Tratado de la Naturaleza Humana*, Editora Nacional, Madrid, 1.997.

Humphry, Derek: *El derecho a morir. Comprender la eutanasia*, Tusquets, Barcelona, 1.989 (t.o.e.i. *The Right to Die. Understanding Enthanasia*, 1.986).

Iglesias, Carmen: *Individualismo Noble. Individualismo Burgués: Libertad y participación política en el liberalismo francés del siglo XVIII*, discurso de recepción en la Real Academia de la Historia, Madrid, 1.991.

Inglehart, Ronald: *El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas*, CIS, Madrid, 1.991 (t.o.e.i.: *Culture Shift. In Advanced Industrial Society*, Princeton University Press, Princeton, 1.990).

Kelsen, Hans: *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1.982.

Kottow, Miguel H.: *Introducción a la bioética*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1.995.

Lipovetsky, Gilles: *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Anagrama, Barcelona, 1.994 (t.o.e.f.: *Le crépuscule du devoir. L'éthique indolore des nouveaux temps democraties*, Galimard, Paris, 1.992).

Macpherson, C.B.: *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Fontanella, Barcelona, 1.979 (t.o.e.i: *The Political Theory of Possesive Individualism*, The Clarendon Press, Oxford, 1.962).

Marín Mateo, Ramón: *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1.987.

Martínez de Pisón, José: *Derechos Humanos: Historia, fundamento y realidad*, Egido, Zaragoza, 1.997.

Mill, John Stuart: *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1.990.

Muguerza, Javier: *Ética, disenso y Derechos Humanos*, Argés, Madrid, 1.998.

Muguerza, Javier (et. al.): *El fundamento de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1.989.

Nino, Carlos S.: *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1.984.

- Nussbaum, Marha C. y Sunstein, Cass R.** (eds.): *Clones y Clones. Hechos y fantasías sobre la clonación humana*, Cátedra, Madrid, 2.000 (t.o.e.i.: *Clones and Clones. Facts and Fantasies About Human Cloning*, 1.998).
- Ortega y Gasset, José:** *La rebelión de las masas*, varias ediciones.
- Palacios, Marcelo** (coord.): *Bioética 2000*, Nobel, Oviedo, 2.000.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio:** *Derechos Fundamentales* (4ª edic.) , Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1.983.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio** (et. al.): *Curso de Derechos Fundamentales*, coedición de la Universidad Carlos III y el BOE, Madrid, 1.995.
- Pellisé Prats, B.** (Dir.): *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Barcelona, 1.989.
- Pérez Luño, Antonio E.:** *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1.984.
- Pérez Luño, Antonio E.** (coord.): *Derecho Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid. 1.996
- Porrás del Corral, Manuel:** *Bioteología, Derecho y Derechos Humanos*, Publicaciones Cajasur, Córdoba, 1.996.
- Prieto Sanchís, Luis:** *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1.990.
- Quintero, Gonzalo y Valle, José M.:** *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1.996.
- Rawls, John:** *Teoría de la Justicia*, FCE, Madrid, 1.978 (t.o.e.i.: *A Theory of Justice*, 1.971).
- Reich, W.T.:** *Encyclopedia of Bioethics*, Mac Millan, New York, 1.995.
- Reverte Coma, José M.:** *Antropología médica*, Rueda, Madrid, 1.981.

- Romeo Casabona**, Carlos María (ed.): *Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho comparado*, Comares, Bilbao-Granada, 1.998.
- Rovira Viñas**, Antoni: *El abuso de los Derechos Fundamentales*, Península, Madrid, 1.983.
- Russo**, Enzo y **Cove**, David: *Ingeniería genética. Sueños y pesadillas*, Alianza, Madrid, 1.999 (t.o.e.i.: *Genetic Engineering. Dreams and Nightmares*, W.H. Freeman/Spektrum Akademischer Verlag, Heidelberg, 1.995).
- Sádaba**, Javier y Velázquez, José L.: *Hombres a la carta: los dilemas de la bioética*, Temas de Hoy, Madrid, 1.998.
- Sánchez González**, Miguel A.: *Historia, teoría y método de la medicina: Introducción al pensamiento médico*, Masson, Barcelona, 1.998.
- Sánchez Jiménez**, Enrique: *La eutanasia ante la Moral y el Derecho*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1.999.
- Sánchez Rodríguez**, Luis I. y **González Vega**, Javier: *Derechos Humanos: Textos Intenacionales*, Tecnos, Madrid, 1.999.
- Silver**, Lee M.: *Vuelta al Edén. Más allá de la clonación en un mundo feliz*, Taurus, Madrid, 1.998.
- Singer**, Peter:
Ética práctica (2ª edic.), Cambridge University Press, Cambridge, 1.995 (t.o.e.i.: *Practical Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1.980).
Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional, Paidós, Barcelona, 1.997 (t.o.e.i.: *Rethinking Life and of Death. The Collapse of our Traditional Ethics*, The Text Publishing Company, Melbourne, 1.994).
- Vázquez**, Rodolfo (comp.): *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, FCE, México, 1.999.

Verzele, Maurice: *La muerte sin dolor. Suicidio y eutanasia*, Txalaparta, Tafalla, 2.000 (t.o.e.f.: *La mort en douceur. Le suicide et l'euthanasie*, EPO, Bélgica, 1.995).

VV.AA.: *X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.988.

Whittaker, James O.: *Psicología*, Importécnica, Madrid, 1.977. Traducción y adaptación de la tercera edición en inglés de la obra *Introduction to Psychology*, W.B. Company, Philadelphia, 1.976 (1ª edic. en inglés, 1.965).

II) REVISTAS

Aguiar de Luque, Luis: "Los límites de los Derechos Fundamentales", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 14, Madrid, enero-abril, 1.993.

Atienza, Manuel: "Juridificar la bioética", Revista Claves de Razón Práctica, nº 61, Madrid, abril de 1.996.

Bellver Capella, Vicente: "Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana", Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 10, Bilbao, 1.999.

Beristain, Antonio: "La eutanasia como excepción", Revista Claves de Razón Práctica, nº 102, Madrid, 2.000.

D'Agostino, Francesco: "Bioética y derecho", Revista Cuadernos de Bioética, nº 17-18/1ª-2ª, Compostela, 1.994.

Darío Bergel, Salvador:

"Clonación en seres humanos: aspectos éticos y jurídicos", Revista Cuadernos de Bioética, nº 33-1ª, Compostela, 1.998.

"Derechos Humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos", Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 9, Bilbao, 1.998.

Díez-Picazo, Luis M.: "Bioética y legislación (dificultades de la regulación jurídica en materia de bioética)", Revista de Occidente, nº 214, Madrid, marzo de 1.999.

Eij, W.J.: "Eutanasia: contra el quinto Mandamiento", Revista Cuadernos de Bioética, nº 27-3ª, Compostela, 1.996.

Eser, Albin (et. al.): "La clonación humana. Fundamentos biológicos y valoración ético-jurídica", Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 9, Bilbao, 1.998.

Gómez Sánchez, Yolanda: "La pena de muerte", Revista de Derecho Político, nº 36, UNED, Madrid, 1.992.

Habermas, Jürgen: "Un argumento contra la clonación de seres humanos (Tres réplicas)", Revista de Occidente, nº 226, Madrid, marzo de 2.000.

Haro, Andrés de: "Biotecnología humana: Herencia biológica y herencia cultural", Revista Cuadernos de Bioética, nº 35-3ª, Compostela, 1.998.

Hart, H.L.A.: "Entre el principio de utilidad y los derechos humanos", Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, nº 58, Madrid, 1.980.

León Correa, F.J.: "Dignidad humana, libertad y bioética", Revista Cuadernos de Bioética, nº 12-4ª, Compostela, 1.992.

Martínez Morán, Narciso: "El derecho a la vida en la Constitución española de 1.978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia", Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, nº 2.

Melendo, Tomás: "Dignidad humana y libertad en la bioética", Revista Cuadernos de Bioética, nº 17/18, 1ª-2ª, Compostela, 1.994.

Mora Mateo, José E.: "La clonación en mamíferos y en seres humanos: Aproximación jurídica", Revista Cuadernos de Bioética, nº 39-3ª, Compostela, 1.999.

Pastor García, L.M.: "Consideraciones bioéticas sobre la clonación humana y animal", Revista Cuadernos de Bioética, nº 39-3ª, Compostela, 1.999.

Pérez Luño, Antonio E.: "Las generaciones de derechos humanos", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 10, Madrid, 1.991.

Romeo Casabona, Carlos M.: "¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación", Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 6, Bilbao, 1.997.

Serrano Ruíz-Calderón, José M.: "La eutanasia", Revista Cuadernos de Bioética, nº 31-3ª, Compostela, 1.997.

Sousa Santos, Boaventura de: "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", Revista Análisis Político, nº 31, Universidad Nacional de Colombia, 1.997.

Vega, J. (et. al.): "Sentido de la muerte y atención al paciente terminal", Revista Cuadernos de Bioética, nº 19-3ª, Compostela, 1.994.

Von Münch, Ingo: "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, nº 5, Madrid, mayo-agosto, 1.982.

III) DOCUMENTOS OFICIALES

Diario Oficial de la Unión Europea: C 310, de 16 de diciembre de 2004.

Boletín Oficial de las Cortes Generales: nº 39-1, de 13 de mayo de 2005.