

# EL DERECHO A LA SALUD, A LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y MORAL, Y A LA VIDA, DEL SER HUMANO EMBRIONARIO Y DEL SER HUMANO DECADENTE

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho  
Profesor Titular de Derecho Mercantil.  
Universidad Complutense de Madrid  
Letrado de la Seguridad Social  
Académico Correspondiente de la  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

## **Extracto:**

**EL** *continuum* que es la vida supone un inicio y un final, en sus bordes se encuentran el «ser humano embrionario» y el «ser humano decadente». Sin el primero no es posible ningún «ser humano». El segundo es inevitable, y todos los «seres humanos», sin excepción, pasamos por el mismo. No obstante, paradójicamente, unos y otros han sido históricamente, y siguen siendo, objeto de políticas, legislaciones y prácticas (incluso de la vida cotidiana) exterminacionistas y eliminacionistas. A reivindicar los derechos más básicos en una perspectiva lógica y ontológica (a la salud, a la integridad física, psíquica y moral, y a la vida), de los seres humanos en esos estadios, se dedica este trabajo.

**Palabras clave:** derecho a la vida, derecho a la integridad física, psíquica y moral, derecho a la salud, dignidad humana, ser humano embrionario, ser humano decadente, persona y genoma humano.

# THE RIGHT TO HEALTH, THE RIGHT TO PHYSIC, PSYCHIC AND MORAL INTEGRITY, AND THE RIGHT TO LIFE OF THE EMBRYONIC HUMAN BEING AND THE DECADENT HUMAN BEING

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho  
Profesor Titular de Derecho Mercantil.  
Universidad Complutense de Madrid  
Letrado de la Seguridad Social  
Académico Correspondiente de la  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

## **Abstract:**

**C**ONTINUUM that is life is a beginning and an end, in its borders there are the «embryonic human being» and the «decadent human being». Without the first one no «human being» is possible. The second one is inevitable and all the human beings, without exception, became one of them. However, paradoxically, both have been and continue being the subject matter of extermination and elimination politics, legislations and practices (even of the common life). This work is dedicated to claim the basic rights in a logic and ontologic perspective (to the right to health, the right to physic, psychic and moral integrity, and the right to life) of the human beings in such states.

**Keywords:** right to life, right to physic, psychic and moral integrity, right to health, human dignity, embryonic human being, decadent human being and human genome.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. En los umbrales y en el colofón de la vida del ser humano.
  1. Breve digresión sobre el universo, el porqué de la existencia y qué es la vida.
  2. El *Homo sapiens* y el linaje de los homínidos.
- III. «Natura» y «cultura» en el ser humano. Su importancia relativa.
- IV. El genoma. El ser humano y la persona.
  1. Un incontrovertible punto de inicio o de partida (el «ser humano embrionario») y una indefectible entropía (el «ser humano decadente»).
  2. Al comienzo está el «ser humano embrionario».
  3. El tiempo entrópico. El «ser humano decadente».
- V. Ser humano vs. persona. ¿Son disociables personalidad y humanidad?
- VI. La «dignidad humana» o la «dignidad de ser humano».
- VII. El mantenimiento de la salud.
  1. El derecho a la protección de su salud.
  2. El derecho a la salud del «ser humano embrionario».
  3. El derecho a la salud del «ser humano decadente».
- VIII. El *continuum* (vital) del ser humano.
  1. El derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la vida, del ser humano.
  2. El derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la vida, del «ser humano embrionario».
  3. El derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la vida, del «ser humano decadente».

## I. INTRODUCCIÓN

Los derechos a la salud, a la integridad física y psíquica, y a la vida del ser humano, tanto en sus momentos iniciales (en los «umbrales de la vida») como cuando decae, se desvanece, deteriora o llega a su ocaso han sido sistemáticamente vulnerados y siguen siendo en buena medida cuestionados. Esto es, la atribución de aquellos derechos fundamentales al ser humano, tanto al inicio de su vida, como «ser humano embrionario» en cuanto satisface los criterios de identidad del código genético humano, como cuando deviene «decadente, desvanecido o deteriorado» no es pacíficamente admitido.

Si la noción de «embrión humano» o «ser humano embrionario», en adelante «ser humano embrionario», tiene una inequívoca referencia genética, que es suficiente para establecer su concepto, no ocurre lo mismo con la noción de ser humano «decadente, desvanecido o deteriorado», en delante «ser humano decadente». Pero entre ambas etapas de la vida o momentos del ser humano, no obstante sus propias especificidades, se manifiesta un evidente paralelismo. Si el «ser humano embrionario» es su etapa inicial, lógica y cronológica, de potencial teórico y de expansión biológica del ser humano, el «ser humano decadente» es su «espejo inverso», constituyendo su etapa de minorcación física o intelectual, y de su potencial teórico. Esto es, de disminución de su realidad biológica hasta llegar a su final cronológico, y consecuentemente identitario.

El criterio biológico es el que se utiliza en este trabajo, de manera exclusiva y excluyente, para la determinación de la noción tanto de «ser humano embrionario» como de «ser humano decadente, desvanecido o deteriorado». De tal manera que si el primero refiere unos parámetros genéticos humanos muy precisos, el segundo presupone el código genético humano y alude al deterioro biológico del ser humano, comprendiendo no solo al que ha visto mermadas o ha perdido sus capacidades físicas y/o cognitivas por razón de la edad (el ser humano envejecido), sino también al que ha sufrido esa pérdida, de manera transitoria o permanente, por enfermedad, accidente o cualquier otra causa, pero no al que ha sido estigmatizado política o socialmente.<sup>1</sup>

El «ser humano embrionario» y el «ser humano decadente» por estar en el límite, al comienzo y al final de la vida humana, por ser conceptos de frontera, se enfrentan a la inhumanidad de aquellos

<sup>1</sup> «Para el traslado se seleccionaba a los más débiles o enfermos, a los incapacitados para el trabajo, y se les enviaba a alguno de los campos centrales equipados con cámaras de gas y crematorios», indica FRANKL, V.: *El hombre en busca de sentido*, Madrid: Herder, 2004, pág. 29.

otros seres humanos, «que trabajan cómodamente en las fábricas de la muerte»,<sup>2</sup> cuyos paradigmas son el «aborto voluntario», y el «lager»<sup>3</sup> (campo de exterminio)<sup>4</sup> o «gulag»,<sup>5</sup> y de quienes los aplauden y jalean,<sup>6</sup> naturalmente en tanto no les afecta, porque entonces se preguntan: «¿Yo? ¿Por qué?».<sup>7</sup> Pero en ese momento su eliminación o exterminio es indefectible y ya no tiene remedio. Con la imputación de ser no-personas los seres humanos eliminados o exterminados.

Se problematiza sobre la noción misma de «ser humano embrionario», pues «la definición del embrión humano es una materia de alcance social muy sensible en numerosos Estados (...), caracterizada por las múltiples tradiciones y sistemas de valores», en ella «se enfrentan aspectos esenciales de las diferentes filosofías y religiones, así como el examen continuo de la ciencia».<sup>8</sup> En relación con el «ser humano decadente», un ultradarwinismo ha propiciado ideologías favorables a la eugenesia clásica y a la eutanasia involuntaria, que transformando al «ser humano decadente» en un «ser humano envilecido», le atribuye una vida «indigna de ser vivida», o simplemente que debe ser suprimido porque «cuesta caro».<sup>9</sup>

<sup>2</sup> FRANKL, V., *op. cit.* (*El hombre en busca de sentido*), que describe el siguiente diálogo, en págs. 39-40: «Los pocos que nos habíamos salvado, del numeroso grupo inicial, conocimos la verdad esa misma noche. Pregunté a los reclusos antiguos si sabían el posible paradero de mi amigo y colega P.

"Lo enviaron hacia la izquierda".

"Sí", contesté.

"Entonces ahí lo tienes", fue la respuesta.

"¿Dónde?". Su mano señaló la chimenea, situada a uno cientos de metros de nosotros, que escupía una llamarada de fuego al cielo de Polonia; esa llamarada se disolvía en una siniestra nube de humo.

"Allí flota tu amigo elevándose hacia el cielo", contestaron con brusquedad. Aun así no alcancé a comprender del todo sus palabras. Tuvieron que revelarme y explicarme la verdad en toda su crudeza».

<sup>3</sup> Término genérico que abarcaba a los Konzentrationslager, a los Vernichtungslager, a los Zeltlager y a los Einsatzgruppen.

<sup>4</sup> Precisa FREIRE, J.B., en el prólogo a la obra de FRANKL, V., *op. cit.* (*El hombre en busca de sentido*), pág. 23: «Y no fue un hombre, fueron... ¡millones! Aunque las cifras bailan según las distintas fuentes, los autores coinciden en señalar que el número de no-judíos muertos es superior al de los judíos, pero el holocausto fue una persecución contra los judíos. Pero también perecieron católicos, cristianos y musulmanes».

<sup>5</sup> Indica SOLZHENITSYN, A.: *Archipiélago Gulag*, t. I, Tusquets, 2002, pág. 123, «creo que con lo expuesto hasta aquí queda demostrado que en el exterminio de millones de hombres, y en su destierro al Gulag, hubo una coherencia fría y meditada y un incansable tesón».

<sup>6</sup> «Los perpetradores de las aniquilaciones y eliminaciones de masas saben que existe un entorno eliminacionista que les apoya», indica GOLHAGEN, D.J.: *Peor que la guerra. Genocidio, eliminacionismo y la continua agresión contra la humanidad*, Madrid: Taurus, 2010, pág. 415.

<sup>7</sup> Es la pregunta que se hace SOLZHENITSYN, A., *op. cit.* (*Archipiélago Gulag*), pág. 24.

<sup>8</sup> Indica el Abogado General Sr. Yves Bot, en su conclusión 39, de las presentadas el 10 de marzo de 2011, en el asunto C-34/10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV.

<sup>9</sup> GUILLEBAUD, J.-C.: *El principio de humanidad*, Madrid: Espasa-Calpe, 2002, pág. 254, que enumera, en pág. 337, los cinco factores que «contribuyen de forma crucial al inicio y al carácter de los proyectos exterminacionistas», tres de los cuales considera «estructurales», atribuyendo un carácter especialmente relevante el quinto, que lo define de la siguiente manera: «las creencias que lleva a la gente a pensar que es necesario eliminar a otras personas, aunque muy común, no es una propiedad sistémica de nuestro tiempo. Dado que la presencia y el contenido de tales creencias son muy variables, es de una importancia crítica explorarlas, así como los medios para su difusión generalizada», indicando en pág. 369 que «el lenguaje, la charla, la conversación, los discursos y las imágenes son el medio de la eliminación de masas, más exactamente los medios que preparan a la gente para aprobar o perpetrar el asesinato o la eliminación de masas»; Sobre la restricción de los servicios sanitarios al «ser humano decadente», CUENCA TRABAJO, J.A.: «Entorno social, Eutanasia y Suicidio Asistido», en *Bioética Aplicada*, Institut Borja de Bioética, Barcelona: Proteus, 2011, págs. 461-463.

## II. EN LOS UMBRALES Y EN EL COLOFÓN DE LA VIDA DEL SER HUMANO

Si el umbral alude al principio, al primer momento, de la vida humana, el colofón se refiere a los remates, a los momentos finales de esa misma vida humana. Tratar del derecho a la salud, a la integridad física y psíquica, y a la vida, en el principio y en el final biográfico de cualquier ser humano, requiere una reflexión, siquiera sucinta, sobre el «hecho fundamental» que es la vida misma.

### 1. Breve digresión sobre el universo, el porqué de la existencia y qué es la vida

Tratar del universo, la existencia y de la vida requiere del planteamiento y de la resolución, si ello es posible, de las tres cuestiones básicas siguientes planteadas por HAWKING y MLODINOW:<sup>10</sup> «¿Por qué hay algo en lugar de no haber nada?, ¿por qué existimos?, ¿por qué este conjunto particular de leyes y no otro?».

#### 1.1. Acerca del porqué de la existencia

Aquellos autores encuentran la respuesta en la ley de la gravedad. Esto es, en que «como hay una ley de la gravedad, el universo puede ser y será creado de la nada (...). La creación espontánea es la razón por la cual existe el universo. No hace falta invocar a Dios para encender las ecuaciones y poner en marcha el universo. Por eso hay algo en lugar de nada, por eso existimos».<sup>11</sup>

Pero aquella teoría incide en una petición de principio. Probablemente porque «somos», y consecuentemente rehenes de la causalidad,<sup>12</sup> nunca lleguemos a poder comprender cualquier teoría

<sup>10</sup> HAWKING, S. y MLODINOW, L.: *El gran diseño*, Barcelona: Crítica, 2010, pág. 194.

<sup>11</sup> HAWKING, S. y MLODINOW, L., *op. cit.* (*El gran diseño*), págs. 104-105, previamente habían señalado, en pág. 104, que «si la energía del universo debe permanecer siempre igual a cero y si cuesta energía crear un cuerpo, ¿cómo puede ser creado de la nada todo el universo? (...). Cuerpos como las estrellas o los agujeros negros no pueden aparecer de la nada. Pero el universo sí puede». Su fundamentación la recoge en el capítulo 6 de aquella obra, págs. 141-164, que gira sobre un «episodio inflacionario» y la aplicación de la «teoría cuántica al conjunto del universo».

<sup>12</sup> Afirma HESSUN, J.: *Teoría del conocimiento*, 19.ª ed., Madrid: Espasa-Calpe, 1991, pág. 176, sobre el concepto de causalidad que «no afirma meramente que un proceso sigue a otro sino que es causado por él. Con otras palabras, no afirmamos meramente un *post hoc*, sino a la vez un *propter hoc*; no realmente una sucesión temporal, sino un íntimo enlace, un vínculo necesario, un nexu causal. El primer proceso es para nosotros una causa; el segundo un efecto», y, en pág. 177, acerca del principio de causalidad «que está en conexión estrechísima con el concepto de causalidad (y) se refiere a la validez, o más exactamente, a la esfera de validez de este concepto, que «todo cambio, todo proceso, tiene una causa; este es el contenido del principio de causalidad»; Afirmaba ARISTÓTELES: *Metafísica*, libro duodécimo, apartado VII, 13.ª ed., Madrid: Espasa-Calpe, 1990, págs. 312-313, que «el motor inmóvil es, pues, un ser necesario, y en cuanto que necesario, es el bien, y por consiguiente un principio. Tal es el principio de que penden el cielo y toda la naturaleza»; Resulta extraordinaria y especialmente relevante la apreciación de EINSTEIN, A.: *Notas autobiográficas*, Madrid: Alianza, 1986, pág. 19, según la cual «todos los conceptos, incluso los más próximos a la experiencia, son, desde el punto de vista lógico, supuestos libres, exactamente igual que el concepto de causalidad». «"Todo lo que ocurre tiene una causa". La proposición es sintética porque el predicado "tener una causa" no está contenido en el concepto de lo

o explicación que se separe radicalmente de la misma («Por qué no se puede probar ni refutar a Dios»),<sup>13</sup> ni podamos siquiera imaginar «la nada», y debamos debatirnos entre la idea aristotélica del «primer motor» inmóvil y de que el universo ha existido siempre<sup>14</sup> (con su reformulación por el Aquinatense), y la diferente perspectiva de KANT.<sup>15</sup>

No obstante carecer de una hipótesis inequívocamente plausible y genéricamente aceptada que resuelva aquellas tres iniciales preguntas (¿por qué hay algo en lugar de no haber nada?, ¿por qué existimos?, ¿por qué este conjunto particular de leyes y no otro?), resulta que sí podemos constatar, de modo irrefutable, que aquí estamos, que existimos, y que no somos eternos. Esto es, que la vida humana tiene un umbral, un comienzo, un primer paso, y un final, que se extingue, que los individuos que componen la especie humana, se mueren, extinguen y desaparecen.

## 1.2. Sobre qué es la vida y su comienzo

Cualquier consideración jurídica en torno al «ser humano», requiere de la respuesta a nuevos interrogantes, tales como los siguientes: ¿qué es la vida?, ¿sabemos cómo comenzó la vida?, ¿podemos fabricar vida?

A la primera y capital cuestión acerca de qué es la vida, se ha respondido diciendo que «si un milagro es algo sumamente improbable, pero real y maravilloso, entonces la vida es el milagro por antonomasia».<sup>16</sup> Se afirma que el criterio más seguro para poder reconocer si estamos ante un organismo vivo es comprobar si esa entidad constituye «un sistema autosostenido, capaz de experimentar evolución darwiniana, es decir, que ha de tener material genético que se replique y mute (...). Autosostenido (con metabolismo y capaz de evolucionar son criterios que, combinados, dan una definición razonable de la vida) (...). La vida no es realmente una cosa sino un conjunto de propiedades que se traducen en procesos».<sup>17</sup>

que ocurre, en el concepto de "hecho". Se trata de un juicio que amplía nuestro conocimiento, pero al propicio tiempo se trata de un juicio necesario y universal», dice KANT, I., según PABLO KOCH, S., en AA.VV.: *Kant. Vida, pensamiento y obra*, Planeta Deagostini, , pág. 113; Para KANT, «todos los cambios se producen en conformidad con la ley de conexión de causa y efecto», precisa HARTNACK, J.: *La teoría el conocimiento de Kant*, Madrid: Cátedra, 1992, pág. 88.

<sup>13</sup> Título del primer apartado del capítulo 3, de la obra de FERNÁNDEZ-RAÑADA, A.: *Los científicos y Dios*, Madrid: Trotta, 2008, pág. 75, que desarrolla un estudio detallado de las diferentes teorías existentes en págs. 77-80.

<sup>14</sup> Indicaba ARISTÓTELES, *op. cit. (Metafísica)*, apartado VIII, pág. 315, que «el principio de los seres, el ser primero, no es susceptible (...), de ningún movimiento, ni esencial ni accidental y antes bien él es el que imprime el movimiento primero, movimiento eterno y único (...), que el primer motor es inmóvil en su esencia, y que el movimiento es impuesto por un ser eterno (...), la naturaleza de los astros es una esencia eterna».

<sup>15</sup> HARTNACK, J., *op. cit. (La teoría el conocimiento de Kant)*, pág. 150, afirma que según KANT «si existiera un ser cuya existencia fuera necesaria, entonces su no existencia sería imposible, y negar esto sería una contradicción. Sería también una contradicción hacer el juicio: si existiera un ser cuya existencia fuese necesaria, entonces su no existencia sería posible».

<sup>16</sup> MOSTERIN, J.: *Ciencia viva. Reflexiones sobre la aventura intelectual de nuestro tiempo*, 2.ª ed., Madrid: Espasa-Calpe, 2006, pág. 149. Su cuestionamiento no es nuevo, destacándose, por aquel autor, en pág. 150, lo sorprendentemente que resulta que entre los grandes filósofos de la antigüedad haya sido ARISTÓTELES «el único que se ha planteado directamente la cuestión, hace dos mil cuatrocientos años».

<sup>17</sup> TERRADAS, J.: *Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*, Barcelona: Ediciones Destino, 2006, pág. 263, siguiendo «una voz autorizada de la NASA, que trata de detectar la vida en otros rincones del espacio».

Para el segundo interrogante la respuesta es negativa, pues «sabemos solamente que en ausencia de vida previa y bajo condiciones que probablemente pudieron existir en la Tierra primitiva, procesos químicos espontáneos pudieron dar origen a componentes orgánicos, incluidos aquellos que constituyen los elementos esenciales de la vida (...). Lo que no sabemos es dónde se crearon los primeros senderos, ni cómo se hicieron exactamente».<sup>18</sup>

A la tercera cuestión, ¿podemos fabricar vida?, se puede responder que, dado el actual estado del conocimiento científico y de la técnica, la creación artificial o «fabricación» de vida no es posible, aunque sí reproducirla.<sup>19</sup> Efectivamente, «ni los peces, ni las ranas, ni los gusanos salen del barro si no hay en él huevos depositados previamente por otros peces, ranas o gusanos, y otro tanto ocurre con cualquier otro ejemplo que se nos pudiera ocurrir».<sup>20</sup>

Pero sí pueden considerarse diferentes perspectivas de la vida, procurándose distintas acotaciones (metabólica, termodinámica, reproductiva, en términos de complejidad, evolutiva, etc.),<sup>21</sup> como asimismo puede aludirse al comienzo y a la extinción de la vida en múltiples sentidos, con relación a las diversas entidades, desde diferentes enfoques y con precisas intencionalidades o finalidades. Por ello es no solo lícito sino absolutamente necesario efectuar un acotamiento de aquellos campos. La referencia a la vida del ser humano y a su consideración es el *leitmotiv* del Derecho, lo que obliga a su definición.

## 2. El *Homo sapiens* y el linaje de los homínidos

Ciertamente, «el linaje de los homínidos que bajaron de los árboles y adoptaron la postura erguida y la marcha bípode»<sup>22</sup> es largo y el conocimiento del conjunto de los *Hominini* inacabado y sorprendente, «biológicamente, el hombre es solo una de las ramas que derivaron de antepasados

<sup>18</sup> AYALA, F.J.: *¿Soy un mono?*, Barcelona: Planeta, 2010, pág. 86.

<sup>19</sup> Vid. CARRASCAL, J.M.: «Podemos fabricar vida. ¿Debemos?», diario *ABC* del 1 de junio de 2010, «La Tercera», pág. 3, que precisa lo siguiente: «La creación en el laboratorio de la primera célula artificial nos plantea tres dilemas, a cual más complejo: uno científico, otro filosófico y otro ético». Sobre el primero de ellos, que considera el más simple, afirma: «¿Ha creado Craig Venter una célula artificial? No exactamente. Se ha limitado a reproducirla». En relación con el segundo de aquellos dilemas, considera que «es mucho más complejo; no en balde estamos en la frontera entre la filosofía y la ciencia o, mejor dicho, en la zona donde ambas se solapan». Acerca del tercero de aquellos dilemas indica: «Cosa muy distinta ocurre con la ética, y aquí tenemos que hacer un alto para saber exactamente de qué estamos hablando»; También vid. CORRAL, H.: «Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, 1992, págs. 447, 449.

<sup>20</sup> TERRADAS, J., *op. cit.* (*Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*), pág. 268.

<sup>21</sup> Vid. MOSTERIN, J., *op. cit.* (*Ciencia viva. Reflexiones sobre la aventura intelectual de nuestro tiempo*), págs. 154-149; «Eslabones perdidos» titula su artículo en *La Tercera* de *ABC*, del 13 de junio de 2009, ARSUAAGA, J.L.

<sup>22</sup> MOSTERIN J.: *La cultura humana*, Madrid: Espasa, 2009, pág. 75; Indica LAFUENTE, C.: «Menos monos, más humanos»; En el diario *El País*, del 2 de noviembre de 2008, suplemento «Pequeño País», pág. 3, se indica lo siguiente: «Los científicos lo tiene claro: simios y humanos estamos más cerca de lo que pensábamos»; «Una nueva especie humana. El descubrimiento de un nuevo homínido complica el árbol evolutivo de la evolución humana», se indica en el diario *El Mundo* del 28 de marzo de 2010, suplemento «Eureka», «Paleontología», pág. 10; El mismo diario (*El Mundo*) del 23 de diciembre de 2010, pág. 36, da la siguiente noticia, «Los "desinovanos", la nueva especie humana».



comunes dentro de un grupo de animales. Nuestra especie es un primate que pertenece a la familia de los homínidos».<sup>23</sup>

El *Homo sapiens (sapiens)* es el ser humano actual o «human», que constituye la etapa en que se encuentra su extensa evolución, sin que puedan desecharse puntuales «evoluciones a peor». Pero debiéndose afirmar que ni aquellas precisas involuciones, ni el proyectado «homo-futuris», pueden incomodar o refutar la perspectiva evolucionista de la vida del ser humano,<sup>24</sup> de lo que se ocupan multitud de disciplinas.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> TERRADAS, J., *op. cit.* (*Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*), pág. 330.

<sup>24</sup> El origen del género *Homo* se sitúa en África hace 2,5 millones de años (...). Nuestra especie, la especie humana, *Homo sapiens*, se desarrolló en África oriental hace unos 200.000 años», indica MOSTERÍN, J.: *La naturaleza humana*, Madrid: Espasa-Calpe, 2008 (edición revisada), págs. 128 y 132; DAWKINS, R.: *El río del Edén*, Madrid: Debate, 2000, pág. 71, llega a las siguientes conclusiones: «Primera, es necesariamente cierto que existió una hembra, a la que podríamos llamar la Eva mitocondrial, que es el ancestro común más reciente de todos los humanos modernos por la ruta solo-mujeres. También es cierto que existió una sola persona de sexo desconocido, a la que podríamos llamar el Ancestro Focal, que es el ancestro común más reciente de todos los humanos modernos por cualquier ruta. Tercera, aunque es posible que la Eva mitocondrial y el Ancestro Focal sea uno y el mismo individuo, es extremadamente improbable que así sea. Cuarta, en cierto modo es más probable que el Ancestro Focal fuera un varón que una mujer. Quinta, la Eva mitocondrial muy probablemente vivió hace menos de un cuarto de millón de años. Sexta, hay controversia sobre dónde vivió la Eva mitocondrial, pero la balanza de la opinión especializada todavía se inclina a favor de África. Únicamente las conclusiones cinco y seis dependen del examen de las pruebas científicas. Las primeras cuatro se pueden deducir mediante razonamiento de sillón a partir de la cultura general»; El diario *ABC* del 9 de septiembre de 2011, pág. 54, da la siguiente noticia, «Nuestro primer antepasado. Un homínido que vivió hace 2 millones de años puede ser el antecesor del *Homo erectus*»; ARSUAGA, J.L. y MARTÍNEZ, I.: *La especie elegida. La larga marcha de la evolución humana*, Madrid: Temas de Hoy, 1998, págs. 138-144, parecen situar al primer humano en el *Homo ergaster*; Con seguridad ARSUAGA, J.L.: *El collar del Neandertal. En busca de los primeros pensadores*, Madrid: Temas de Hoy, 1999, págs. 56-66, sitúa al primer humano en el *Homo ergaster*; En el *Homo habilis* lo ubica LAÍN ENTRALGO, P.: «Qué es el hombre», Oviedo: Ediciones Nobel, 1999, pág. 136, que alude, en págs. 146-148, para la definición de ser humano a una «eidología morfológica», a una «eidología fisiológica», a una «eidología genética» y a una «eidología ontológica»; Se destaca en el diario *El Mundo* del 19 de junio de 2011, suplemento «Eureka», pág. 18, lo siguiente: «*Homo urbanus*: El hombre evoluciona a peor. Las últimas investigaciones revelan cambios en el cuerpo humano, que se está volviendo más endeble al adaptarse a la vida urbana. Tanto los huesos como la masa muscular se han vuelto más frágiles en los últimos 30.000 años»; «En el desarrollo de la vida a veces se produce lo que llamamos evolución y, en cierto modo, podríamos decir que progresamos. Pero a veces las especies derivan hacia soluciones que no son las mejores ni las más eficientes: a veces optan por lo complejo, por lo ineficaz y lo aparentemente absurdo. Pensamos que la Naturaleza tiende a la perfección, pero no», indica PUNSET, E.: *El alma está en el cerebro*, Madrid: Aguilar, 2.ª ed., 2007, pág. 101; «La ciencia se plantea pasar de las prótesis inteligentes al ser inmortal», titula su artículo CASTELLOTE, A., en *El Economista*, del 17 de abril de 2008, pág. 49, en donde indica que «una vez logrado todo tipo de prótesis con funcionalidades idénticas a los miembros originales, los investigadores avanzarían un paso más en su cruzada evolucionista. Así, a largo plazo, se plantea la creación de una especie de persona inmortal. Según FEDIT se trataría de cuerpo sintético completamente funcional, el cual conservaría las capacidades cognitivas, intelectuales y emocionales propias de un cerebro actual»; «La evolución, la más antigua de las filosofías, ya formula en la antigua Grecia, permaneció durante largo tiempo en letargo, oscurecida por supersticiones y fantasías hasta que DARWIN al aportar un sinfín de pruebas en su obra *El origen de las especies* (...), pudo presentar la teoría de la evolución por medio de la selección natural, teoría que une a todos los seres vivos en un desarrollo histórico común que da cuenta de su origen», indica JOSA y LLORCA, J., en la introducción a la publicación de la obra de DARWIN, Ch.: *El origen de las especies*, Madrid: Espasa-Calpe, 1988, pág. 13; Sobre la teoría de la evolución GOULD, S.J.: *La estructura de la teoría de la evolución*, Barcelona: Tusquets, 2004; «La Iglesia anglicana pide disculpas a Darwin por rechazar la Evolución», indica el diario *El Mundo*, del 16 de septiembre de 2008, suplemento «Ciencia», pág. 27; «La Iglesia de Inglaterra pide disculpas de Darwin doscientos años después», precisa el diario *ABC*, del 14 de septiembre de 2008, pág. 85; «Llamamos evolución al conjunto de cambios que se producen como consecuencia de la selección natural, y la selección natural no es sino la selección de aquellos genes que proporcionan un comportamiento más adecuado al entorno en el que se vive», precisa PUNSET, E., *op. cit.* (*El alma está en el cerebro*), pág. 89.

<sup>25</sup> Especialmente la paleontología, la antropología, la biología y la medicina.

### III. «NATURA» Y «CULTURA» EN EL SER HUMANO. SU IMPORTANCIA RELATIVA

El desarrollo de un organismo está programado al extremo de que «se repite en todos los miembros de la misma especie, aplicando un algoritmo de interacciones genéticas y de señales entre células, definido en la información contenida en sus genomas»,<sup>26</sup> por eso un ser humano es un ser humano y no otra entidad viva. Efectivamente, «la experiencia cotidiana nos enseña que hay diferentes tipos de organismos y cómo distinguirlos entre sí. Todo el mundo sabe que las personas pertenecen a la especie humana y que son diferentes de los gatos y los perros, los cuales a su vez son diferentes entre sí. Aunque las especies son identificadas por su apariencia, hay algo que es más fundamental: los individuos de una especie son capaces de cruzarse entre sí, pero no pueden entrecruzarse con individuos de otras especies».<sup>27</sup>

El «programa» es el primer «pilar de la vida»,<sup>28</sup> que de alguna manera conlleva los clásicos seis pilares restantes (improvisación, compartimentación, energía, regeneración, adaptabilidad y seclusión).<sup>29</sup> Esto es, al final el genoma, con el ADN a la cabeza, «la más sutil estructura jamás dibujada»<sup>30</sup> que supuso mucho más que una revolución en biología. ¡Eureka! «la sociedad se ha encontrado con el ADN, (...) la estructura de la doble hélice para explicar la arquitectura de la molécula, la macromolécula, en la que se asienta lo que se ha dado en llamar el "programa detallado de la vida"».<sup>31</sup>

Ciertamente «la naturaleza de una especie es función del genoma de esa especie (...). El acervo genético de la humanidad constituye la naturaleza humana y determina el carácter de nuestras necesidades y motivaciones básicas».<sup>32</sup> Ahí está el origen identitario humano, que impide el entrecruzamiento con otras especies, precisamente en el proceso de la fecundación humana (mediante el gameto maduro de tipo femenino, o célula huevo, ovocito u óvulo, y el gameto maduro de tipo masculino o espermatozoide), que produce el «embrión humano», cuyo desarrollo, siguiendo sus «ejes

<sup>26</sup> GARCÍA-BELLIDO, A. y MARTÍN-BLANCO, A.: «Desarrollo embrionario y morfogénesis», en *La ciencia en tus manos* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Espasa-Calpe, 2001, pág. 382.

<sup>27</sup> AYALA, F.J.: «La evolución y la herencia biológica», en *La ciencia en tus manos* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Espasa-Calpe, 2001, pág. 247; En el diario *El Mundo* del 26 de diciembre de 2010, suplemento «Eureka», pág. 4, se da la siguiente noticia: «Cruce de especies humanas. La genética abre nuevas vías al estudio del pasado de la especie humana tras revelar que muchos "sapiens" compartimos ADN con dos parientes extintos, los neandertales y los asiáticos desinovanos. Hermanos Prehistóricos». Por el contrario según noticia del diario *El País* del 13 de febrero de 2009, pág. 33, «no hubo un cruce con el neandertal».

<sup>28</sup> A los «pilares de la vida» alude TERRADAS, J., *op. cit.* (*Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*), pág. 263.

<sup>29</sup> Propuestos por KOSHLAND, Jr., D.E., y expuestos con detalle por TERRADAS, J., *op. cit.* (*Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*), págs. 363-366, que propone en págs. 264, inspirándose el KOSHLAND los siguientes: «programa, cambios del programa (alteraciones genéticas + selección y deriva genética), compartimentación, uso controlado de la energía, regeneración y mantenimiento, plasticidad y tolerancia, seclusión (aislamiento entre reacciones de procesos distintos) y homeostasis (regulación y estabilidad del medio interno del organismo)».

<sup>30</sup> Título de unas de las aportaciones de GARCÍA BARRENO, P., a la obra colectiva, *50 años de ADN. La doble hélice* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), Madrid: Espasa-Calpe, 2003, págs. 113-122, en donde se reproduce el celeberrimo artículo de WATSON, J.D. y CRICK, F.H., publicado en la revista *Nature*.

<sup>31</sup> MUÑOZ, E.: «ADN y sociedad», en *50 años de ADN. La doble hélice* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), Madrid: Espasa-Calpe, 2003, pág. 437.

<sup>32</sup> MOSTERÍN J., *op. cit.* (*La cultura humana*), págs. 199 y 304.

embrionarios», va procurando naturalmente un conjunto celular organizado autónomo o independiente capaz de mantenerse vivo en un determinado medio (pero no otros). Agrupación celular que, desde su mismo comienzo, está en un constante cambio entrópico (por virtud del segundo principio o segunda ley de la termodinámica), que llevará finalmente a su desorden (molecular) y a su extinción.

Para cada ser humano, sin excepción, su vida (humana) es absolutamente trascendente,<sup>33</sup> porque todo ser humano es creado, nace, actúa, se desordena (entropía), decae y se extingue. Ni siquiera el proyectado «homo-futuris» contradice semejante consideración. La conciencia de la propia existencia actual y de la inevitable inexistencia futura, de la eventualidad de la existencia en definitiva, nos aboca a la trascendencia. En el «viaje de cada ser humano» a lo largo de sus tres estadios («proto sí mismo», «sí mismo central» y «sí mismo autobiográfico»),<sup>34</sup> la plenitud de la «conciencia» es su momento estelar, pero no lo que lo identifica esencial y sustancialmente como ser humano. Lo que lo identifica única y suficientemente, como ser humano, es su genoma.

La dimensión cultural del ser humano es sin duda relevante y cualifica, en buena medida, su «humanidad». Cultura se contrapone a natura que alude a lo congénito o innato. La cultura tiene carácter social y adquirido, es «información adquirida por aprendizaje social (...), es decir (la natura es) lo genéticamente preprogramado y lo adquirido durante el desarrollo fetal (siendo) evidente que las convenciones sociales no están dadas genéticamente ni están presentes en los embriones, por lo que no forman parte de la naturaleza».<sup>35</sup>

La cultura no es un fenómeno exclusivamente humano.<sup>36</sup> Pero la cultura humana es sustancialmente diferente, gracias fundamentalmente a la intermediación que ha supuesto la capacidad lingüística, que, en todo caso necesita de un cerebro.<sup>37</sup> Efectivamente, «no hay un fantasma en la

<sup>33</sup> Indica NOMBELA, C., en su artículo «Darwin y la vida humana», publicado en «La Tercera» de ABC, diario ABC del 12 de febrero de 2009, pág. 3, que «Nada hay en el darwinismo que nos demuestre la trascendencia de la vida humana, pero tampoco hay nada que la niegue. Revirtiendo visiones opuestas, Ayala ha llegado a señalar que la teoría de la evolución puede también verse como un regalo de Darwin a la religión; la imperfección es inherente también a los procesos naturales. Desde el conocimiento de nuestra realidad biológica, hermanados en la naturaleza con el resto de los vivientes, podemos seguir abiertos a la pregunta fundamental sobre el sentido de nuestras propias vidas».

<sup>34</sup> DAMASIO, E.: *Y el cerebro creó al hombre. ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones sentimientos, ideas y el yo?*, Barcelona: Ediciones Destino, 2010, especialmente capítulo 8, págs. 277-361, un esquema en pág. 278; MOSTERÍN, J.: *¡Vivan los Animales!*, Madrid: Debate, 1998, pág. 72, dice que «los animales procesan la información que reciben del entorno en su sistema neurosensorial de un modo parcialmente subjetivo y consciente»; Según RIFKIN, J.: «¡Lo que podemos aprender de los animales!», *El País*, del 26 de octubre de 2003, pág. 14, «los estudios actuales sobre las emociones, cognición y comportamiento animal abren una nueva fase en la trayectoria humana, permitiéndonos ampliar y profundizar nuestra empatía, esta vez para incluir la comunidad más amplia de criaturas que viven junto a nosotros».

<sup>35</sup> MOSTERÍN J., *op. cit. (La cultura humana)*, págs. 43 y 47.

<sup>36</sup> MOSTERÍN J., *op. cit. (La cultura humana)*, págs. 56-72; Del mismo autor, *op. cit. (¡Vivan los Animales!)*, págs. 129-152; Esto es, ¿puede hablarse de cultura en los animales? La respuesta es sí, si definimos a la cultura como un sistema de transmisión social de comportamientos, indica TERRADAS, J., *op. cit. (Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico)*, pág. 342.

<sup>37</sup> «El lenguaje supone probablemente el mayor logro de la especie humana», indica PUNSET, E., *op. cit. (El alma está en el cerebro)*, pág. 95; Según indica VENDRYES, J.: *El Lenguaje. Introducción lingüística a la historia*, México: Uteha, 1967, pág. 258, no «es falso pretender que no existe más que un lenguaje humano, idéntico en su fondo en todas latitudes (...). En realidad el sistema fonético obedece en todos los pueblos a las mismas leyes generales; las diferencias que se encuentran de uno a otro resultan de circunstancias particulares. La expresión morfológica presenta, sin duda, muchas variada-

máquina, sino causas físicas y lazos. Se descubren mecanismos universales de la mente humana en cualquier cultura, que además son casi siempre innatos. El cerebro puede organizarse, en gran parte, sin que intervenga la experiencia sensorial».<sup>38</sup>

Por ello se afirma que «no se trata de que nosotros tengamos un cerebro, sino de que nosotros somos nuestro cerebro».<sup>39</sup> La cultura humana actual (por contraposición a la cultura humana virtual) está en el cerebro humano, pues «el cerebro es la sede de nuestras ideas y emociones. De nuestros temores y esperanzas, del gozo y del sufrimiento, del lenguaje y la personalidad».<sup>40</sup> La «hipótesis de la inteligencia cultural» es buen ejemplo de ello.

Efectivamente, «para nosotros, los seres humanos, no existe una división clara entre la naturaleza y la cultura».<sup>41</sup> Consecuentemente la interrelación entre natura y cultura es esencial, al extremo de que «la evolución cultural presupone la biológica. Los órganos y procesos que posibilitan, la cultura están dados en la natura. Y la capacidad de asimilar, procesar y transmitir los memes está en los genes».<sup>42</sup> Esos memes tienen una base física en el cerebro, y se transmiten mediante sistemas de señales, al margen de la herencia genética, lo que no impide su evolución como consecuencia de los procesos interactivos de transmisión.

Entonces, «¿genes o cultura? Somos las dos cosas en proporciones variables, según los aspectos».<sup>43</sup> Pero con una cada una de ellas con una importancia absolutamente diferente para la determinación, la conceptualización, la definición y la delimitación del ser humano. Para ello basta con reparar en la respuesta al siguiente interrogante: ¿Qué ocurre cuando la «estructura prodigiosa»,

---

des, pero los tres o cuatro tipos principales a los que estas variedades se reducen no tiene en sí nada de absoluto, pues se les ve en la historia transformarse unos en otros, ya que ninguno de ellos basta para caracterizar el lenguaje de ningún ser humano (...). El lenguaje es el conjunto de procedimientos fisiológicos y psíquicos de que dispone el ser humano para hablar, mientras que las lenguas representan la utilización práctica de esos procedimientos», inicia el prólogo de esta obra BERR, H., diciendo: «La mano y el lenguaje: he aquí la Humanidad»; MOSTERÍN J., *op. cit.* (*La cultura humana*), en pág. 30, precisa que la «la naturaleza humana nos permite aprender y usar no solo la lengua materna, sino también una segunda lengua e incluso varias más, que podemos adquirir posteriormente. La principal diferencia estriba en el aprendizaje, fácil y espontáneo en el primer caso, más lento (en el supuesto de las) segundas lenguas (que) quedan inscritas en zonas del cerebro distintas de la primera», y añade, en pág. 204, que «el proceso de aprendizaje tiene lugar en el cerebro y sus resultados quedan almacenados en el cerebro, que es (entre otras cosas) el órgano de la cultura», *vid.* págs. 87-91, precisando, en pág. 241, que «la información cultural se genera en el cerebro mediante un invento o descubrimiento más o menos aleatorio o intencional, y se transmite de unos cerebros a otros por aprendizaje social».

<sup>38</sup> TERRADAS, J., *op. cit.* (*Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*), págs. 362-363.

<sup>39</sup> PUNSET, E., *op. cit.* (*El alma está en el cerebro*), pág. 91; «El cerebro humano, en relación con el tamaño del cuerpo, es el más grande y pesado de todos los cerebros de cuantos seres vivos han poblado la Tierra», indica MORA, F.: *El dios de cada uno. Por qué la neurociencia niega la existencia de un dios universal*, Madrid: Alianza Editorial, 2011, pág. 113.

<sup>40</sup> MOSTERÍN, J., *op. cit.* (*La naturaleza humana*), pág. 161.

<sup>41</sup> APPIAH, K.A.: «Experimentos de ética», Buenos Aires: Katz Editores, 2010, pág. 157.

<sup>42</sup> MOSTERÍN J., *op. cit.* (*La cultura humana*), pág. 99, que precisa en págs. 167-169, «así como no hay mente sin cerebro, tampoco hay información sin soporte. El soporte de la información genética se encuentra en las largas cadenas de nucleótidos que constituyen el DNA de los cromosomas (...), los genes son las unidades simples en que se divide la información genética que se transmite de genoma en genoma (...). También la información cultural que se transmite de cerebro en cerebro puede dividirse hasta cierto punto en unidades simples (si) el nombre de "genes" es un neologismo para designar unidades de información genética. Para referirse a unidades de transmisión cultural o imitativa introdujo DAWKINS en 1976 en neologismo memes»; Indica el mismo autor en *op. cit.* (*La naturaleza humana*), pág. 241, que «la información cultural se genera en el cerebro».

<sup>43</sup> TERRADAS, J., *op. cit.* (*Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*), pág. 371.

que es el cerebro, se degrada? Nada, en términos sustantivos o de especie. Ese individuo sigue siendo un «humano», salvo que hipotéticamente y si ello fuera posible, lo que parece que no lo es, haya perdido o haya sustituido (mediante un hipotético trasiego de genes o transgénesis) el genoma humano (paradigmático sería el Minotauro). Cuando aquel genoma, y su cerebro real o potencial, se extingue, desaparece el ser humano, entretanto permanece.<sup>44</sup>

#### IV. EL GENOMA. EL SER HUMANO Y LA PERSONA

El hombre «es hijo de la evolución biológica».<sup>45</sup> Para responder a la pregunta ¿por qué el hombre es hombre?, basta con las consideraciones antes efectuadas. Esto es, cuando se inquiere ¿qué es un ser humano?, ha de responderse que la solución a semejante interrogante está en el genoma humano y solo en el genoma humano. «Los misterios de la vida, los secretos de la muerte, (...) todo eso y mucho más está en los genes. Somos repúblicas de células».<sup>46</sup> A la explicación del porqué se es «humano» han contribuido de manera decisiva los extraordinarios avances (auténticas «revoluciones») en biotecnología, genómica, proteómica y metabolómica.

Históricamente se ha venido negando esto, lo que hoy es una evidencia racional y científica, buscándose y proponiéndose explicaciones oscurantistas y erráticas al ser humano. Lo sorprendente y grave, solo explicable por la aparición de «brotes de irracionalidad», es que aquella evidencia se continúe desconociendo por determinadas ideologías «genocidas», «exterminacionistas y «eliminacionistas», que periódicamente reaparecen con extraordinaria virulencia, en relación con determinados grupos humanos (definidos por la pertenencia a una determinada etnia, grupo o cultura, practicar una concreta religión, u otras circunstancias políticas, sociales o sociobiológicas).

Esa negación de la «humanidad» del «ser humano», la llevan a cabo aquellas ideologías, por una doble vía, la del «reduccionismo» y la de la «denigración». Efectivamente, «tómese la vara de

<sup>44</sup> Porque «los genes y las estructuras cerebrales existen», como precisa TERRADAS, J., *op. cit.* (*Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*), pág. 370. Al extremo es transcendente el ADN que puede identificarse un individuo por su «huella genética», *vid.* CARRACEDO, A.: «La huella genética», en *50 años de ADN. La doble hélice* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), Madrid: Espasa-Calpe, 2003, págs. 229-267; *Vid.* MONTOLIU JOSÉ, LL.: «Trasiego de genes», en *50 años de ADN. La doble hélice* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), Madrid: Espasa-Calpe, 2003, págs. 183-227, que define, en pág. 184, el trasiego o genes como la «transferencia de material genético entre animales (y hasta especies) distintos», señalando que es la base de la genética inversa o reversa.

<sup>45</sup> MORA, F., *op. cit.* (*El dios de cada uno. Por qué la neurociencia niega la existencia de un dios universal*), pág. 109, que añade que el hombre «no ha aparecido de pronto sobre la tierra (...). El hombre no es producto de ningún acto creador divino hecho en un día. El hombre, por el contrario, es producto de un lento cocinar de avatares que se han sucedido a lo largo de mucho tiempo»; El hombre «es una maravilla, pero no es tan maravilloso que requiera explicaciones milagrosas», dice ARDEY, R.: *La evolución del hombre: La hipótesis del cazador*, Madrid: Alianza, 1983, pág. 13.

<sup>46</sup> MOSTERIN, J., *op. cit.* (*Ciencia viva. Reflexiones sobre la aventura intelectual de nuestro tiempo*), pág. 188, que en esa misma página precisa lo siguiente: «El genoma humano (el conjunto de nuestro DNA) consta de unos 3,11 millones de pares de bases, repartidos entre los 23 cromosomas del núcleo de las células humanas. Cada una de nuestras células (excepto los eritrocitos o glóbulos rojos de la sangre) contiene una copia del genoma»; *Vid.* AGUADO, B.: «Proyecto Genoma y posgenómica», en *50 años de ADN. La doble hélice* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), Madrid: Espasa-Calpe, 2003, págs. 311, 311-342, especialmente las conclusiones, pág. 342.

medir que se quiera y hágase que el ser humano se ajuste a ella. Se habla siempre de la dignidad del hombre, pero se lo reduce a copos de maíz». <sup>47</sup> Las ideologías y políticas «exterminacionistas» y «eliminacionistas» <sup>48</sup> surgen por doquier, al extremo de que han hecho acertada la afirmación de que «el siglo XX ha sido el más sangriento de la historia humana», <sup>49</sup> encontrándonos en uno de los momentos álgidos de semejante descalabro humano.

Del genoma humano inequívocamente se infiere que el «ser humano embrionario» y el «ser humano decadente» son los extremos de la «mismidad» de cada ser humano. Efectivamente, «ni siquiera el recién nacido es definitivo, porque el crecimiento global del individuo (...), pasando por la etapa adulta hasta la vejez, debería ser visto como la prolongación del mismo proceso embriológico: la embriología global». <sup>50</sup>

### 1. Un incontrovertible punto de inicio o de partida (el «ser humano embrionario») y una indefectible entropía (el «ser humano decadente»)

El punto de partida e inicio del ser humano, de la persona, es el «embrión humano», de ahí su identificación con el «ser humano embrionario» (la diferenciación es meramente semántica, terminológica, y por ello irrelevante, pues el embrión humano «ya es un humano»).

Las bases para la respuesta a los interrogantes de ¿cuál es el concepto de «embrión humano» o ser humano embrionario?, y ¿cuándo comienza ese ser humano?, ya se han indicado.

Resta tratar sobre si el Derecho (en cuanto que una de las estructuras culturales), o mejor dicho los concretos ordenamientos jurídicos, y en especial nuestro ordenamiento jurídico-positivo, son obedientes y se corresponden con el estado alcanzado por el conocimiento científico. Parecidas consideraciones cabe efectuar acerca del «ser humano decadente».

<sup>47</sup> ARDEY, R., *op. cit.* (*La evolución del hombre: La hipótesis del cazador*), págs. 11-12.

<sup>48</sup> Me remito a la obra de GOLHAGEN, D.J.: «Peor que en la guerra. Genocidio, eliminacionismo y la continua agresión contra la humanidad», Madrid: Taurus, 2010.

<sup>49</sup> DEL PONTE, C.: *La Caza. Yo y los criminales de guerra*, Barcelona: Ariel, 2009, pág. 50; Baste con citar a Daniel Jonah GOLDHAGEN: *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, Madrid: Taurus, 1997; RAYFIELD, D.: *Stalin y los verdugos*, Madrid: Taurus, 2003; MÉLUICH, J.C.: *La lección de Auschwitz*, Barcelona: Herder, 2004; BUBER-NAUMAN, M.: *Prisionera de Stalin y de Hitler*, Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2005; BOYNE, J.: *El niño del pijama a rayas*, Barcelona: Salamandra, 2007; OBERSKI, J.: *Infancia*, Barcelona: Ediciones B, 2008; SPITZ, V.: *Doctores del infierno*, Barcelona: Tempus, 2009; MAN, E.: *Cuando las luces se apagan*, Barcelona: Ediciones Destino, 2009; SOLZHENISTYN, A.: *Archipiélago Gulag*, Tusquets, 2002; GROSSMAN, V.: *Todo fluye*, Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2008; COURTYOIS, S., WERTH, N., PARNÉ, J.L., PACZKOWSKI, A., BARTOSEK K. y MARGOLIN, J.L.: *El libro negro del comunismo*, Madrid-Barcelona: Espasa Calpe/Planeta, 2008; DE FOXA, A.: *Madrid, de corte a checa*, Madrid: El Buey Mudo, 2009; PACE, E.: *Los fundamentalismos*, Madrid: Siglo XXI Editores, 2006; HIRST, M.E.: *Kabul*, Barcelona: Edigraebel/Verticales de Bolsillo, 2007; ELORZA, A.: *Los dos mensajes del Islam. Razón y violencia en la tradición islámica*, Barcelona: Ediciones B, 2008; REES, L.: *El holocausto asiático. Los crímenes japoneses en la segunda guerra mundial*, Barcelona: Crítica, 2009; BELLVER, J.M.: «Cuando el "buen salvaje" era un simple mono de feria», *El Mundo*, págs. 32-33.

<sup>50</sup> DAWKINS, R., *op. cit.* (*El río del Edén*), pág. 41.

## 2. Al comienzo está el «ser humano embrionario»

Con la fertilización de los gametos (embriogénesis) se inicia el desarrollo embrionario humano, habiéndose planteado al respecto las dos siguientes cruciales cuestiones: a) «El embrión humano ¿adquiere esta calificación desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide o debe esperarse a que se alcance otro estadio de su desarrollo?»<sup>51</sup> b) «Deben considerarse embriones humanos los óvulos no fecundados a los que se ha implantado el núcleo de una célula humana madura o que han sido estimulados mediante partenogénesis para dividirse y desarrollarse?»<sup>52</sup>

En el plano científico se nos dice que «el desarrollo de un embrión a partir de un grupo inicial de células lleva la emergencia de estructuras organizadas, (que en los) blastómeros se organizan actividades celulares que van a dirigir el desarrollo correcto del embrión en un patrón temporal y espacial preciso, (que) la especificación de este patrón es controlada por múltiples mecanismos moleculares y celulares, únicos para cada momento del desarrollo y característicos para cada organismo, (y que) la primera acción durante el desarrollo en la que se establece un patrón es durante el diseño de un plan corporal».<sup>53</sup>

En la perspectiva jurídica son muchas, muy diferentes y hasta encontradas las posiciones de los distintos ordenamientos jurídico-positivos, porque, según se dice, «es una materia de alcance social muy sensible (...) caracterizada por las múltiples tradiciones y sistemas de valores».<sup>54</sup> Así, entre los ordenamientos correspondientes a los Estados que conforman el núcleo de la civilización occidental, y que constituyen hoy en día la Unión Europea, puede observarse que «las legislaciones y las prácticas jurisprudenciales divergen a este respecto (pudiéndose distinguir) dos grandes grupos: el primero considera que el embrión humano existe desde la fecundación y, el segundo, que existe a partir del momento en que el óvulo fecundado se implanta en la mucosa uterina».<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Cuestión que formula Abogado General Sr. Yves Bot, en su conclusión 63 de las presentadas el 10 de marzo de 2011, en el asunto C-34/10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, resuelto por la STJUE de 18 de octubre de 2011.

<sup>52</sup> Inquieta el Abogado General Sr. Yves Bot, en su conclusión 63 de las presentadas el 10 de marzo de 2011, en el asunto C-34/10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, resuelto por la STJUE de 18 de octubre de 2011.

<sup>53</sup> GARCÍA-BELLIDO, A. y MARTÍN-BLANCO, A., *op. cit.* (*Desarrollo embrionario y morfogénesis*), pág. 364.

<sup>54</sup> STJUE, Gran Sala, de 18 de octubre de 2011, asunto C-34/2011, Oliver Brüstle y Greenpeace eV.

<sup>55</sup> Indica el Abogado General Sr. Yves Bot, en su conclusión 67 de las presentadas el 10 de marzo de 2011, en el asunto C-34/10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, resuelto por la STJUE de 18 de octubre del 2011, el cual precisa en sus conclusiones 68, 69 y 70 lo siguiente: «Así en Estonia, el artículo 3 de la Ley sobre la fecundación artificial y la protección de los embriones (Kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadus) establece que el embrión es el feto en el estadio precoz de desarrollo, a partir de la fecundación. Asimismo, en Alemania (...) el embrión es el óvulo humano fecundado capaz de desarrollarse, desde la fusión de los núcleos, así como toda célula extraída de un embrión, denominada "totipotencial", apta para dividirse y desarrollarse hasta formar un individuo. En el Reino Unido, el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Ley de 1990 sobre fecundación y embriología humana (The Human Fertilisation and Embryology Act 1990), en su versión modificada por la Ley de 2008 sobre fecundación y embriología humana (The Human Fertilisation and Embryology Act 2008), indica que las referencias a un embrión incluyen un óvulo en fase de fecundación o que sea objeto de otro procedimiento que pueda producir un embrión. En otros Estados miembros, como el Reino de España o el Reino de Suecia, el embrión humano se considera tal desde el momento de su implantación en el útero. En efecto, en España, por ejemplo, existe el preembrión, que es, según el artículo 1, apartado 2, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. El embrión se define en el artículo 3, letra l), de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, como fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que

En absoluto son justificables aquellas diferencias entre el conocimiento científico y el mundo jurídico, que deben reconducirse conforme a la idea de que «para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser suficiente. Pero es evidente que, en las cuestiones fundamentales del Derecho, en la cuales está en juego la dignidad del hombre, el principio de la mayoría no basta».<sup>56</sup> Ha de conciliarse la regulación jurídica con el conocimiento científico, mediante la inteligencia sentiente o sentir intelectual.<sup>57</sup>

La respuesta a las cuestiones antropológicas fundamentales está, por una parte, en la determinación conceptual precisa del ser humano, de su comienzo y de su final, y, por otra parte, en la afirmación, sin relativismos, rotunda de su dignidad e inviolabilidad. La solución está apareciendo por la vía de las reivindicaciones ecológicas, cuya fundamentación en el conocimiento científico, que enlaza con el Derecho natural de base racional y se despega y aleja del positivismo jurídico a ultranza, es un conocido desarrollo que ha desembocado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.<sup>58</sup> En línea con ese devenir ha de reivindicarse la racionalidad del Derecho fundada en la «ecología del hombre».<sup>59</sup>

Se afirma que el conocimiento científico actual contemporáneo es capaz de proporcionar un preciso y exhaustivo conocimiento del proceso biológico que conduce desde la concepción al nacimiento del ser humano, pero al propio tiempo se le imputa su incapacidad para indicar a partir de qué momento empieza verdaderamente la persona humana, sin reparar en que semejante planteamiento es erróneo, al partir de la idea de que la «persona» es una entidad diferente a su realidad biológica,<sup>60</sup> al «ser humano». Precisamente forzar y establecer esa inexistente divergencia es el punto y momento básico de todas las ideologías genocidas, exterminacionistas y eliminacionistas.

Conforme a la radical coincidencia entre «persona» y «ser humano», ha de inquirirse lo siguiente: «Este proceso continuo que empieza con la fusión de los gametos, ¿puede afirmarse con una pre-

el desarrollo se hubiera podido detener»; Cuestión parcialmente diferentes es cuando debe considerarse que comienza el embarazo a efectos de prácticas abortivas, que según MERCADO SANDY, D.A.C.: «El concepto de autonomía en la decisión de abortar», en *Bioética Aplicada*, Institut Borja de Bioética, Barcelona: Proteus, 2011, pág. 215, es el momento de la implantación en el útero materno.

<sup>56</sup> Afirma Joseph Aloisius Ratzinger, papa BENEDICTO XVI, en su discurso sobre los fundamentos del Derecho pronunciado en el Bundestag el 22 de septiembre de 2011, publicado en *Alfa y Omega*, del 29 de septiembre de 2011, págs. 8-9.

<sup>57</sup> Como precisa ZUBIRI, X., a lo largo de su obra *Indigencia y razón*, Madrid: Alianza, 1983.

<sup>58</sup> «En la primera mitad del siglo II precristiano, se produjo un encuentro entre el Derecho natural social desarrollado por los filósofos estoicos y notorios maestros del Derecho romano. De este contacto, nació la cultura jurídica occidental, que ha sido y sigue siendo de una importancia determinante para la cultura jurídica de la humanidad. A partir de este vínculo precristiano entre Derecho y filosofía, inicia el camino que lleva a través de la Edad Media cristiana al desarrollo jurídico de la Ilustración, hasta la Declaración de los Derechos Humanos», afirma Joseph Aloisius Ratzinger, papa BENEDICTO XVI, en su discurso sobre los fundamentos del Derecho pronunciado en el Bundestag el 22 de septiembre de 2011, publicado en *Alfa y Omega*, del 29 de septiembre de 2011, págs. 8-9.

<sup>59</sup> Sobre la «ecología del hombre» *vid.*, Joseph Aloisius Ratzinger, papa BENEDICTO XVI, que en su discurso sobre los fundamentos del Derecho pronunciado en el Bundestag el 22 de septiembre de 2011, publicado en *Alfa y Omega*, del 29 de septiembre de 2011, págs. 8-9; «El adjetivo "racional" lo solemos aplicar a creencias, convicciones, opiniones, deseos, preferencias, decisiones, intenciones, planes, acciones, comportamientos, emociones y a las personas que tienen, desarrollan y llevan a cabo todas esas cosas. Es evidente que solo los hacemos si lo que denominamos "racional" cumple con ciertas condiciones. No todas las creencias son racionales, ni todas las decisiones, ni todas las acciones. Para que lo sean es preciso que cumplan ciertos criterios», afirma GIL, T.: *Acciones, normatividad, historia*, Barcelona: Herder, 2010, pág. 29.

<sup>60</sup> Según el Abogado General Sr. Yves Bot, en su conclusión 80 de las presentadas el 10 de marzo de 2011, en el asunto C-34/10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, resuelto por la STJUE de 18 de octubre de 2011.



cisión científica indiscutible que es la única que permite evitar, por zanjarlas, las cuestiones de orden ético o moral?».<sup>61</sup>

Consecuentemente con el único planteamiento racional posible, que fundamenta la noción de «ser humano» en el conocimiento científico (genético) actual, se ha establecido un concepto jurídico inequívoco de «embrión humano» o «ser humano embrionario» por la jurisprudencia europea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con la indudable autoridad que le caracteriza).<sup>62</sup> Siguiendo aquella jurisprudencia puede procurarse una inequívoca respuesta. Semejante afirmación requiere de los siguientes dos pasos que mantienen un orden preciso. El primero consistente en definir qué es un embrión humano. El segundo es relativo a explicar por qué un embrión humano es un ser humano o un ser humano embrionario.

Primer paso. El «embrión humano» o «ser humano embrionario» se delimita y define en los siguientes términos:<sup>63</sup> a) «Todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un "embrión humano"; b) «También debe atribuirse esta calificación al óvulo humano no fecundado

<sup>61</sup> La plantea el Abogado General Sr. Yves Bot, en su conclusión 80 de las presentadas el 10 de marzo de 2011, en el asunto C-34/10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, resuelto por la STJUE de 18 de octubre de 2011, *vid.* sus conclusiones 72-74, 81-84 y 91.

<sup>62</sup> Se contienen en la STJUE, Gran Sala, de 18 de octubre de 2011, asunto C-34/2011, Oliver Brüstle y Greenpeace eV.; Ciertamente pudiera pensarse que el concepto que en ella se maneja de «embrión humano» o «ser humano embrionario» es limitado y parcial, por cuanto esa sentencia trata de patentes biotecnológicas. Pero naturalmente su pronunciamiento va mucho más allá de ese limitado sector del ordenamiento jurídico y asume valor general, por las siguientes razones. En primer lugar porque el Tribunal «a quo» (Bundesgerichtshof) «planteó, en realidad, una cuestión fundamental, que es la cuestión de la definición del embrión humano». En segundo lugar porque la sentencia trata de la interpretación del Derecho de la Unión Europea. Concretamente, dentro de ese Derecho y como no podía ser de otra manera, de una norma concreta, la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1989, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Norma del Derecho de la Unión, que se promulga, según precisa su décimo considerando, atendiendo a idea, noción y concepción científicamente verdadera, irrefutable, de ser humano o persona, esto es: «Considerando que el Derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas, (y) que es preciso reafirmar el principio según el cual el cuerpo humano, en todos los estadios de su constitución y de su desarrollo», merece semejante consideración. En tercer lugar porque una idea básica o concepto fundamental del Derecho de la Unión Europea, cual es el de ser humano/persona embrionaria o «embrión humano», no puede ser y no ser al mismo tiempo, esto es, ser válido para un sector de ese ordenamiento jurídico y al propio tiempo no ser válido para los demás sectores de ese mismo ordenamiento, so pena de incidir en una fragante contradicción, insostenible y negadora de la existencia de ese mismo Derecho. En cuarto lugar porque ha de considerarse que la interpretación del concepto de embrión humano «solo puede ser europea e uniforme», pues se «desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma e uniforme». En quinto y último lugar, porque los términos en que se le plantearon las cuestiones prejudiciales por el Tribunal «a quo» (Bundesgerichtshof), no dejan lugar a dudas sobre la generalidad y carácter esencial del concepto «embrión humano», cuya precisión requería del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, alcance que consecuentemente también se ha de atribuir a la repuesta o pronunciamiento contenido en la STJUE de 18 de octubre de 2011, que las resuelve. Efectivamente, el Tribunal «a quo» (el Bundesgerichtshof) efectuó un planteamiento que se puede sintetizar en los siguientes términos: ¿Qué debe entenderse por «embriones humanos» (...)? ¿Están comprendidos todos los estadios de desarrollo de la vida humana desde la fecundación del óvulo o deben cumplirse requisitos adicionales, como por ejemplo alcanzar un determinado estadio de desarrollo? ¿Están comprendidos también los siguientes organismos: óvulos humanos no fecundados a los que ha sido trasplantado el núcleo de una célula humana madura; óvulos humanos no fecundados que han sido estimulados mediante partenogénesis para que se dividan y sigan desarrollándose? ¿Están comprendidas también las células madre obtenidas a partir de embriones humanos en el estadio de blastocisto?

<sup>63</sup> Indica la STJUE de 18 de octubre de 2011, asunto C-34/10, Oliver Brüstle y Greenpeace eV, según la cual sin embargo dudoso parece que deban calificarse de «embriones humanos» las «células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto», por lo que parece prudente la remisión a los avances de la ciencia para llegar a saber si aquellas son aptas para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano.

en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura, y al óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis. Aunque en puridad estos organismos no hayan sido objeto de fecundación, cabe considerar, (...) que por efecto de la técnica utilizada para obtenerlos, son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, de la misma manera que el embrión creado por fecundación de un óvulo». Esto es, «constituye un «embrión humano» todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis».<sup>64</sup>

Segundo paso. La aludida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también procura indicaciones fundamentales, por más que no se pronuncie explícitamente al efecto, pero sí lo hace implícitamente al afirmar que la definición del «embrión humano» se inscribe en el «respeto de los derechos fundamentales, en especial de la dignidad humana». Si el embrión tiene dignidad humana es que es ya un ser humano. Que el embrión no es un «golem»,<sup>65</sup> es una evidencia.

No obstante las afirmaciones anteriores, para seguir adelante han de resolverse las siguientes cuestiones: a) ¿Es la existencia de un tipo determinado de cerebro, de mente y de conciencia, lo que determina la condición de ser humano?; b) Dado que ese cerebro se va formando durante el desarrollo embrionario, y entretanto no existe ni cerebro como obra acabada, ni consecuentemente una mente ni conciencia humana, «¿el embrión no es más que una materia viva o ser singular?».<sup>66</sup>

La respuesta a los interrogantes anteriores va de la mano de la siguiente reflexión: es imposible entender cómo esa entidad (también denominada «materia viva» o ser singular), que lleva en sí todo el ser humano, su ser preciso, todo el futuro del organismo,<sup>67</sup> y el organismo humano mismo, no es un ser humano en un momento concreto de su desarrollo. Consiguientemente esa célula totipotente o ese conglomerado de células «¿Será entonces una persona que merece el estatuto ontológico de ser humano?».<sup>68</sup>

Un reduccionismo científico trufado ideológicamente ha mantenido la confusión. Es el conocimiento científico no reduccionista el que aporta la solución. Esta se encuentra en el «inconsciente genómico». Que «hace referencia, simple y llanamente, al colosal número de instrucciones que, contenidas en nuestro genoma, guían la construcción del organismo con los rasgos y caracteres de nuestro genotipo, en lo relativo tanto al cuerpo propiamente dicho como a nuestro cerebro, y que como tales contribuyen al funcionamiento del organismo. El diseño básico de los conjuntos de circuitos

<sup>64</sup> Contenido del fallo de la STJUE de 18 de octubre de 2011, asunto C-34/10, Oliver Brüstle y Greenpeace eV.

<sup>65</sup> «Es el símbolo judío del golem donde el sueño de la materia que cobra vida se expresa con mayor fuerza. La palabra hebrea golem significa "embrión" y, en el Antiguo Testamento (salmos 139,16) designa a un hombre inacabado», indica GUILLEBAUD, J-C., *op. cit. (El principio de humanidad)*, pág. 85.

<sup>66</sup> Pregunta que formula GUILLEBAUD, J-C., *op. cit. (El principio de humanidad)*, pág. 121.

<sup>67</sup> GUILLEBAUD, J-C., *op. cit. (El principio de humanidad)*, pág. 121, según el cual se trata de un «interrogante muy antiguo, en efecto, y aún sin resolver al cabo de tantos siglos (...). En cualquier caso, desde su origen, el debate sobre el estatuto del embrión se consideró tanto más importante por cuanto suscitaba una cierta idea del hombre mismo (...). Pues bien: ese debate inmemorial quedó entre paréntesis cuando las sociedades occidentales en su gran mayoría renunciaron a penalizar la interrupción voluntaria del embarazo (...). Hoy día el estatuto del embrión es de nuevo una cuestión de envergadura».

<sup>68</sup> GUILLEBAUD, J-C., *op. cit. (El principio de humanidad)*, pág. 121.

cerebrales sigue las instrucciones del genoma, y contiene el primer repertorio del saber hacer no consciente con el que se rigen nuestros organismos». <sup>69</sup>

Se trata del «saber hacer genético embrionario», de los «fundamentos inconscientes del comportamiento» que se mantienen y nos caracterizan durante toda la existencia. <sup>70</sup> La idea «embriológica total» concibe al ser humano como un *continuum*, que tiene un principio y un final pero no interrupciones, y que en ese principio se denomina «embrión humano». El criterio embriológico total modula cualquier posible exigencia de encefalización total, para adquirir la condición de ser humano, puesto que «lo que está siendo ya es», consecuentemente el «embrión humano» ya es un «ser humano». De ahí que se diga que «es increíble afirmar que un feto humano no es humano». <sup>71</sup> Ciertamente el desarrollo del embrión puede truncarse accidental o deliberadamente, en ese caso no es que no llegue a alcanzar la condición de ser humano, sino que, al igual que sucede con cualquier otro ser humano ya plenamente desarrollado, por tales causas se ha frustrado su existencia, la vida de un ser humano.

### 3. El tiempo entrópico. El «ser humano decadente»

Definido el punto de partida del ser humano, el «ser humano embrionario», procede delimitar, definir y conceptualizar su «espejo inverso», que no siempre lo es en sentido histórico, «el ser humano decadente, desvanecido o deteriorado». Se trata de una noción que presupone dos concretas consideraciones genéticas:

- a) Por una parte, de que «los genes son información pura: información que puede ser codificada, recodificada y descodificada sin degradación alguna o cambio de significado. La información pura puede ser copiada y, puesto que es información digital, la fidelidad de la copia puede ser inmensa». <sup>72</sup> Los seres humanos «somos máquinas de supervivencia programadas para programar la base de datos digital que hizo la programación. El darwinismo es visto ahora como la supervivencia de los supervivientes en el nivel del código original puro». <sup>73</sup>
- b) Por otra parte, de que «los genes no solo hacen copias de sí mismos que circulan fluyendo durante generaciones. Ellos, en realidad, pasan su vida en los cuerpos e influyen en la forma y en el comportamiento de los sucesivos cuerpos en los que habitan. También los cuerpos son importantes». <sup>74</sup> Precisamente «desde el punto de vista evolutivo los seres vivos no son sino máquinas de supervivencia, accidentales y efímeras, que los genes utilizan para llevar

<sup>69</sup> DAMASIO, E., *op. cit.* (*Y el cerebro creó al hombre. ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones, sentimientos, ideas y el yo?*), pág. 416.

<sup>70</sup> DAMASIO, E., *op. cit.* (*Y el cerebro creó al hombre. ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones, sentimientos, ideas y el yo?*), págs. 416-425, que precisa que tienen «que ver principalmente con la regulación de la vida o muerte y la reproducción», y que «si bien pueden dar la impresión de haber sido decididos por una cognición consciente, en realidad se hallan dirigidos por disposiciones inconscientes».

<sup>71</sup> Afirma CORTINA, A. «El penúltimo aldabonazo: El feto es un ser vivo pero no un ser humano. Antológica Aído. Brutal», precisa RÓDENAS, V. en La entrevista a Adela Cortina, publicada en el diario *ABC* del 24 de mayo de 2009, págs. 24-25.

<sup>72</sup> DAWKINS, R., *op. cit.* (*El río del Edén*), pág. 33.

<sup>73</sup> DAWKINS, R., *op. cit.* (*El río del Edén*), pág. 33.

<sup>74</sup> DAWKINS, R., *op. cit.* (*El río del Edén*), pág. 34-35.

a cabo su evolución». <sup>75</sup> Esto es, «el individuo es un epifenómeno accidental y efímero, que dura una sola generación», <sup>76</sup> y «el ADN ni sabe ni se preocupa. El ADN solo es. Y bailamos al ritmo de su música». <sup>77</sup>

Se puede venir a la condición de «ser humano decadente», por múltiples razones naturales, como el envejecimiento, o no naturales como los accidentes, a consecuencia de enfermedades comunes o profesionales causantes de incapacidades temporales o permanentes, etc., <sup>78</sup> debiendo advertirse que no necesariamente se produce el recorrido histórico de cada ser humano normalmente esperado o típico, que aboca a su extinción, incluso es posible «decadencia» del «ser humano embrionario», sin que se trate de un concepto mixtificado entre el «ser humano embrionario» y el «ser humano» decadente, con una nueva hipotética entidad, el «ser humano embrionario-decadente»

La temprana decadencia del «ser humano» se puede producir porque el genoma humano sea deficiente, porque en el momento del nacimiento, el parto, que constituye un instante especialmente delicado, se produzcan daños (singularmente cerebrales) graves e irreversibles, y, en fin, porque la enfermedad y el accidente pueden acortar la historia individual, conduciendo a ese «ser humano» a la condición de «ser humano decadente». En todo eso caso o no se da el recorrido biológico histórico esperado en el ser humano o es mínimo.

Para considerar a un ser «ser humano» tan minorado o disminuido, que pueda ser considerado «decadente», han de cumplirse dos notas características, la primera es la permanencia y la segunda la gravedad. Por virtud de la primera de aquellas notas no es un «ser humano decadente» aquel que sufre una incapacidad temporal. Por razón de la segunda la degradación o decadencia biológica ha de alcanzar un determinado grado de intensidad.

Para la medición del grado o nivel de degradación biológica, determinante de la «decadencia», son útiles las calificaciones que respecto de la incapacidad profesional o para la realización rentable de una actividad llevan a cabo los sistemas de protección social (previsión social/seguridad social), de tal manera que atendiendo a la clásica graduación de las incapacidades permanentes, no quedarían comprendidos en el concepto de «ser humano decadente» las personas en una situación igual o equivalente a las declaradas incapaces permanentes parciales, estando en el punto crítico quienes se encuentren en situación igual o equivalente a los declarados afectados de un grado de invalidez o incapacidad permanente total, que lo es siempre para la profesión habitual. Cuando el grado de incapacidad sea igual o equivalente a quienes sean declarados con el de incapacidad permanente absoluta, que lo es para toda profesión u oficio, no parece que deban caber dudas acerca de la consideración del afectado como «ser humano decadente», y lo mismo ocurre si su situación se corresponde con los que históricamente se consideraban grandes inválidos.

<sup>75</sup> GARCÍA-SANCHO, J.: «Funciones básicas y envejecimiento», en *50 años de ADN. La doble hélice* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), Madrid: Espasa-Calpe, 2003, págs. 311-342, especialmente las conclusiones, pág. 390.

<sup>76</sup> GARCÍA-SANCHO, J., *op. cit.* (*Funciones básicas y envejecimiento*), pág. 405.

<sup>77</sup> DAWKINS, R., *op. cit.* (*El río del Edén*), pág. 147.

<sup>78</sup> Me remito a mi trabajo «La invalidez permanente», publicado en esta *RTSS*. CEF, núm. 95, febrero 1991, págs. 155-168.

El decaimiento paradigmático, típico y ejemplar es el envejecimiento.<sup>79</sup> Ciertamente «es probable que existan genes cuya expresión (o falta de expresión) de lugar al envejecimiento», aceptándose generalmente que «el envejecimiento resulta de la acumulación de daños que evitan que las células cumplan su función normalmente»,<sup>80</sup> aludiéndose a la «pereza de las enzimas reparadoras»,<sup>81</sup> que cierra el círculo del envejecimiento, de ahí que haya surgido la «teoría unificada del envejecimiento», que «conjuga factores genéticos y ambientales».<sup>82</sup>

En todo caso ha de repararse en que cuando se manejan conceptos extraños al ser biológico, en sí mismo considerado, esto es, culturales, puede complicarse sobremanera la delimitación y definición de «ser humano decadente, desvanecido o deteriorado», dada la confusión de las situaciones determinantes de aquella consideración. Esto es lo que ocurre respecto de las nociones de «discapacidad» y de «dependencia».<sup>83</sup>

Ha de insistirse en la dificultad de precisar al «ser humano decadente, desvanecido o deteriorado», sobre la base de conceptos jurídicos. La «discapacidad» históricamente ha tendido a identificarse con minusvalía.<sup>84</sup> Ese reduccionismo se pone de manifiesto cuando se repara en que «discapacidad»

<sup>79</sup> GARCÍA-SANCHO, J., *op. cit. (Funciones básicas y envejecimiento)*, pág. 405; Indican que «vivir eternamente no viola ninguna ley de la Biología (...). Sin embargo, desde el punto de vista evolutivo un animal viejo, con escasa fuerza vital y reproductora no tiene ninguna utilidad para la naturaleza; es una carga, una fuga de recursos para el resto de la especie. De ahí el razonamiento, algo ingenuo, de que envejecer y morir es un gesto altruista del individuo hacia la especie» FERRY, L. y VINCENT, A-D.: *¿Qué es el hombre?*, Madrid: Santillana, 2000, págs. 303-306, que añaden, en pág. 304, lo siguiente: los genes, «en su trayecto hacia las generaciones futuras, han fabricado vehículos de una calidad técnica cada vez superior a costa, de vez en cuando, de su longevidad (...). A veces, el triunfo reproductivo del algunas especies aumenta con la edad», empero «ningún mamífero escapa al envejecimiento y a la muerte. De todas formas, favoreciendo el punto de vista del hombre, se puede decir que los cuerpos no están hechos para durar» y en pág. 306, que «el futuro del hombre no está seguramente en su victoria sobre la muerte»; Precisa MOSTERÍN, J., *op. cit. (Ciencia viva. Reflexiones sobre la aventura intelectual de nuestro tiempo)*, págs. 207-208, que «la muerte programada surgió como consecuencia del desarrollo de esa cosa tan complicada que es la reproducción sexual (...) una vez concluida la reproducción y transmitidos los genes, las células somáticas (es decir, nosotros) son ya equipaje inútil, ha perdido su función biológica. La muerte es el resultado lateral del sexo. Sexo y muerte, juntos, producen más variabilidad genética que ningún otro sistema biológico conocido».

<sup>80</sup> GARCÍA-SANCHO, J., *op. cit. (Funciones básicas y envejecimiento)*, pág. 407.

<sup>81</sup> *Vid.* GARCÍA-SANCHO, J., *op. cit. (Funciones básicas y envejecimiento)*, pág. 407.

<sup>82</sup> GARCÍA-SANCHO, J., *op. cit. (Funciones básicas y envejecimiento)*, pág. 411.

<sup>83</sup> El artículo 1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, define la dependencia como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal». Conviene precisar que «no todo incapacitado es una persona discapacitada, ni toda persona discapacitada está incapacitado permanentemente para su trabajo o para toda profesión, tratándose de conceptos diferenciados y que, por tanto, no cabe equiparar», indica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2011, que añade «conocida es la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la inexistencia de vasos comunicantes entre grado de discapacidad y pensión de incapacidad, puesto que la doctrina ya unificada por las sentencias del Pleno de dicho Alto Tribunal de 20 y 21 de marzo de 2007 y por otras sentencias posteriores entre las que pueden citarse las de 29 de mayo, 5 de junio y 19 de julio de 2007, así como las de 29 de enero de 2008, 5 de febrero de 2008 y 11 de junio de 2008, entre otras varias, señalan que no se pueden confundir los dos planos legales»; Sobre la dependencia y la enfermedad, me remito a mi trabajo «Enfermedad, Discapacidad y Despido» (Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05), RTSS. CEF, núm. 288, marzo 2007, págs. 137-176; *Vid.* STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 3 de julio de 2010.

<sup>84</sup> La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, considera como tal a «toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales». Esta norma, identifica

alude a cualesquiera limitaciones funcionales, consistan estas en deficiencias físicas, intelectuales o sensoriales, sean permanentes o temporales, se trate de un simple proceso morboso que requiera atención médica o de una enfermedad mental con ciertas consecuencias que afecten, más o menos, a su autonomía personal, sin embargo la «minusvalía» alude a la situación de una persona con discapacidad tomando en consideración su entorno, y las «barreras» que en el mismo se encuentra, sean de naturaleza física o de orden socioeconómico, lo que llama a una cierta gravedad de la limitación y a su relativa permanencia.<sup>85</sup>

Ciertamente la disparidad científica y jurídica acerca de la discapacidad es notable,<sup>86</sup> pone en evidencia las distintas consideraciones biomédica (científica) y cultural (jurídica, política, social y ética o moral) de la discapacidad, pues una cosa es que una cultura juzgue de una determinada manera, como «discapacitados», a las personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, o que los sistemas de protección social les otorguen derechos prestacionales, y otra completamente distinta es que un sujeto a causa de semejante «discapacidad» deba considerarse un «ser humano decadente», noción en la que se atiende a conocimientos procedentes de la medicina y la biología.

Por ello no es pertinente afirmar que todo «discapacitado» es un «ser humano decadente», lo que no obsta a que el concepto de «discapacidad» refiera limitaciones derivadas de los inconvenien-

minusvalía y discapacidad en sus artículos 37 (según redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre) y 37 bis (añadido por aquella Ley 62/2003), al establecer, en el primero de los aludidos preceptos, que será finalidad primordial de la política de empleo de «trabajadores con discapacidad» su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido. En el segundo de aquellos preceptos se acentúa la parificación entre minusvalía y discapacidad, al precisarse que para garantizar la plena igualdad en el trabajo el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas «por motivo de discapacidad», que los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta. En el ámbito de los instrumentos internacionales cabe citar el Convenio núm. 159 de la OIT, adoptado el 20 de junio de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, ratificado por España el 17 de julio de 1990, en él se produce la misma equiparación bien que sea el resultado de un modo de operar peculiar, que consiste en denominar «persona inválida» a quien es una «persona discapacitada». También la OIT en sus Recomendaciones núm. 99, de 22 de junio de 1955, y sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos, núm. 168, de 20 de junio de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, y núm. 169, de 27 de junio de 1984, sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), incide en la misma equiparación, mediando el mismo sistema.

<sup>85</sup> Como precisa el Abogado General Sr. L.A. Geelhoed, en sus conclusiones 57 y 60 de las presentadas el 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A., resuelto por la STJUE de 11 de julio de 2006, el concepto de «discapacidad» es un «concepto jurídico indeterminado susceptible de múltiples interpretaciones en su aplicación práctica», y que «no solo como término médico-científico, sino también en su significado social, está sujeto a una evolución relativamente rápida», al extremo de que «no cabe descartar que determinadas deficiencias físicas o psíquicas tengan la consideración de discapacidad en un contexto social determinado, mientras que en otro no sea así», precisando que la perspectiva histórica abunda en semejante ambigüedad, pues «a lo largo de la historia social de los dos últimos siglos se ha ampliado indudablemente el círculo de personas consideradas discapacitadas», concretando que ello «está relacionado con la drástica mejora de la salud pública en las sociedades de mayor bienestar», añadiendo que todo ello «tuvo como consecuencia que quienes no podían disfrutar de la misma, por estar discapacitados debido a dolencias físicas o psíquicas más o menos permanentes, se hacían más visibles», y que «la combinación de la dinámica y variación que se produce en la percepción científica y en la idea que la sociedad se forma del fenómeno de la discapacidad impone prudencia a la hora de buscar la uniformidad».

<sup>86</sup> «Los progresos de las ciencias biomédicas han llevado a entender mejor las dolencias físicas y psíquicas que causan discapacidades, contribuyendo con ello a la ampliación del concepto de "discapacidad", (por ello) el contexto social en que se mueven los discapacitados puede ser importante para responder a la cuestión de si estos son considerados como tales», afirma el Abogado General en sus conclusiones 61 y 62 de las presentadas el 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A., resuelto por la STJUE de 11 de julio de 2006.

tes físicos, mentales o psíquicos y que suponen un obstáculo para que una persona participe en la vida activa y profesional.<sup>87</sup> Una dificultad añadida lo constituye el que el mismo término «discapacidad» se utiliza en sectores del ordenamiento jurídico distintos de los antes enunciados, con diferente contenido,<sup>88</sup> y desde luego alejado de cualquier connotación con el «ser humano decadente».

Dejando al margen la circunstancia de que bajo el pretexto de pretendidos argumentos económicos de interés general se suelen esconder ideologías populistas y totalitarias,<sup>89</sup> conviene recordar que los primeros sistemas de protección mutualistas que surgen en los gremios medievales<sup>90</sup> se centran en la prestación de recursos a aquellos agremiados que, entre otras causas, debido a su decaimiento biológico a causa a su edad avanzada (vejez) no podían trabajar con el mínimo rendimiento exigible para poder atender a su propia subsistencia.

Pero en la evolución posterior de la protección social, con la creación de los sistemas de previsión social, primero, y de seguridad social, más tarde, en la protección de la vejez se ha producido una radical transformación, llegando simplemente a desvirtuarse el principio empático o solidario en que se fundamentaba la protección del «envejecido» (mediante el otorgamiento de prestaciones, dinerarias y ayudas específicas), al extremo de ya no poder hacerse equivalente «ser humano decadente» y «jubilado» en los sistemas de previsión social avanzados o de seguridad social, en los que

<sup>87</sup> Como resuelve la STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A.; La problemática expuesta se ve incrementada cuando se repara en que «como una de las características con las que la literatura distingue la discapacidad de la enfermedad, se menciona a menudo la permanencia de la deficiencia física o psíquica. Efectivamente, en la mayoría de los casos ese criterio sirve de ayuda. Sin embargo existen enfermedades que se van desarrollando progresivamente y que durante un periodo considerable privan a los pacientes seriamente de sus funciones, de modo que estos se ven tan drásticamente limitados que en la vida social no se distinguen sustancialmente de los discapacitados "permanentes"» Indica el Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, en su conclusión 63 de las presentadas el 16 de marzo de 2006, en aquel asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A.

<sup>88</sup> Así sucede cuando se hace referencia a la falta de capacidad de obrar del menor de edad y al concepto civil de «incapacidad», lo que se, a su vez, se contradice con la idea de que la normativa legal del menor, especialmente mediante la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que «refleja progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás». Expresión «menores de edad» que no podría sustituirse por «incapacitados» o «discapacitados». Esa misma legislación se fundamenta en que «el conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección (...) es promover su autonomía como sujetos», y considera que «de esta manera podrán (los menores) ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro», así resulta que la idea sobre la que descansa aquella norma no es otra que la de «las necesidades (...) como eje de sus derechos y de su protección». No obstante aquella norma y el resto de nuestro ordenamiento jurídico privado parece implícitamente establecer una cierta relativa paridad entre «discapacidad»/«minoría de edad»/«incapacitación». Así en los artículos 200, 1.263 y 1.264 del CC se establece que: «no pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados; 2.º Los incapacitados», que «la incapacidad (...) está sujeta a las modificaciones que la Ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece», y que «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

<sup>89</sup> Como precisa MARTÍN REBOLLO, L.: «Catorce "estaciones" normativas en la jubilación del funcionario», en *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Madrid: Iustel, 2007, pág. 256, en donde precisa que «a pesar del origen de su nombre, la jubilación no siempre es equivalente a júbilo».

<sup>90</sup> Sobre el trabajo en la antigüedad y durante el medioevo, así como acerca de la aparición de los primeros mecanismos de protección social, *vid.* ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.ª ed. Madrid: Civitas, 1994, págs. 131-264; *Vid.* también RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J., en RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLchez PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, Madrid: Tecnos, 2001, pág. 28.

puede constatarse la existencia de un perverso sistema de retroalimentación conceptual.<sup>91</sup> Por ello ha de reafirmarse que no son equivalentes «jubilación» a «vejez», ni «jubilado» a «envejecido». No jugando necesariamente la idea de que el jubilado es un «invalido presunto por edad», pasado a ser prevalente su condición de «rentista estatal».<sup>92</sup>

<sup>91</sup> En Alemania la legislación social de Bismarck, que se elabora a partir de 1880, da lugar al primer sistema de seguros sociales, con la aparición en 1889 del seguro de vejez e invalidez. En España es a partir de 1878 cuando se desarrolla una importante legislación social, pudiéndose destacar la creación de la Comisión de Reformas Sociales, en 1883, del Instituto de Reformas Sociales, en 1903, y, singularmente, la creación del Instituto Nacional de Previsión en 1908 y del Ministerio de Trabajo en 1920. El primero de los seguros sociales fue el "retiro obrero", establecido por Real Decreto de 22 de marzo de 1919. El retiro obrero nace dentro de las concesiones burguesas, sobre un proyecto del INP que recogía parcialmente la tesis de la obligatoriedad del aseguramiento, triunfante en la Conferencia de Seguros Sociales de 1917. El retiro obrero está adornado de perfección técnica y coherencia interna en sus principios», precisa DE LA VILLA GIL, L.E.: «La reforma del derecho de las pensiones», recogido en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, pág. 1.442; El conjunto de los Seguros sociales se complementó con un extraordinariamente efectivo sistema de protección de base profesional, auténtico germen de lo que más tarde será el sistema español de Seguridad Social. Efectivamente mediante la Ley de 6 de diciembre de 1941 y su reglamento de 25 de mayo de 1942 se establecen el «mutualismo laboral», organizado fundamentalmente por sectores y ramas de actividad. La Ley de bases de 28 de diciembre de 1963 supone un cambio radical en el panorama de la protección social nacional, iniciándose la andadura del sistema español de Seguridad Social a partir del Texto articulado I de 28 de diciembre de 1966, de prolongada vigencia, hasta que se aprueba el texto refundido (de aquella norma con la Ley de 1972) de 1974, los desarrollos legislativos posteriores por muy conocidos no es preciso indicarlos; «En relación con la incapacidad/invalidez permanente, la contingencia que se protege es la pérdida de ingresos y la falta sobrevenida de aptitud para el trabajo, con base en razones patológicas personales e involuntarias que se prolongan en el tiempo más allá de los límites de la incapacidad temporal concurriendo además los dos requisitos esenciales que exige la Ley General de la Seguridad Social para que podamos hablar de una invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, a saber: reducciones anatómicas o funcionales determinadas objetivamente y previsiblemente definitivas, que puestas en relación con la capacidad laboral la anulen o disminuyan», dice el STJ de Madrid, en sus Sentencias de 29 y 30 de junio de 2011; «La protección de la incapacidad permanente en el nivel contributivo de la Seguridad Social tiene un carácter marcadamente profesional, en el sentido de que lo que se protege es la disminución o anulación de la capacidad del sujeto protegido para desempeñar un trabajo por cuenta propia o ajena, mediante el reconocimiento, aparte de otras medidas de protección (así, prestaciones de recuperación profesional o medidas de empleo selectivo), de unas prestaciones económicas que sustituyen a las rentas salariales que el trabajador ha dejado de percibir como consecuencia de su lesión o que se ve imposibilitado o dificultado para llegar a percibir. Estas prestaciones económicas varían en su contenido y cuantía en función del grado de disminución que las lesiones sufridas por el trabajador determinan en su capacidad profesional», indica la STC 205/2011, de 15 de diciembre.

<sup>92</sup> Como consecuencia de toda esa evolución histórica, la jubilación ordinaria acaba constituyéndose como «un supuesto que pacíficamente podría incardinarse en la categoría de la extinción por voluntad unilateral del trabajador, concretamente en la figura de la dimisión», indica MELLA MÉNDEZ, L.: «La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica», en *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Madrid: Lustel, 2007, pág. 1.332, en la que precisa que en cuanto que se trata «del cese en el trabajo por razón de edad decidido unilateralmente por el sujeto interesado (pues) aquí el protagonista absoluto de la decisión extintiva es este último, que, al reunir la edad y la carencia necesarias para el acceso a la pensión de jubilación, decide retirarse de la vida laboral activa y pasar a la situación de jubilado». A la jubilación como actuación dejada a la voluntad de la persona se suma la jubilación forzosa, punto en el que me remito a mis trabajos «Las prejubilaciones o "Jubilaciones anticipadas" en las sucesiones de empresas. (Comentario a la STJCE de 4 de junio de 2002, Asunto C- 164/00), «Jubilación forzosa por convenio colectivo. (Comentario a la STC 280/2006, de 9 de octubre de 2006)», «Despido (jubilación) por convenio colectivo. (Comentario a la STJCE, Gran Sala, de 16 de octubre del 2007, asunto C-411/05)» y «La cuestionable legitimidad de la extinción del contrato de trabajo y de la relación laboral por alcanzar el trabajador la edad de jubilación. [Comentario a la STJCE, Sala Tercera, de 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07, The Queen, a instancia de The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) y Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform]», publicados en *RTSS*. CEF, núm. 232, julio 2002, págs. 137-150, núm. 292, julio 2007, págs. 113-142, núm. 299, febrero 2008, págs. 125-156, y núms. 317-318, agosto-septiembre 2009, págs. 133-156, en el ámbito de la función pública primero y más tarde en el de las relaciones laborales. En el caso de los convenios colectivos que prevén la jubilación forzosa del trabajador, estos «no imponen el cese ni el desistimiento empresarial, sino que, en realidad, lo que hace es atribuir al empresario una facultad extintiva en base a la mencionada causa», indica MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, (*La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica*), pág. 1.339.



Resulta así que la «jubilación» se desliga de la idea de vejez,<sup>93</sup> es decir, la jubilación se vincula bien al cumplimiento de una determinada edad (la cual en los sistemas de seguridad social no supone «decaimiento»), o bien a concretas y puntuales políticas de empleo. Que la jubilación no supone «decadencia», física o psíquica se pone de manifiesto por la circunstancia de que, en nuestro sistema de seguridad social, se haya impuesto un rígido sistema de incompatibilidades,<sup>94</sup> de que en nuestro sistema de seguridad social, el percibo de la pensión de jubilación sea compatible con el ejercicio de una actividad profesional,<sup>95</sup> y de que «los profesionales pidan una ley ad hoc para ejercer tras el retiro».<sup>96</sup>

Ha de planearse si la pobreza puede llegar a determinar que una persona devenga a la situación de «ser humano decadente».<sup>97</sup> Al respecto ha de repararse en que la pobreza desarrolla un bucle en el cual llega un momento en que la causa y la consecuencia se confunden, de tal manera que existen muchas posibilidades de que un «ser humano decadente» caiga en la pobreza, así como que una persona pobre<sup>98</sup> se convierta en un «ser humano decadente».

## V. SER HUMANO VS. PERSONA. ¿SON DISOCIABLES PERSONALIDAD Y HUMANIDAD?

La noción de ser humano tiene una inequívoca referencia biológica, referible al conjunto de los primates.<sup>99</sup> Sin embargo, la noción de «persona» se ha elaborado sin ese entronque inequívocamente biológico, sino que se trata de un concepto cultural (filosófico, político y jurídico). El término

<sup>93</sup> Vid. STC 280/2006, de 9 de octubre.

<sup>94</sup> Establece el artículo 165 de la LGSS: «1. El disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen». Considerándose que se mantenía en vigor, a nivel reglamentario el artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, según el cual: «El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General, o de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, previstos en los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social».

<sup>95</sup> No obstante lo dispuesto en el artículo 165.1 de la LGSS, y en el artículo 16 de la de 18 de enero de 1967, la disposición adicional decimoquinta del la Ley 30/1995, en la redacción dada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, posibilitaba el percibo de la pensión de jubilación y el ejercicio de una «profesión liberal». Mediante Orden TIN/1362/2011 se estableció la incompatibilidad del percibo de aquella pensión con el ejercicio de dichas actividades profesionales. No obstante, y dada su patente ilegalidad, semejante Orden fue expresamente derogada por la disposición trigésima primera de la Ley 27/2011, que, titulada «compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo», establece lo siguiente: «El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo».

<sup>96</sup> Se indica en el diario económico *Cinco Días* del 28 de julio de 2011, pág. 27, tras el título «Los profesionales piden una ley ad hoc para ejercer tras el retiro», lo siguiente: «La Unión Profesional, una organización que agrupa a todas las organizaciones colegiales y consejos de España, ha reclamado la aprobación de una norma específica que permita compatibilizar trabajo con cobro de la pensión».

<sup>97</sup> «Uno de cada cinco jubilados está en riesgo de pobreza», indica el diario *El Economista* del 25 de enero de 2011, pág. 31.

<sup>98</sup> «La crisis dispara las peticiones de ayuda a Cáritas para subsistir», portada del diario *ABC* del 25 de junio de 2009.

<sup>99</sup> AYALA, F.J., *op. cit.* (¿Soy un mono?), pág. 19, indica: «Soy un primate. Los monos son primates, pero los humanos no son monos. Los primates incluyen a los monos, a los simios y a los humanos. Los humanos están más cerca del linaje de los simios que de los monos. Por decirlo de otra manera, los simios son nuestros primos hermanos, mientras que los monos son nuestros primos segundos o terceros. Dentro de los simios estamos más cerca de los chimpancés, más lejos de los gorilas y mucho más lejos de los orangutanes».

carece de un origen claro, pero las teorías existentes coinciden en señalar como su primer significado el de «máscara», esto es, refiere un algo exterior, pero no necesariamente ajeno, al ser humano, «por eso persona tuvo, desde sus orígenes, un sentido social y relacional: el hombre en un contexto social de relación»,<sup>100</sup> cuyas derivaciones posteriores son bien conocidas.<sup>101</sup>

En su consideración jurídica resulta que «en una visión no positivista, iusnaturalista, la persona (...) es, por derecho natural, toda persona humana. En la visión positivista será también persona humana como tal, aunque no por naturaleza, sino por concesión del ordenamiento positivo [lo que llevó a negar la personalidad jurídica de los esclavos (...) y actualmente a los no nacidos]»,<sup>102</sup> el bebé<sup>103</sup> e incluso el niño.<sup>104</sup> Ha de recordarse que «en las culturas arcaicas, y también desde las formas de pensamiento más antiguas, siempre se buscó y encontró la personalidad en otros objetos». <sup>105</sup> Calígula, el emperador romano, en el año 40 d. C., nombro cónsul y sacerdote a su caballo (Incitatus).

Con la aparición del Estado moderno, «concepto histórico concreto»,<sup>106</sup> se produce la continuidad de la monopolización por el mismo de la creación del Derecho, de todo el Derecho.<sup>107</sup> Efec-

<sup>100</sup> HERVADA, J.: *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 4.ª ed., Pamplona: Eunsa, Ediciones de la Universidad de Navarra, 2008, pág. 426, que precisa en la misma página que al término se le ha atribuido un origen etrusco (relativo a la palabra *phersu* o personaje enmascarado, o a la diosa Perséfone), también griego *prósopon* (rostro, faz, máscara), o incluso como derivado del verbo *resonare* (resonar con fuerza); La proyección política de la persona es el ciudadano o «habitante de la ciudad y, en primera instancia el habitante (varón y libre) de la Atenas del siglo V antes de Cristo», destacándose que en una famoso discurso de Pericles con ocasión de los primeros muertos de la guerra del Peloponeso, y dirigido a los supervivientes «pueden encontrarse muchas de las características de la ciudadanía: igualdad de participación, igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades y suelo común de estatus social: hubo de transcurrir mucho tiempo y hubieron de entablarse duras batallas antes de que ninguna nación moderna se aproximara a ese ideal», indica DAHRENDORF, R.: *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Barcelona: Modadori, 1993, pág. 54; *Vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, F.: *De Solón a nuestros días*, Madrid: Temas de Hoy, 1997, págs. 35-206.

<sup>101</sup> *Vid.* HERVADA, J., *op. cit.* (*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*), págs. 426-428, y sobre la persona en sentido ontológico, págs. 430-463.

<sup>102</sup> HERVADA, J., *op. cit.* (*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*), pág. 466, que añade, en págs. 466-467, que «el problema que presenta el positivismo es doble: a) Por un lado, deja persistente elementos de la concepción estamental tan decisivos como poner la raíz de los derechos en la concesión del ordenamiento jurídico (...); b) Por otra parte, independientemente de la cuestión del derecho natural, el problema que se plantea es que, destruido el estado o estamento como raíz o causa de los derechos, estas –raíz y causa– solo pueden ponerse en la persona humana (...) y, por tanto, cualquiera que sea la explicación que de ello se dé, se es persona en sentido jurídico por ser hombre y solo por ello».

<sup>103</sup> MOSTERÍN, J., *op. cit.* (*La naturaleza humana*), pág. 327.

<sup>104</sup> Al extremo de que el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, con entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, haya tenido que declarar lo siguiente: «Todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida».

<sup>105</sup> HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, Barcelona: Ariel, 1987, pág. 14, que indica en pág. 16, «hasta los siglos XV-XVI no tuvo lugar una más precisa fijación de la divisoria entre el hombre por un lado, y las demás criaturas por otro, atribuyéndose solamente a aquel la calidad de persona (...). Así se sorteaba la otra línea divisoria del moderno concepto de persona: todo hombre es persona. El fundamento de tal afirmación se encontraba en la Biblia (...). No era cosa baladí que, ya en la Biblia y posteriormente en la doctrina de la Iglesia cristiana, la categoría "hombre" fuese expuesta como concepto superior y justificativo del género».

<sup>106</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, A.: *Historia del Derecho Español*, Barcelona: Cálamo, 2001, pág. 256.

<sup>107</sup> Si bien «desde el siglo XX, de manera excepcional, los monarcas comenzaron a dictar disposiciones de carácter general (decreto o constituciones) sin que se les concediera el carácter de leyes (...). Esta situación cambió radicalmente a raíz de la *decretal per veenerabilem* de 1213. En efecto, en los textos normativos elaborados por Alfonso X (Espéculo, Fuero Real y Partidas) encontramos al rey investido con la facultad de hacer leyes. A partir de este momento la actividad normativa en sus diferentes manifestaciones –leyes, posturas, ordenamientos– se convirtió en la función más importante del monarca», indica SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, A., *op. cit.* (*Historia del Derecho Español*), pág. 196.

tivamente, así sucede que «en el reinado de los Reyes Católicos se asiste al triunfo de dos grandes principios: la tendencia a la estatización del Derecho y a la absorción de la facultad legislativa por el poder soberano». <sup>108</sup> Con ocasión de las Leyes de Toro, se produce un sustancial cambio en cuanto que «será la ley la que fija los requisitos para que el hijo se considere nacido y no abortivo, debiendo cumplirse tres cualidades: nacer vivos, permanecer vivos durante veinticuatro horas y ser bautizados. De este modo, y con fines de seguridad jurídica, superando asimismo la legislación de Fuero Real y Partidas, se anuncia el principio de la viabilidad como importante innovación, al tiempo que se mantiene la exigencia del bautismo, contemplado en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real, en consonancia con el espíritu de la época». <sup>109</sup> Su importancia radica en que va a guiar la definición de persona en las normas siguientes y codificación decimonónica.

La «personalidad», como «neologismo de finales del siglo XVIII», <sup>110</sup> tuvo una funcionalidad específica, constituyendo «la fuerza con que los partidarios de la filosofía ilustrada sustituyeron la autoridad oficial», <sup>111</sup> de tal manera que «la persona era un concepto jurídico; la personalidad, una cualidad ética, una capacitación para la libertad en la que debería desenvolverse el hombre». <sup>112</sup> Al propio tiempo que se afirma su dignidad, «consiste en la eminencia o excelencia del ser humano, mediante una intensa participación en el más alto grado del ser, que lo constituye como un ser dotado de debidad y exigibilidad en relación con sí mismo y en relación con los demás hombres». <sup>113</sup>

En las definiciones legislativas, la naturaleza y la razón han venido siendo determinantes de sus conceptos fundamentales relativos al ser humano-persona, en una consideración obediente al conocimiento científico pero no positivista del hombre ni de su humanidad. <sup>114</sup> Ha de afirmarse que «la personalidad jurídica –ser persona– no es una concesión de la ley o de la sociedad. El hombre –y por consiguiente todo ser humano en tanto ser humano– es persona en sentido jurídico, en cuanto que es –y porque es– persona en sentido ontológico. Todo hombre es jurídicamente persona por ser hombre independientemente de cualquier estado y condición; y en este sentido se interpreta correctamente el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: «Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law». <sup>115</sup> En fin, que todos los miembros de la especie humana, por esa mera y simple circunstancia, son en todo caso y circunstancias, personas.

<sup>108</sup> VILLAPALOS, G.: *Justicia y Monarquía. Puntos de vista sobre su evolución en el Reinado de los Reyes Católicos*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1997, pág. 43.

<sup>109</sup> VILLAPALOS, G., *op. cit.* (*Justicia y Monarquía. Puntos de vista sobre su evolución en el Reinado de los Reyes Católicos*), págs. 259-260.

<sup>110</sup> HATTENHAUER, H., *op. cit.* (*Conceptos fundamentales del Derecho Civil*), pág. 21.

<sup>111</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>112</sup> *Vid.* nota 110.

<sup>113</sup> HERVADA, J., *op. cit.* (*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*), pág. 452.

<sup>114</sup> Indica Joseph Aloisius Ratzinger, papa BENEDICTO XVI, en su discurso sobre los fundamentos del Derecho pronunciado en el Bundestag el 22 de septiembre de 2011, publicado en *Alfa y Omega*, del 29 de septiembre de 2011, pág. 9, que «la visión positivista del mundo es en su conjunto una parte grandiosa del conocimiento humano, a la cual en modo alguno debemos renunciar. Pero ella misma no es una cultura que se corresponda y sea suficiente en su totalidad al ser hombre en toda su amplitud. Donde la razón positivista es considerada como única cultura suficiente, relegando todas las demás realidades culturales a la condición de subculturas, esta reduce al hombre, más todavía, amenaza su humanidad».

<sup>115</sup> HERVADA, J., *op. cit.* (*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*), pág. 469.

Sin embargo nuestro Código Civil establece un concepto «formal» de persona, discrepante de la noción de «ser humano», que se infiere del estado del conocimiento científico (biológico fundamentalmente), indicando que «el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones (que de seguido se expresan en la misma norma)», y que «la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».<sup>116</sup>

En todo caso semejante prescripción legal, al contradecir palmariamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, tiene tacha de inconstitucionalidad, porque nuestra Constitución establece que «la dignidad de la persona,<sup>117</sup> los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» y que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Consecuentemente la indisociabilidad de ser humano y persona desemboca naturalmente en el personalismo ético, lo cual tiene consecuencias trascendentes, entre otras que no hay «personas invisibles».

## VI. LA «DIGNIDAD HUMANA» O LA «DIGNIDAD DE SER HUMANO»

La persona es un «ser digno» porque es un «ser humano», la humanidad produce la personalidad y la dignidad, no a la inversa. No se trata de la «dignidad del ser humano» como algo externo al «ser humano» o a «ser humano», concedida por una divinidad religiosa, cosmológica o terráquea, sino que aquella es inmanente a «ser humano», por eso es más propio referirse a la «dignidad de ser humano» que a la «dignidad del ser humano». La «dignidad humana», o «dignidad de ser humano»,

<sup>116</sup> Artículo 30 del Código Civil, según la redacción dada por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Su redacción anterior establecía que «para los efectos civiles, solo se reputará nacido que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendidos del seno materno», sobre esta redacción *vid.* ROGEL VIDE, C.: *Derecho de la persona*, Barcelona: Cálamo, 2002, págs. 31-34; ¡El cambio legislativo supone, al menos por un instante, que quien no es persona es personal! También se ha venido interpretando nuestro ordenamiento jurídico (art. 30 CC, en su antigua redacción) en el sentido de que nuestro ordenamiento no limitaba la personalidad del «ser humano embrionario», y que lo único que hacía era someter la eficacia de sus derechos y facultades patrimoniales a la condición suspensiva del nacimiento, en ese sentido STORCH DE GRACIA y ASENSIO, J.G.: «Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido», *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 1.726, de 5 de junio de 1987, pág. 6, en donde añade que «todo ser humano es persona, desde el momento mismo de la concepción. Como quiere que el concebido no nacido es persona porque tiene, de modo inherente e inviolable, derechos que determinan su propia estructura, la esencia de su propia personalidad, de ello se deduce que tiene capacidad jurídica abstracta o general (...), si bien la ley civil la limita en su *quantum* de manera que solo concede derechos patrimoniales que sean favorables, sometidos a condición suspensiva de cumplimiento de los requisitos legales para que se le tenga por nacido (...). En cambio, la ley civil no puede (...) limitar el contenido esencial de los derechos de la personalidad, que los tiene plenamente desde que exista como ser humano (persona), sin condiciones suspensivas de tipo alguno».

<sup>117</sup> La idea de la protección de la dignidad humana es muy posterior en el tiempo a la idea «persona» que, íntimamente ligada de «libertad individual» en la celebre contraposición medieval entre nominales y thomistae (con la esencial aportación del Aquinatense), constituye una de las grandes aportaciones al mundo de la civilización occidental, *vid.* CARPINTERO F., MEGÍAS, J.J., RODRÍGUEZ PUERTO, M.J. y MORA E.V. en *El Derecho Subjetivo, en su historia*, Cádiz: UCA, 2003, especialmente págs. 54 ss.; «La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás», indica la STC 53/1985, de 11 de abril.

es una creación de la cultura occidental, «es civilización occidental» en sentido estricto,<sup>118</sup> ocupando el lugar más destacado como principio informador del Derecho occidental.

Tanto es así que constituyó, *nominatim*, el primero de los valores sobre los que se fundamentó el proyecto de Constitución Europea,<sup>119</sup> proclamándose precisamente por su «comunidad a todos los Estados miembros». La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en diciembre del año 2000, establece en su artículo 1 que «la dignidad humana es inviolable» y que «será respetada y protegida».

<sup>118</sup> «En su dimensión más elemental, la dignidad humana implica reconocer a cada individuo el mismo valor. La vida de cada uno es valiosa por el mero hecho de ser humana, y ninguna vida es más valiosa o menos valiosa que cualquier otra. Tal como recientemente ha recordado Ronald DWORKIN: *¿Is democracy posible here?: Principles for a new political debate*, Princeton University Press, 2006, por más que existan entre nosotros profundas divergencias sobre las cuestiones de moralidad política, la estructura de las instituciones políticas y el funcionamiento de los Estados democráticos, seguimos compartiendo, pese a todo, el valor que atribuimos a este principio fundamental. Por consiguiente, los individuos y las instituciones políticas no deben actuar de tal modo que se menoscabe la importancia intrínseca de cada vida humana», precisa el Abogado General, Sr M. Poiars Maduro, en la conclusión 9, de su escrito presentado el 31 de enero de 2008, en el asunto C-303/06, S. Coleman contra Attridge Law y Steve Law, resuelto por la STJUE, Gran Sala, de 17 de julio de 2008; Por ello la garantía de la dignidad humana, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español, indica jurisprudencia constitucional, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre.

<sup>119</sup> Tratado por el que se establece un Constitución para Europa, publicada en el DOUE de 12 de diciembre de 2004, C-310. La Parte II, de aquella proyectada Constitución relativa a los derechos fundamentales (formada por la «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión», incluido su preámbulo), destacaba el lugar prominente de la dignidad humana entre los mismos. El Título I de aquella Parte II de la Constitución Europea, que se denominaba «Dignidad», mediante su artículo II-61, («dignidad humana»), establecía lo siguiente: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida». Ejemplar es la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en STJCE de 14 de octubre de 2004, (asunto C-36/02, Omega), en la que fundamenta y justifica la prohibición de un juego consistente en «simulaciones de homicidio» de personas, un «juego de matar», de simular el homicidio de personas como divertimento, con fines lúdicos. Una época en la que se comercializa el «jugar a matar a personas por medio de un registro de impactos», hace buena la observación de que «el siglo XX no tendrá que hacer trampas para llevarse, dentro del palmarés de la historia, el gran premio al horror. Crímenes en masa, organizados racionalmente y a sangre fría. Crímenes surgidos de una perversión del pensamiento que quedará simbolizado para siempre con el nombre de Auschwitz», indica MÉLICH, J.-C., *op. cit. (La lección de Auschwitz)*, pág. 83, que añade que se trata de que «las víctimas no tengan rostro y sus verdugos tengan la impresión de que no están asesinando a personas, a seres humanos, sino a cosas, a insectos, a parásitos». «Los huesos y las cenizas de los campos de exterminio nazis, las pirámides de cráneos en Camboya, o las inmundas fosas descubiertas en Bosnia o Kosovo son los auténticos iconos de la historia reciente», precisa STEINER G., en *Gramáticas de creación*, citado por MÉLICH, J.-C., *op. cit. (La lección de Auschwitz)*, pág. 19. Que lamentablemente parece no haber terminado con el final del siglo XX. GOLDHAGEN, D.J., en *op. cit. (Los verdugos voluntarios de Hitler: Los alemanes corrientes y el holocausto)*, págs. 46-47, afirma que «la gente ha de estar motivada para matar a sus semejantes, pues de lo contrario no haría tal cosa. ¿Cuáles eran los conocimientos y valores que posibilitaron las motivaciones genocidas en este periodo de la historia alemana? ¿Cuál era la estructura de creencias y los valores que la hicieron inteligible y juicioso para los alemanes corrientes, que se convirtieron en perpetradores, un ataque genocida contra los judíos? Puesto que toda explicación debe dar cuenta de las razones de decenas de millares de alemanes con unos antecedentes muy diversos y que trabajaban en distintas instituciones, y también debe explicar una amplia gama de acciones (y no solamente la matanza), es preciso hallar una estructura común adecuada a todos ellos que explique el alcance de sus acciones. Esta estructura de conocimientos y valores estaba situada e integrada en la cultura alemana»; Las SSTJUE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, ERT, y de 29 de mayo de 1997, asunto C-299/95, Friedrich Kremzow contra República Österreich y en que interviene Wilfried Weh, afirmaron la vigencia absoluta del respeto a los derechos humanos (...) en el ámbito de la Unión Europea. Según indica la última de las sentencias citadas: «Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido. Dentro de este contexto, el Convenio (Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) reviste un significado particular. Como señaló también el Tribunal de Justicia, de ahí se deduce que no pueden admitirse en la (Unión Europea) medidas incompatibles con el respeto a los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera».

La dignidad de la persona, como «fundamento del orden político y la paz social», obliga a «reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador». La garantía de la dignidad humana, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona,<sup>120</sup> ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar,<sup>121</sup> salvaguardando la Constitución «absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal».<sup>122</sup>

Es construcción sintética del mejor pensamiento humano y se ubica en la urdimbre de Europa.<sup>123</sup> «Las grandes ideas, esa es la cultura europea»,<sup>124</sup> por eso no se dejó robar su humanidad o la «dignidad de ser humano». La dignidad humana se vincula a la racionalidad característica europea, que se proclama desde el Estagirita en el siglo III a.d.C., lejos de cualquier «pensamiento basado en el punto de vista privilegiado sobre el mundo» y de las «sociedades cerradas», creándose el Derecho que, fundado en la falibilidad gnoseológica («cosmos» frente a «taxis»), acabará con cualquier «mito del Gran Legislador»<sup>125</sup> e impondrá la teoría igualitaria de la racionalidad. «Para el desarrollo del Derecho y de la Humanidad, ha sido decisivo que los teólogos cristianos hayan tomado posición contra el Derecho religioso y se hayan puesto de parte de la filosofía, reconociendo la razón y la naturaleza en su mutua relación como fuente jurídica válida para todos».<sup>126</sup>

Los derechos humanos existen en cuanto reconocimiento de los derechos «naturales»,<sup>127</sup> inherentes a la condición de ser humano. No son lejanas negaciones inmensas de los mismos y, consecuentemente, de la idea misma del Derecho. Su ejemplo, los totalitarismos eliminacionistas, exterminacionistas y genocidas del siglo XX (las nuevas «religiones civiles»), que nos recordaron la importancia, centralidad y basamento del Derecho en la «dignidad de ser humano», porque si se quita ese fundamento desaparece el Derecho y entonces «¿qué distingue al Estado de una gran banda de bandidos?».<sup>128</sup>

<sup>120</sup> SSTC 53/1985, de 11 de abril y 91/2000, de 30 de marzo.

<sup>121</sup> SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 57/1994, de 28 de febrero.

<sup>122</sup> SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, 99/1985, de 30 de septiembre, y 242/1994, de 20 de julio.

<sup>123</sup> Vid. VALCÁRCEL, D.: «Votar el 20 de febrero», diario *ABC* del 7 de febrero de 2005, «La Tercera», pág. 3.

<sup>124</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR, F.: «Paisaje después de la batalla», diario *ABC* del 4 de diciembre de 2011, «La Tercera», pág. 3.

<sup>125</sup> Vid. INFANTINO L.: *Ignorancia y libertad*, Madrid: Unión Editorial, 2004, págs. 18, 123-124 y 229.

<sup>126</sup> Precisa Joseph Aloisius Ratzinger, papa BENEDICTO XVI, en su discurso sobre los fundamentos del Derecho pronunciado en el Bundestag el 22 de septiembre de 2011, publicado en *Alfa y Omega*, del 29 de septiembre de 2011, pág. 8.

<sup>127</sup> En contra MOSTERÍN, J., *op. cit.* (*La naturaleza humana*), pág. 363, en donde afirma que «los derechos naturales, independientemente de nuestras convenciones, no existen, son meras ficciones».

<sup>128</sup> Indica Joseph Aloisius Ratzinger, papa BENEDICTO XVI, en su discurso sobre los fundamentos del Derecho pronunciado en el Bundestag el 22 de septiembre de 2011, publicado en *Alfa y Omega*, del 29 de septiembre de 2011, pág. 8, que añade «hemos experimentado cómo el poder se separó del Derecho, se enfrentó contra él; cómo se pisoteó el Derecho de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del Derecho; se transformó en una cuadrilla de bandidos muy bien organizada, que podía amenazar el mundo entero y llevarlo hasta el borde del abismo».

La protección de la dignidad humana se reconoce en todos los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, bien que pueda «expresarse conceptualmente de diversas formas»<sup>129</sup>, literalmente solo en las constituciones más modernas, como la nuestra (art. 10.1), bien entendido que, en los momentos actuales, «la dignidad humana solo adquiere un contenido material concreto a través de sus derivaciones y formulaciones en los diferentes derechos fundamentales y actúa, en relación con los mismos, como criterio de valoración y de interpretación, (por ello) la codificación y la aplicación de garantías concretas en relación con los diferentes derechos fundamentales en lugar de un recurso directo a la dignidad humana resultan lógicas desde el punto de vista de la exigibilidad ante los órganos jurisdiccionales y de la técnica jurídica».<sup>130</sup>

La protección de la dignidad humana se ha venido reconociendo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:<sup>131</sup> a) Integrada en el «reconocimiento de los principios generales del Derecho resultantes—especialmente—de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (de la Unión Europea)»; b) Como «norma y requisito para la legalidad de los actos de la Unión Europea»; c) En cuanto «principio de interpretación de las disposiciones de Derecho de la Unión Europea».

Hoy día existe un general consenso de que el Derecho tiene o incorpora un cierto contenido moral, tras la oposición frontal del positivismo estricto, que si radical en las iniciales posiciones se moderó en sus posteriores formulaciones. Desde la crítica al *concep of law* de HART (por DWORKIN *law's empire*), se acepta generalmente el componente moral del Derecho, que actúa básicamente mediante las normas constitucionales. En relación con los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana», al legislarse sobre ellos no se puede modular o atemperar su contenido<sup>132</sup> ya que se trata de derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal».<sup>133</sup>

<sup>129</sup> Conclusión 85, de las presentadas el 18 de marzo de 2004 por la Abogada General Srta. Christine Stix Hackl, en el asunto C-36/02, OMEGA Spielhallen- y Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, resuelto por la STJUE de 14 de octubre de 2004.

<sup>130</sup> Se indica en las conclusiones 85 y 86, de las presentadas el 18 de marzo de 2004 por la Abogada General Srta. Christine Stix Hackl, en el asunto C-36/02, OMEGA Spielhallen- y Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, resuelto por la STJUE de 14 de octubre de 2004.

<sup>131</sup> Conclusión 90, de las presentadas el 18 de marzo de 2004 por la Abogada General Srta. Christine Stix Hackl, en el asunto C-36/02, OMEGA Spielhallen- y Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, resuelto por la STJUE de 14 de octubre de 2004, que precisa: «La presunción de que el Tribunal de Justicia reconoce la dignidad humana—como principio general del Derecho en el sentido de un principio de valoración—, pero no como derecho fundamental autónomo o base autónoma de un derecho, parece sustentarse también, en un principio, en la distinción que hace en la versión alemana de la sentencia entre el "Beachtung" (respeto) (de la dignidad humana) y "Grundrecht" (derecho fundamental) (a la integridad), si bien esta tesis no tiene ningún fundamento en las demás versiones lingüísticas, incluida la lengua del procedimiento (el neerlandés), en las que se alude en todo momento al "derecho fundamental" al respeto a la dignidad de las personas»; sin que ello suponga que no se mantengan aportaciones relevantes de positivismo estricto moderno, como la de ESCUDERO ALDAY, E.: *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid: Thomson-Cívitas, 2004; Indica SARRIÓN ESTEVE, J.: «Algunos retos actuales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Ceflegal*. CEF, núm. 121, febrero 2011, pág. 78, que «el Tribunal de Justicia sigue desarrollando un sistema de protección de los derechos fundamentales, pero ahora con la referencia de una Carta de los Derechos Fundamentales con fuerza jurídica equivalente a los Tratados, y una utilización del criterio del ámbito del Derecho de la Unión que puede posibilitar el control de los actos de los Estados miembros cuando concurra un elemento de conexión con el Derecho de la Unión».

<sup>132</sup> STC 99/1985, de 30 de septiembre.

<sup>133</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre.

En el «proceso de determinación de tales derechos revisten especial relevancia «la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 de la CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado».<sup>134</sup>

De tal manera que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de nuestra Constitución, «constituye un primer límite a la libertad del legislador. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el artículo 10.2 de la CE».<sup>135</sup> Consecuentemente es imperativo moral, definido como personalismo ético, que se debe atribuir «al hombre, precisamente porque es "persona" en sentido ético, un valor en sí mismo –no simplemente como medio para otros fines– y, en este sentido una "dignidad". De todo ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia».<sup>136</sup>

## VII. EL MANTENIMIENTO DE LA SALUD

El ser humano desde su mismo inicio y hasta su final necesita de la conservación de su salud, en otro caso perece. Las bases biológicas de cualquier proceso de desarrollo y de conservación de la existencia así lo explicitan. Necesidad que se manifiesta tanto antes, como después del nacimiento. Es inherente a su condición biológica y esencial para la supervivencia del «ser humano» el mantenimiento de la salud, que por ello se reconoce y se protege mediante los sistemas de seguridad social o nacionales de salud.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> STC 91/2000, de 30 de marzo.

<sup>135</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre.

<sup>136</sup> LARENZ, K.: *Derecho Civil. Parte General*, Madrid: Edersa, 1978, pág. 46.

<sup>137</sup> BELMONTE, C.: «El desafío del cerebro», en *La ciencia en tus manos* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), 2.ª ed., Madrid: Espasa-Calpe, 2001, pág. 429, indica que «el cerebro no es sino un complejo órgano sometido a las leyes biológicas», y en pág. 453, explicita la necesidad de aquella exigencia antes del nacimiento porque «en el embrión en estado de gástrula, el futuro sistema nervioso aparece simplemente como un conglomerado de células (...). De este agrupamiento celular, de aspecto indiferenciado, surgirán los miles de millones de neuronas y células glía que constituyen el sistema nervioso central y periférico del (...) adulto. En el proceso de desarrollo y maduración neuronales, las células originales se diferencian en centenares de distintas variedades y se ensamblan entre sí a través de conexiones muy bien definidas cuantitativa y cualitativamente, para dar lugar a los circuitos que sirven de base a todas las funciones cerebrales»; Indica BUSTOS GISBERT, A.: *Lecciones de Hacienda Pública*, 4.ª ed.; Madrid: Colex, 2007, pág. 353, que «las prestaciones sanitarias ofrecidas por el sector público tienen una doble justificación. De una parte, nos encontramos con un servicio que genera efectos externos positivos, por lo que la solución que alcanzaría el mercado no sería óptima. De otra, hay indudables elementos de carácter redistributivo, pues la entrega gratuita, o acaso gratuita, de estos servicios permite asegurar que nadie será desprovisto, por falta de medios económicos, de este bien, considerado como esencial en nuestra Constitución»; Me remito a mi trabajo «El derecho a la protección de la salud», publicado en *RTSS. CEF*, núm. 100, julio 1991, págs. 127-146.



La exigencia de salud es también exigencia para la supervivencia del «ser humano decadente», precisamente la razón última de los sistemas de protección social, desde sus iniciales manifestaciones asistenciales hasta los sistemas de seguridad social y nacionales de salud, se encuentra en las necesidades de supervivencia. De tal manera que si el incapacitado temporalmente necesita del cuidado de su salud para sobrevivir, con más razón precisa de ese cuidado el «ser humano decadente».

## 1. El derecho a la protección de su salud

«Se reconoce el derecho a la protección de la salud», dice el artículo 43.1 de nuestra Constitución,<sup>138</sup> que aparece de esa manera separado del derecho de «todos los ciudadanos» a la «asistencia y a las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad» propias del régimen público de Seguridad Social (art. 41 de la Constitución). En su apartado 2, aquel artículo 43 establece que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios».

Además, «el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal» (art. 15 de la Constitución).<sup>139</sup> De tal manera que cualquier «actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el artículo 15 de la CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud».<sup>140</sup> Esto es, «para apreciar la vulneración del artículo 15 de la CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse».<sup>141</sup> Bien que la inclusión del derecho a la salud en el ámbito del artículo 15 de la Constitución tiene importantes limitaciones o cortapisas.<sup>142</sup>

La afirmación del derecho a la salud del artículo 43 de la Constitución no es una norma de «relación» ni de «acción», sino que presupone la inmanencia de la salud al «ser humano». Su exigibilidad al Estado, como garantizador, facilitador o prestador, se corresponde con su conceptualización como «social» y «de derecho», uno de cuyos elementos característicos es el mantenimiento de un sistema sanitario de titularidad pública, o privada, financiado con fondos públicos, tal que garantice ese derecho, y si la «cartera» de ese no lo garantiza, a sufragar el gasto correspondiente.

<sup>138</sup> Complementarios de aquel reconocimiento deben considerarse los contenidos tanto del artículo 49 de la Constitución (según el cual «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos»), como del artículo 50 del mismo texto constitucional (a cuyo tenor «los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio»), y del artículo 51 del mismo texto constitucional («los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos»).

<sup>139</sup> STC 35/1996, de 11 de marzo.

<sup>140</sup> STC 62/2007, de 27 de marzo.

<sup>141</sup> SSTC 221/2002, de 25 noviembre, y 220/2005, de 12 de septiembre.

<sup>142</sup> *Id.* SSTC 5/2002, de 14 de enero, y 119/2001, de 24 de mayo, y SSTSJ, Salas de lo Social, de Castilla y León de 16 de marzo de 1998, de Cantabria de 23 de febrero de 2005, de Valencia de 26 de octubre de 2005, de Extremadura de 29 de abril de 2005, de Galicia de 7 de abril de 2006, y de La Rioja de 6 de noviembre de 2007.

El derecho a la protección de la salud se proyecta con especial intensidad, tanto en relación con el «ser humano embrionario» como en relación con el «ser humano decadente». La problemática que representa el respeto a ese derecho fundamental de todo «ser humano» tiene connotaciones distintas y muy características en cada una de esos diferentes estadios de la vida humana. No obstante, el desarrollo legislativo no ha sido consecuente con aquella exigencia constitucional en relación con el «ser humano embrionario», requiriendo de una interpretación rectificadora de la normatividad ordinaria.

Efectivamente, al establecerse que «son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional» en el artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y explicarse en la exposición de motivos (apartado II) de aquella norma que la misma se refiere «al reconocimiento en el artículo 43 y en el artículo 49 de nuestro texto normativo fundamental del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud», se deja fuera al «ser humano embrionario», por más que indirectamente se le proteja mediante la atención a la maternidad. De ahí la necesidad de la interpretación correctora antes aludida.

El derecho a la protección de la salud, configurado constitucionalmente en la forma indicada, ha sido desarrollado mediante un amplio y complejo conjunto, estatal y autonómico, de normas. De esa legalidad se infiere que el sistema de salud debe tanto garantizar la eficacia y la igualdad en los servicios prestados, como su propia viabilidad manteniendo una adecuada y necesaria estabilidad financiera. Consecuentemente, la prestación de la asistencia sanitaria, médica y farmacéutica fundamentalmente, se contempla en una doble dimensión, en cuanto que por una parte «es una cuestión médica», y, por otra parte, se torna en una cuestión valorativa del individuo, que ha de partir del conjunto de medios disponibles de modo concreto, real, esto es, de los existentes para la ciencia médica. Planteándose una natural tensión entre el individuo y el Estado, que afecta a todos, al «ser humano embrionario», al «ser humano plenamente desarrollado» y al «ser humano decadente».<sup>143</sup>

En esa perspectiva emerge el condicionamiento económico y financiero. Ciertamente el coste de la asistencia pública sanitaria es extraordinario, por ello no es de extrañar que las preocupaciones de esa índole se hayan instalado en el ideario común, siendo generalmente admitido que el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y equipamiento de que disponen, o la clase de servicios médicos que pueden ofrecer, deben poder ser objeto de una planificación, que responde por lo general a diversas preocupaciones;<sup>144</sup> de un lado, «esa planificación persigue el objetivo de garantizar en el territorio del Estado (...) un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad»,<sup>145</sup> de otro lado, esa misma planificación «se debe a la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos. Dicho derroche resultaría aún más

<sup>143</sup> Según la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2004, semejante tensión «se encuentra ya en la Constitución (...) pues su artículo 43 se inicia con el reconocimiento del derecho a la protección a la salud, lo que abre de modo indeterminado la expectativa a cuantos medios sean adecuados y conducentes a la conservación y recuperación a la salud, para concluir el párrafo del número segundo, con el mandato de "la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto", con lo que al extender a "todos" el derecho, necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito especial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, solo son accesibles a algunos, no a todos».

<sup>144</sup> SSTJUE de 16 de mayo, asunto C-372/04, y de 15 de junio de 2006, asunto C-466/04.

<sup>145</sup> STJCE de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, V.G. Müller-Fauré.

perjudicial en la medida en que (...) el sector de la asistencia hospitalaria genera costes considerables y debe responder a necesidades crecientes, mientras que los medios financieros destinados a la asistencia sanitaria no son ilimitados, cualquiera que sea su modo de financiación».<sup>146</sup>

## 2. El derecho a la salud del «ser humano embrionario»

Las células totipotenciales constituyen «el primer estadio del cuerpo humano en el que van a convertirse. Por consiguiente, deben calificarse jurídicamente de embriones».<sup>147</sup> Esto es, dado que las células totipotenciales dan paso a las células pluripotenciales (blastocisto), «por sí mismas células totipotenciales comportan la capacidad de desarrollo de un cuerpo humano entero, entonces el blastocisto es el producto, en un instante determinado, de dicha capacidad de desarrollo».<sup>148</sup> Por eso úni-

<sup>146</sup> Se indica en la STJCE de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, V.G. Müller-Fauré, lo siguiente: «Para apreciar si se puede conseguir en tiempo oportuno un tratamiento que presente el mismo grado de eficacia para el paciente en un establecimiento que haya celebrado un concierto con la caja de enfermedad a la que esté afiliado el asegurado, las autoridades nacionales tienen la obligación de tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo en cuenta debidamente no solo la situación médica del paciente en el momento en que se solicita la autorización y, en su caso, el grado del dolor o la naturaleza de la minusvalía de este último, que podría, por ejemplo, hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de una actividad profesional, sino también sus antecedentes»; Ambas perspectivas condicionan severamente la posibilidad de contemplar un sistema sanitario integral e integrado, público y privado. La posibilidad de acudir, con cargo al sistema público, a prestaciones de servicios médicos no públicos, sino privados, está muy condicionada. Su regulación «se encuentra esencialmente integrada por las previsiones de los artículos 102.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (vigente de conformidad con lo previsto en la disposición derogatoria del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social que se aprobara por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) y 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. De conformidad con el primero de tales preceptos, «las entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen»; y, en atención al segundo, «en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Servicio Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción», según la STS, Sala de lo Social, de 16 de octubre de 2010; Afirmando por la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2004, que «no existe un derecho de opción concedido a los particulares que les permita escoger entre la medicina pública y la privada, sino únicamente la posibilidad de acudir a esta en aquellos casos excepcionales a justificar por el beneficiario ante los Tribunales, quienes deberán proceder con criterio cauteloso para evitar conceder el reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran prestarse en instituciones de la Seguridad Social que disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados, por lo que en ocasiones puede tratarse de una decisión caprichosa o por intereses familiares que pretenden agotar todo tipo de posibilidades terapéuticas, los cuales serían humanamente comprensibles pero no justificarían el reintegro, pues no se puede aceptar que tales conductas, aun siendo absolutamente explicables, incidan en una institución social que tiene necesariamente que limitar sus prestaciones en aras del principio de igualdad y solidaridad»; «Los requisitos exigidos para el reintegro de gastos por asistencia sanitaria ajena al sistema público son los siguientes: 1) que se trate de urgencia inmediata; 2) que sea de carácter vital; 3) que no haya posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública; 4) que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción. La urgencia vital supone una situación de riesgo para la vida o de pérdida de órganos o miembros fundamentales y que la necesidad de la medida terapéutica sea casi inmediata o inaplazable, de tal modo que cualquier demora determine un grave peligro para la integridad del paciente (...) y que no sea posible, o sea desaconsejable, el acudir a los servicios sanitarios de la Seguridad Social (y se) extiende el concepto de urgencia vital a las situaciones de pérdida de funcionalidad de órganos necesarios para el desenvolvimiento de la persona», indica la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2010, siguiendo la doctrina sentada en las SSTS, Sala de lo Social, 6 de marzo de 1985, 6 de febrero y 21 de diciembre de 1988, 8 de marzo y 26 de abril de 1996, 20 de diciembre de 2001, 21 de marzo de 2002, 20 de octubre de 2003, 5 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2009 y 16 de octubre de 2010.

<sup>147</sup> Indica el Abogado General Sr. Yves Bot, en su conclusión 85 de las presentadas el 10 de marzo de 2011, en el asunto C-34/10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, resuelto por la STJUE de 18 de octubre del 2011.

<sup>148</sup> Según precisa el Abogado General Sr. Yves Bot, en su conclusión 93 de las presentadas el 10 de marzo de 2011, en el asunto C-34/10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, resuelto por la STJUE de 18 de octubre de 2011.

camente pueden ser objeto de utilización con fines «terapéuticos o de diagnóstico» y siempre que les sean útiles.<sup>149</sup>

Establece nuestro ordenamiento jurídico que «exclusivamente podrán autorizarse intervenciones sobre el embrión o el feto vivos en el útero cuando tengan un propósito diagnóstico o terapéutico en su propio interés». En todo caso señala la misma legislación que las investigaciones en embriones o fetos humanos o en sus estructuras biológicas requieren que se trate de «embriones o fetos humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, o muertos», además de exigirse otras condiciones que se precisan en aquella misma legislación.<sup>150</sup>

Como los seres humanos embrionarios carecen de autonomía, no pueden demandar ni ejercer, por sí mismos, el derecho a la protección de la salud, por lo que se atribuye y encomienda indirectamente a la madre mediante la protección de la maternidad, en la medida en que el «ser humano embrionario» se vaya desarrollando en el seno materno.<sup>151</sup>

### 3. El derecho a la salud del «ser humano decadente»

Presupuesta que la «decadencia» puede deberse a una causa externa (proceso morboso o accidental), o ser el resultado del fenómeno natural del envejecimiento, de raigambre genética, resulta que a todo ser «ser humano decadente» tiene derecho a la protección de la salud: a) En su acepción genérica, común al resto de la población; b) En su acepción específica: 1) A que se modere su propia decadencia, impida y retrase su propia extinción, en consonancia con los conocimientos, avances y descubrimientos científicos de la biología y de la medicina (especialmente la geriatría); 2) A tener una vida «digna» (saludable), acorde con el estado psíquico y físico que se tenga en cada momento existencial.

<sup>149</sup> Afirma la STJUE de 18 de octubre de 2011, asunto C-34/10, Oliver Brüstle y Greenpeace eV.

<sup>150</sup> Artículos 30 y 31 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

<sup>151</sup> Ejemplares son las Leyes 14/2008 (Castilla y León), de 18 de diciembre, por la que se crea y regula una red de apoyo a la mujer embarazada, 6/2009 (Valencia), de 30 de junio, de protección de la maternidad, 11/2009 (Murcia), de 2 de diciembre, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada, 5/2010 (Galicia), de 23 de junio, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada, y 3/2011 (Comunidad de Madrid), de 22 de marzo, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada. Esta última norma establece que «toda mujer embarazada que se encuentre en una situación de especial riesgo social o desamparo tendrá derecho a ser asesorada e informada de forma personalizada sobre las ayudas y apoyos que puede recibir para ejercer su derecho a ser madre y la mejor atención a su hijo» (art. 3); sobre la protección a la maternidad, en el ámbito de las relaciones de trabajo, me remito a mis trabajos «Despido de la trabajadora embarazada. Exoneración de la prueba del conocimiento del embarazo por el empresario, y de toda obligación de declaración previa por la trabajadora del embarazo al empresario. (Comentario a la STC de 21 de julio de 2008, 92/2008, rec. de amparo núm. 6595/2006)», «La adopción de la decisión de despedir a una trabajadora a causa de su embarazo o nacimiento de un hijo. (Comentario a la STJCE, Sala Tercera, de 11 de octubre de 2007, asunto C-406/06, Nadie Paraguay contra Societé d'architectes Hoet+Minne SPRL)», «Discriminación por maternidad. (Comentario a la STJCE de 20 de septiembre de 2007, asunto C-116/06, y la STC de 5 de noviembre de 2007, núm. 233/297 y rec. de amparo núm. 6219/2995)», «Claroscuros de la jurisprudencia comunitaria y española en materia de protección laboral de la maternidad. Despido, remuneraciones y prestaciones. (Comentario a la STCE de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03)», «El despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. (Comentario a las SSTJCE de 4 de octubre de 2001, asuntos C-109/00 y C-438/99)», «Negativa a contratar (como enfermera de quirófano) a una mujer embarazada (Comentario a la STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto C-207/98)», publicados en RTSS. CEF, núm. 310, enero 2009, págs. 73-112, núm. 304, julio 2008, págs. 97-118, núm. 299, febrero 2008, págs. 157-184, núm. 274, enero 2006, págs. 81-106, núm. 224, noviembre 2001, págs. 96-110, y núm. 207, junio 2000, págs. 62-65.

El «ser humano decadente» es frágil, situación que se acentúa cuando se encuentra en situación de desamparo y desprotección, lo que suele ser frecuente. Pende sobre el «ser humano decadente», con más o menos intensidad dependiendo de las épocas históricas, los países en que habite y el ámbito (área) cultural en que se desenvuelva, la amenaza, no meramente teórica sino real, de la eugenesia clásica, que en sus peores configuraciones, que llevaron históricamente al desarrollo de todo un conjunto de «malas prácticas médicas» y experimentos brutales sobre «seres humanos decadentes». Al respecto se pueden referir las llevadas a cabo en diferentes países, encaminadas a la esterilización de quienes sufrían determinadas enfermedades («del cuerpo y del espíritu», en formulación de determinadas ideologías), así como a concretas prohibiciones (la prohibición de contraer matrimonio fue característica).

Todo ello en contraposición a las «buenas prácticas médicas» que posteriormente se han desarrollado con la «ingeniería genética», que como curativa o reparadora es debida también al «ser humano embrionario» (que pueden encontrarse en una cierta relación de concomitancia).

Es preciso en este punto recordar la problemática que se planteó en nuestro ordenamiento con ocasión de la modificación del artículo 428 del Código Penal (por el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio), sobre la no penalización de la esterilización de los incapaces que adolecieran de grave deficiencia psíquica,<sup>152</sup> y que se mantiene en el párrafo segundo del actual artículo 156 del Código Penal, en los siguientes términos: «no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

Ciertamente, «la eliminación de los enfermos mentales no fue más que una faceta de la eugenesia nazi»,<sup>153</sup> y lo mismo ocurrió en Norteamérica, en donde «entre 1907 y 1935 una treintena de estados americanos adoptó leyes que imponían la esterilización de los epilépticos, de los enfermos mentales internados en instituciones públicas, de los individuos condenados por crímenes sexuales, etc.».<sup>154</sup> Difusión eugenésica que resultó espectacular en países anglosajones.

El determinismo biológico está presente en la eugenesia clásica, por el contrario de lo que sucede con la ingeniería genética, que formando parte del derecho a la salud del «ser humano deca-

<sup>152</sup> Efectivamente, es preciso recordar que en el antiguo artículo 428 del Código Penal se introdujo (por el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio), un párrafo segundo, último inciso del siguiente tenor: «No será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz». Semejante párrafo fue declarado conforme con la Constitución por STC 215/1994, de 14 de julio de 1994. Aquella resolución de la justicia constitucional decidió que no era posible estimar punible que la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica plantease realmente una colisión entre derechos fundamentales de la persona, pues el propio precepto establecía que el consentimiento de esta, libre y expresamente emitido, eximía de responsabilidad penal la práctica de la esterilización. Consideró el Tribunal Constitucional y «saliendo al paso del recuerdo de las esterilizaciones abominables», que aquella disposición establecía suficientes «garantías o requisitos».

<sup>153</sup> GUILLEBAUD, J.-C., *op. cit.* (*El principio de humanidad*), pág. 250; Sobre eugenesia y nazismo, CUENCA TRABAJÓ, J.A.: «Entorno social, Eutanasia y Suicidio Asistido», en *Bioética Aplicada*, Institut Borja de Bioética, Barcelona: Proteus, 2011, págs. 464-467.

<sup>154</sup> GUILLEBAUD, J.-C., *op. cit.* (*El principio de humanidad*), pág. 259.

dente» se coloca en su polo opuesto, bien que exista una amplia polémica en torno a la «eugenesia», tanto positiva como negativa, en cuanto que «supone algo más que un simple método de las ciencias de la naturaleza, a saber, una política social global». <sup>155</sup>

En todo caso ha de tomarse en consideración que «la ingeniería genética ha supuesto una revolución científica que ha cambiado tanto el horizonte de los conocimientos en Biología como nuestra vida ordinaria. Su uso ha permitido toda una panoplia de avances en la sociedad, pero también ha abierto la posibilidad de alterar la base genética de la especie humana, con todas las implicaciones éticas a nivel personal y social que ello implica». <sup>156</sup>

### VIII. EL *CONTINUUM* (VITAL) DEL SER HUMANO

La vida del ser humano es obediente a la idea del *continuum*, que desde la hipótesis matemática (CANTOR), se ha trasladado a la vida cotidiana y especialmente al ámbito de la vida humana (LIEDLOFF). Conforme con aquella idea el ser humano tiene un principio y un final, existiendo señaladas diferencias relevantes entre ellos (la falacia del *continuum*). Al igual que los eventos físicos no son otra cosa que el continuo matemático, los seres humanos somos un continuo vital, que responde con precisión y exactitud a las leyes de la biología (en un devenir natural: *nasciturus* o ser humano embrionario, infancia, adolescencia, juventud, edad adulta y vejez o ser humano decadente). Afirma la jurisprudencia constitucional:

- Que «la vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no solo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados». <sup>157</sup>
- Que la vida humana reúne las siguientes características: «a) «Es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital»; b) «La gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno

<sup>155</sup> ALBIN ESER, M.C.J.: «¿Genética, "Gen-Ética"», Derecho genético?», La Ley. *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 1.397, 25 de febrero de 1986, pág. 4; La Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, en su artículo 7, titulado «el fomento del interés por la salud en los mayores», establece lo siguiente: «1. Las Administraciones públicas de Andalucía fomentarán el interés por la salud entre nuestros mayores, incidiendo especialmente en el fomento de acciones de concienciación, divulgación e información en torno a aquellas patologías o situaciones de riesgo que por su edad tengan relevancia entre el colectivo. 2. Las Administraciones públicas de Andalucía promoverán el interés por la salud de los mayores a través de políticas de envejecimiento activo, así como por medio de acciones que incidan en las patologías prevalentes crónicas y degenerativas entre este colectivo, como las demencias tipo alzhéimer o párkinson. 3. Las Administraciones públicas de Andalucía establecerán redes y espacios de salud, para las personas mayores y sus familiares y/o cuidadores, que permitan concienciarles sobre la importancia de la salud y de los estilos de vida saludables».

<sup>156</sup> Afirma ORTÍN, J.: «El ADN recombinante: Explosión de la Ingeniería Genética», en *50 años de ADN. La doble hélice* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), Madrid: Espasa-Calpe, 2003, pág. 181; *Id.* también GARCÍA BARRENO, P.: «Los entresijos de la nueva medicina», en *50 años de ADN. La doble hélice* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), Madrid: Espasa-Calpe, 2003, págs. 477-521.

<sup>157</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

de esta»; c) Dentro de los cambios cualitativos que se producen «en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital».<sup>158</sup>

- Que «previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana».

Según aquella jurisprudencia constitucional, y según las cuales «si la Constitución protege la vida con (...) relevancia, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto este encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional».

Los genes pueden considerarse en una perspectiva ajena al *continuum* individual, como una entidad que permanece indefinidamente en el tiempo conforme a determinadas leyes evolutivas. En esa perspectiva genética al ser humano se le puede atribuir un hábito de inmortalidad, que no se confunde con la trascendencia de la «vida eterna» del cristianismo, pero que sí rompe con la idea de *continuum*. La vida de cada ser humano es ininterumpida, es un continuo individualizado de la especie, que en su deambular continuado va modificándose y alterándose circunstancialmente, pero no esencialmente de modo que mantiene su identidad exclusiva.

Inconsistente con el *continuum* humano es la pretensión de establecer o señalar momentos en que el «ser humano» no es «humano» o deja de ser «humano», o que existen «seres humanos» que «no son seres humanos» (lo que proclaman todas las ideologías exterminacionistas o eliminacionistas). Específicamente esas cuestiones se han venido y continúan planteándose en relación con los seres humanos al comienzo de su existencia (embrión propiamente dicho y feto, diferenciación que únicamente tiene todo su sentido a efectos científicos y médicos), y al final de la misma («ser humano decadente»), pero que puede referirse a cualquier momento de la existencia del «ser humano» (lo que puede constatare en un simple repaso a la historia, incluida la más reciente, mundial y específicamente europea). Esto es, si no se mantiene la idea del *continuum* humano, puede negarse en cualquier momento su «humanidad», de manera arbitraria, ateniendo, directa o indirectamente, a momentos temporales, características étnicas, u otras circunstancias, dejando ese «ser humano» de ser «humano», a partir de ese momento o de la concurrencia de la pertinente circunstancia.

## 1. El derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la vida, del ser humano

El derecho a la integridad física y psíquica, y a la vida, tanto del «ser humano embrionario» como del «ser humano decadente» son aspectos que merecen ser meditados. Especialmente en los momentos actuales en que vivimos la «gran impostura» de «olvidar que «algunas verdades elementa-

<sup>158</sup> STC 53/1985, se 11 de abril.

les están por encima de los acontecimientos históricos y los condicionantes de los tiempos»,<sup>159</sup> y que la primera verdad es «el derecho a la integridad física y psíquica, y a la vida» de todo ser humano.

El respeto a la vida del ser humano constituye la «obligación primordial» del poder político. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la ONU, esa obligación general del poder político (institucionalizado en el Estado) se desenvuelve y desarrolla en un conjunto de obligaciones, que se pueden ordenar en un triple nivel. En primer lugar, aquel poder político ha de abstenerse de matar personas injustificadamente, constituyendo una obligación negativa. En segundo lugar, ese mismo poder político ha de adoptar medidas concretas para prevenir que terceros maten personas arbitrariamente, constituyendo una obligación de carácter positivo. En tercer lugar, aquel poder político ha de adoptar todas las medidas positivas posibles para satisfacer el derecho a la vida, en su acepción más amplia.

De los conocimientos científicos alcanzados a la altura de los tiempos que nos han tocado vivir, así como de las valoraciones éticas y morales asentadas sólidamente en la cultura occidental (universalizados, y consecuentemente sinónimos de civilización), deben inferirse pertinentes consecuencias normativas. El pensamiento desiderativo, voluntarista, es su negación, y sus consecuencias necesariamente injustas. Efectivamente, «el apoyo sociopolítico y legislativo a una determinada opción no se convierte automáticamente en respaldo ético»,<sup>160</sup> porque el Derecho se vincula directa e inmediatamente con el conocimiento científico. De ahí que el acatamiento, obediencia e imposición coactiva que reclaman las normas jurídicas no se pueda vincular con una cultura determinada, sino que tenga su único fundamento admisible, por racional, en el «estado del conocimiento científico», intermediando la moral o ética, que también ha de ser consecuente y coherente con ese «estado del conocimiento científico», en su caso (pero no necesariamente ni siempre) como mecanismo de ajuste.<sup>161</sup>

La razón de la existencia misma del Derecho está en el ser humano, porque el ser humano «es», «existe» y da explicación de y a todo lo demás (desde su inicio, como «ser humano embrionario», hasta su final, tras su «decadencia»), por ello existen, como básicos, nucleares y fundamentales, los «derechos humanos». Se afirma, con dudoso acierto, que «las proclamas de los derechos humanos, aun cuando formuladas como el reconocimiento de la existencia de cosas llamadas derechos humanos, son realmente vigorosos pronunciamientos éticos sobre lo que se debe hacer, (que las) articulaciones públicas de los derechos humanos a menudo son invitaciones a iniciar una nueva legislación, en lugar de apoyarse en lo que ya está legalmente establecido».<sup>162</sup>

Negar entidad objetiva a los «derechos humanos» es tanto como negar el «ser humano». Naturalmente que los «derechos humanos» constituyen el «gozne» entre la Moral/Ética y el Derecho, porque son el primer momento de eso que llamamos Derecho, por ello no se basan, ni se pueden

<sup>159</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR, F., *op. cit.* (*Paisaje después de la batalla*), pág. 3; *Vid.* UGARTE, J.: *El Derecho de la vida*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, págs. 117, 235 y 258.

<sup>160</sup> RUBIO CARRACEDO, J.: *Ética del siglo XXI*, Barcelona: Proteus, 2009, pág. 97.

<sup>161</sup> «La cultura, que incluye las normas sociales, determina lo que es lícito hacer», precisa LYONS, D.: *Ética y Derecho*, Barcelona: Ariel, 1986, pág. 33.

<sup>162</sup> AMARTYA SEN: *La idea de la Justicia*, Madrid: Taurus, 290, págs. 389-391; Según MOSTERÍN, J., *op. cit.* (*La naturaleza humana*), pág. 363, «las declaraciones universales de los derechos humanos (o de los derechos de los animales) son declaraciones de buenas intenciones, en las que se propugna la promulgación de leyes positivas que impongan ciertas obligaciones y prohibiciones. En este y en otros casos, usamos la jerga de los derechos para referirnos a algo que todavía no es un derecho legal, pero que nosotros pretendemos, proponemos o exigimos que se convierta en un derecho legal».



lógicamente apoyar, en leyes preexistentes, sino en la aprehensión primordial y en todas las intelecciones afirmativas que el logos ha intelegido sentientemente»,<sup>163</sup> por eso las leyes se basan en ellos o, simplemente, no son leyes.<sup>164</sup>

Los conjuntos llaman a un cierto orden, que en las normas se suele denominar «ordenación de la fuentes del Derecho» (con el constitucionalismo se asienta definitivamente la proclamación de la «jerarquía normativa») y se completa con reglas de interpretación jurídica, para rechazar cualquier arbitrio o sumisión indolente, evocando un sistema en el que las normas cohonestan o son desarrollo unas de otras en las que encuentran su razón de ser y su legitimidad, todo ello en una relativa complejidad.<sup>165</sup> Esa ordenación u ordenamiento ha de hacerse, interpretarse e integrarse, desde la Constitución y en relación con los presupuestos de ese modelo de Estado,<sup>166</sup> y nuestra Constitución establece, en su artículo 15, primera parte, que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

Se afirma que «el artículo 15 proclama el derecho a la vida, a la integridad física y moral», que el principio de derecho *alterum non laedere* se ha «elevado a rango constitucional por el artículo 15 del texto fundamental», que el artículo 15 de la Constitución Española ampara de forma autónoma el derecho fundamental a «la integridad física y moral», y que, en relación con tal derecho, su ámbito constitucionalmente garantizado protege «la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular», exigiéndose inexcusablemente el consentimiento informado del paciente para cualquier intervención médica.<sup>167</sup>

<sup>163</sup> ZUBIRI, X.: *Inteligencia y razón*, 1983, pág. 12.

<sup>164</sup> «Contraviene a la esencialidad de lo jurídico romano todo lo que no postule un afincamiento de la jurisprudencia en la senda de la realidad –natura– y siempre con miras a actuar el bonum et aequum», indica IGLESIAS-REDONDO, J.: *La técnica de los juristas romanos*, Madrid: Universidad Complutense, 1987, pág. 21, que precisa, en pág. 22, «la jurisprudencia romana opera con conceptos, pero estos siempre referidos al "sentimiento de lo justo"», y en pág. 23, que «los conceptos de ius, de aequitas, de fides, de humanitas, de natura, de ratio podrán tener conexión con ideas extrañas, pero no cabe duda que el espíritu latino les imprimió un sello peculiar y característico. El arte operacional del jurista, conforme a lo que reclama tal espíritu, deja atrás las especulaciones griegas. La Humanitas (...) toma asiento en un orden eminentemente práctico para apartarse del todo de la nebulosa y utópica concepción griega».

<sup>165</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2004, pág. 23, trata de «bucólica y pastoril» a la ordenación jerárquica que se efectúa en el artículo 1 del Código Civil; Las normas, porque constriñen, siempre «necesitan una justificación», afirma GIL, T., *op. cit. (Acciones, normatividad, historia)*, pág. 39, que ha de ser deontológica y consecuencialista a un tiempo.

<sup>166</sup> Afirma BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid: Tecnos, 1997, pág. 165; En nuestra historia constitucional ha de resaltarse que ya el artículo 303 de la Constitución de Cádiz de 1812 establecía que «no se usará nunca del tormento ni de los apremios». En el Derecho comparado histórico tiene un lugar preferente la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, en cuyo punto I establecía «que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en el estado de sociedad, no pueden privar ni desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad». En la posterior Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, del 4 de julio de 1776 se estableció lo siguiente: «Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: Que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales está la vida». La enmienda 8 de la Constitución de los Estados Unidos de América insiste en que «no se podrán imponer castigos crueles ni inusitados». La Constitución de la República Italiana de 1947, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Ley de Bonn) de 1949, la Constitución de Grecia de 1975 así como la de Portugal de 1976, son singularmente destacables por la rotundidad con que apelan al derecho a la vida.

<sup>167</sup> STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Social, de 18 de febrero de 2008, SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 119/2007, de 24 de mayo, bien entendido que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental

No es posible oponer a la protección que dispensa el artículo 15 de la Constitución «una exigencia de previa exposición al riesgo», porque «ese planteamiento, además de excluir indebidamente del derecho a la protección frente a situaciones dañosas» resultaría que «equivaldría a hacer depender la efectividad de la tutela constitucional, de la previa puesta en peligro de los factores protegidos, o de la consumación de su lesión, lo que sería tanto como aceptar la negación de la tutela que la Constitución garantiza». Aquellos derechos están destinados a proteger la «incolumidad corporal», y «han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias (de terceros), sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada».<sup>168</sup>

El derecho a la vida y a la integridad física y moral tiene el reforzamiento constitucional proporcionado por el artículo 10.2 de la Constitución en la medida en que la interpretación de los preceptos sobre derechos fundamentales ha de fundamentarse y apoyarse, en primer lugar, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como, en segundo lugar, en las demás declaraciones de derechos ratificadas por España,<sup>169</sup> vinculando no solo al poder judicial sino también al poder legislativo.<sup>170</sup>

a la integridad física y moral, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma, *vid.* también SSTC 5/2000, de 14 de enero, 2000/86, y 119/2001, de 14 de mayo, 220/2005, de 12 de septiembre, y 37/2011, de 28 de marzo.

<sup>168</sup> SSTC 62/2007, de 27 de marzo, 207/1996, de 16 de diciembre y 119/2001, de 24 de mayo.

<sup>169</sup> MARTÍN-RETORILLO BAQUER, L., *op. cit.* (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*), pág. 47; Las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 84/1989, de 10 de mayo, y 236/2007, de 7 de noviembre, reiteran «la utilidad de los textos internacionales ratificados por España para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 de la CE»; Con relación al significado y trascendencia del término «interpretación» a que alude el artículo 10.2, indica la jurisprudencia constitucional que «no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos (...) debe medirse solo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección (en trámite de recurso de amparo), siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional», indican las SSTC 64/1991, de 22 de marzo, y 236/2007, de 7 de noviembre; No puede sostenerse que el legislador español no resulte limitado ex artículo 10.2 por los tratados internacionales ratificados por España, pues como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, que se convierte así en el «contenido constitucionalmente declarado» de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución», indica la STC 94/1993, de 22 de marzo; También del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 «se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador», destacan las SSTC 242/1994, de 20 de julio, y 24/2000, de 31 de enero; Según la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional: «Los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 de la Constitución "constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce", de suerte que habrán de tomarse en consideración "para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución" (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, y 53/2002, de 27 de febrero). El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta (de los derechos fundamentales de la Unión, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, incorporada al Tratado de Lisboa) en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) (...) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo».

<sup>170</sup> Afirma la jurisprudencia constitucional sobre la vinculación del legislador al artículo 10.2 y su posible control a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, negando la posibilidad de que un precepto legal pueda infringir

A su vez el artículo 96.1 que «representa el necesario engarce del Estado con los compromisos internacionales, que asuma a través de tratados o convenios»,<sup>171</sup> ha sido la vía por la que se hace presente en nuestro ordenamiento el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado prontamente por los Protocolos adicionales de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966), el cual «supone un ejemplo paradigmático, que además permite enlazar el artículo 96.1 con el artículo 10.2» (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979), y en cuyo artículo 2.1, titulado «derecho a la vida» (rúbrica añadida por el Protocolo número 11, de 11 de mayo de 1994,) se establece lo siguiente: «El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena».

En esa misma línea se encuentra el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (ratificado por España mediante Instrumento de 23 de julio de 1999). Finalmente ha de aludirse al artículo 93 de la Constitución, que permitió la incorporación de España a la Unión Europea, y que ha permitido llevar a esa incorporación con las trascendentales consecuencias de integrar y asumir todo el ordenamiento y acervo de la Unión Europea.

El hito jurídico básico en defensa de la integridad y la vida del ser humano lo constituye el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>172</sup> adoptada y proclamada por la 183.ª Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948, a cuyo tenor «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona». También el Pacto Internacional de 19 de diciembre de 1976, de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España mediante Instrumento del 13 de abril de 1977, proclama la primordialidad de la vida y el deber general de respetarla, bien que con menos contundencia que la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aquel texto

autónomamente el artículo 10.2 de la CE, habiendo declarado que «esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados tratados o convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del artículo 10.2 (que) por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso», indica la STC 36/1991, de 14 de febrero.

<sup>171</sup> MARTÍN-RETORILLO BAQUER, L., *op. cit.* (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*), pág. 42.

<sup>172</sup> La STC 91/2000, de 30 de marzo, alude al «reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado»; Se ha significado que «es a través de las crisis protagonizadas desde las creencias religiosas cristianas y desde la organización política creciente de los pueblos europeos, sobre todo en los últimos cinco siglos, cuando la noción de los "derechos humanos" se ha convertido en directriz eficiente de la transformación institucional y en suprema razón de los razonamientos morales, que han buscado un lugar preeminente de la dignidad humana en las valoraciones colectivas y en las reglas de convivencia social», indica SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: «Los derechos del hombre y el orden jurídico», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 9, junio de 1998, pág. 146.

internacional establece, en su artículo 6.1 lo siguiente: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente». La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en diciembre del año 2000, establece en su artículo 2.1,<sup>173</sup> titulado «Derecho a la vida», lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a la vida».

Ha de tenerse en cuenta que en la medida en que los derechos proclamados en la aquella Carta estén garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales «su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». Se añade a ello el valor y la eficacia jurídica de aquella Carta adquirida desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que «tendrá el mismo valor que los Tratados», precisa el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea),<sup>174</sup> asumiendo los derechos fundamentales en ella garantizados, así como «los derechos fundamentales que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», la condición prevalente de «principios generales» del Derecho de la Unión Europea. La Carta de los Derechos Fundamentales no puede considerarse un instrumento internacional más. Efectivamente, por una parte, Europa es sobre todo un «patrimonio espiritual y moral», porque «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales» encabezados por la dignidad humana situando a la persona en el centro de sus actuaciones, y por otra parte la prevalente aplicabilidad y primacía<sup>175</sup> del Derecho de la Unión Europea<sup>176</sup> hace que deba estarse ineludiblemente al contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>173</sup> Añadiendo que «nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado», y precisando en su punto 2 que «la muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario». Además del contenido de sus artículos 52 y 53 se infiere que las limitaciones a los derechos en ella establecidos, en todo caso, habrán de: a) ser introducidas por ley; b) respetar su contenido esencial. Únicamente se podrán introducir: a) cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general y, b) respetando el principio de proporcionalidad.

<sup>174</sup> En esa condición es citada por la STC 37/2011, de 28 de marzo; Que «adquirió fuerza jurídica con valor jurídico equivalente al Tratado», indica SARRIÓN ESTEVE, J.: «Algunos retos actuales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Unión Europea», *Revista Ceflegal*. CEF, num. 126, julio 2011, pág. 69, que precisa lo siguiente: «El valor de la Carta de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa era el de una fuente cognitiva a efectos de la protección de derechos fundamentales (...). Sin embargo con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de citar la Carta y considerar su fuerza jurídica en múltiples ocasiones»; Del mismo autor, *vid.* «El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: A propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales», *Revista Ceflegal*. CEF, num. 121, febrero 2011, págs. 53-102.

<sup>175</sup> Desde las SSTJCE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Costa E.N.E.L. y de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados 6/90 y 7/90, Francovich.

<sup>176</sup> La aplicación del Derecho comunitario ha de contemplarse desde una doble perspectiva, en cuanto conjunto de normas que conforman el denominado Derecho originario y en cuanto a las normas comunitarias que componen el nominado Derecho derivado, a su vez dentro de este último según los instrumentos normativos empleados, reglamento o directiva, y respecto de las directivas si se trata de su aplicabilidad por vía de adaptación a las mismas del Derecho interno de los Estados miembros o la posibilidad de su aplicación directa. Desde la Sentencia de 5 de febrero de 1963 (Asunto 26/62, Van Gend&Loos) del Tribunal de Justicia, el Derecho (de la Unión Europea), en su conjunto, ha pasado a considerarse como «un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional». Como se ha significado, con autoridad suficiente, «esta sentencia tiene un gran significación histórica, pues expresa una concepción de la Comunidad como una comunidad de Estados, pero también como una comunidad de pueblos y de ciudadanos. Esta concepción se desarrolla en la sentencia a partir de los objetivos del Tratado, y de la configuración institucional de la comunidad (constituyendo) un elemento fundamental del llamado «acervo comunitario» o «acquis communautaire», que como tal ha sido asumido por todos los nuevos Estados miembros que se han incorporado a la (Unión Europea) partir de 1973»; Indica la STS, Sala 3.ª, de 23 de noviembre de

Específicamente, la justicia constitucional, tras afirmar el carácter de derecho fundamental del derecho a la vida, le atribuye un rango superior a los demás derechos fundamentales, aludiendo al «preponderante derecho a la vida», frente a los demás derechos fundamentales, lo que ha de ponerse en relación con la indicación, que también efectúa la misma jurisprudencia, en orden a que aquel derecho goza de un contenido de «protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya la propia muerte. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional»,<sup>177</sup> de modo que aquellos que carecen del juicio preciso para poder ejercer con plena responsabilidad esa libertad han de ser objeto de una especial protección, a fin de que no lleven a cabo actos irreparables que puedan dañarlos, y con más razón si pueden llegar a procurar la muerte de esa persona. Ese plano jurídico se basa y añade o suma al plano moral y ético, que empieza con una exigencia o demanda fundamental: «¡No me mates!».<sup>178</sup>

## 2. El derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la vida, del «ser humano embrionario»

El «ser humano embrionario», por «ser», por «humano» y consecuentemente por «persona», tiene derecho a la vida, y a la integridad física, psíquica y moral. Parece incuestionable.<sup>179</sup> Sin embar-

1990, que «los Tratados fundacionales (...) han configurado un ordenamiento jurídico propio, que a su vez es asumido por los sistemas de los Estados miembros, a diferencia del que venía sucediendo en los demás pactos internacionales (...). En consecuencia, ese Derecho originario o primario actúa como una función constitucional y de tales normas fundamentales se derivan a su vez otras, trabadas en una estructura coherente y jerarquizada (...) los tratados constitutivos de (la Unión Europea) no solo establecen derechos y obligaciones para los Estados miembros y para los particulares, sino que además constituyen el elemento fundamental de lo que ha dado en llamarse la Constitución de la (Unión Europea). La concepción de los tratados como constitución no es simple afirmación retórica, sino que ha llevado al Tribunal de Justicia a consagrar su interpretación en un sentido que permite caracterizar a la (Unión Europea) como una comunidad de derecho, es decir, como una comunidad en la que tienen plena vigencia los principios propios de un estado de derecho»; En relación con la proyectada abrogación o reforma de la vigente legislación sobre el aborto, y penal del menor, titula el diario *La Razón* del 26 de enero de 2012, pág. 13, su crónica («Primera plana»): «En defensa de la vida y de los más débiles».

<sup>177</sup> STC 154/2002, de 18 de julio.

<sup>178</sup> MÉLICH J.-C., *op. cit.* (*La lección a Auschwitz*), pág. 73; *Vid.* STC 154/2002, de 18 de julio.

<sup>179</sup> En otro sentido negando el carácter de persona al embrión y el feto, MOSTERÍN, J., *op. cit.* (*La naturaleza humana*), pág. 327; En una posición que puede considerarse intermedia afirma ALBIN ESER, M.C.J., *op. cit.* (*¿Genética, «Gen-Ética», Derecho genético?*), pág. 3, que «incluso quien llegue a estimar que es rechazable la existencia de un derecho autónomo a la vida cuando se trata de un vida humana dependiente, es decir, cuando todavía no se ha producido el nacimiento, tendrá que admitir que hay una forma peculiar de vida humana (y no poco más que puramente vegetativa) en el óvulo de una mujer que ha sido fecundado con el semen de un hombre»; «Según un estudio pergeñado por una asociación de abortorios, de las 36.718 mujeres que acudieron en solicitud de sus servicios desde julio de 2010 a octubre de 2011, solo 151 eran menores de edad que lo hacían sin conocimiento paterno (...). Siempre nos pareció que la introducción en la vigente ley de aquella chocante especificación que permitía abortar a las menores sin consentimiento paterno era una trampa que beneficiaba a los fariseos que se niegan a enjuiciar objetivamente la naturaleza del aborto (...). A la postre se demuestra que quienes introdujeron aquella chocante especificación (...) lo hicieron sabiendo que de este modo contribuían a eclipsar nuestro juicio ético (...). En el fondo (...) es la consecuencia inevitable del error primordial (...) de considerar el aborto una «tragedia para la mujer que aborta, en lugar de presentarlo (...) como lo que sustantivamente es: un crimen contra la vida más inermes», dice DE PRADA, J.M.: «Aborto y Fariseísmo», *ABC* del 28 de enero de 2012, pág. 15; «Un vez durante un aborto a una embarazada de 13 semanas. No tuve más remedio que mirar a la pantalla del ecógrafo, y vi cómo un feto diminuto se retorció y luchaba por su vida», es parte de la respuesta a la pregunta «¿Cuándo y por qué se obró el cambio en usted?», efectuada, por FOMINAYA, C. a Abby HOHNSON (tras la publicación de su libro *Sin Planificar*, La Palabra, 2011), en una larga y enjundiosa entrevista publicada en el diario *ABC* del 26 de enero de 2012, suplemento «Familia-Actualidad», titulada «Nunca pensé que un feto sentía dolor».

go, la jurisprudencia constitucional, en un discurso más que cuestionable, disocia la «humanidad» de la «personalidad» del «ser humano embrionario», afirmando:

- Que «el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución» pero eso «no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental (a la vida y a la integridad física y moral)». <sup>180</sup>
- Que la vida del *nasciturus* «es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental» y que «esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones». <sup>181</sup>

Aquella doctrina constitucional no es irreprochable, por dos órdenes de razones. En primer lugar porque se mantiene en un discurso que se limita a la interpretación, con cuestionable acierto, de algunos tratados internacionales (únicamente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, pero no de la Declaración Universal de Derechos Humanos) y de la Constitución, recurriendo a argumentos

durante un aborto», pág. 12; Vid. ZAPATA, P.: «Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, 1988, págs. 376 y 378; SILVA, J.: «El *nasciturus* y el derecho a la vida», *Revista (Chilena) de Derecho Público*, núms. 57-58, 1995, pág. 186.

<sup>180</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, que precisa que no se puede pretender deducir el derecho a la vida y a la integridad física y moral del «ser humano embrionario» o «*nasciturus*», ni de los debates parlamentarios acerca de la inclusión del *nasciturus* en el término «todos» del artículo 15, ni de la interpretación sistemática de la Constitución», ni «de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a que remite el artículo 10.2 de la Constitución para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos». Aduciendo en apoyo de semejante apreciación: a) «Que la palabra "todos" utilizada en otros preceptos constitucionales (arts. 27, 28, 29, 35 y 47) hace referencia a los nacidos, como se deduce del contexto y del alcance del derecho que regulan»; b) Respecto de «la interpretación del artículo 15, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España», que «la versión auténtica francesa utiliza expresamente el término "persona" en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que lo hace la versión auténtica española», así como «el artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales». Añadiendo que «si bien el Tribunal de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a la admisión de demandadas, sí lo ha hecho en relación con el artículo 2 del Convenio en el asunto 8416/1979, en su decisión de 13 de mayo de 1980, poniendo de manifiesto por lo que se refiere a la expresión "everyone" o "toute personne" de los textos auténticos que, aun cuando no aparece definida en el Convenio, la utilización que de dicha expresión se hace en el mismo y el contexto dentro del cual se emplea en el mencionado artículo 2 lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus*». Concluyendo, de manera desiderativa y marcado voluntarismo, que «en definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental»; Las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre y 116/1999, de 17 de junio, se remiten a la STC 53/1985, y sin ninguna fundamentación añadida, ajustada al nuevo estado y avances del conocimiento científico (biológico) y racionalmente rigurosa (ajustada las leyes de la lógica y la razón), no dudan en afirmar que «el artículo 15 de la CE, en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los *nascituri*».

<sup>181</sup> STC 53/1985.

de «autoridad» (opiniones de la Comisión Europea de Derechos Humanos). En segundo lugar porque en absoluto se fundamenta ni toma en consideración el estado de los conocimientos sobre biología humana (señaladamente de genética humana), que ya a la altura de la época en que se pronuncia (1985) eran notables. Pero más sorprendente es que la jurisprudencia constitucional posterior (SSTS 212/1996 y 116/1999) se limite a una mera remisión al contenido de aquella STC 53/1985, desconociendo y omitiendo cualquier referencia, lo cual es asombroso, a los extraordinarios descubrimientos posteriores a la misma en biología y genética humana (en genética clásica, citogenética, genética molecular, biología molecular y genómica).

Si el juicio crítico de aquellas resoluciones de la justicia constitucional, desde el conocimiento científico existente cuando se dictaron, es absolutamente desfavorable, la reiteración de semejante doctrina, en los momentos actuales en que los avances en genética humana han sido simplemente espectaculares, resulta inadmisibile.

En fin, en todo caso, y por contra de lo que afirma la jurisprudencia constitucional, ha de considerarse que cuando aparece el «ser humano embrionario» siempre hay una vida humana, una persona. Efectivamente, desde el comienzo del «ser humano embrionario» hay «inconsciente genómico», expresión que referencia, simple y llanamente, al colosal número de instrucciones que, contenidas en nuestro genoma, guían la construcción del organismo con los rasgos y caracteres de nuestro fenotipo, en lo relativo tanto al cuerpo propiamente dicho como al cerebro». <sup>182</sup> Porque «desde luego hay una naturaleza humana: el acervo genético de la humanidad, el bagaje genético con que cada uno de nosotros venimos al mundo, empaquetado y repetido en cada una de nuestras células». <sup>183</sup> Consecuentemente violentar la vida o la integridad de quien porte ese genoma, constituye, además, un atentado contra la humanidad.

La legislación española actualmente reguladora de la denominada, eufemísticamente, «interrupción voluntaria del embarazo» huye de las connotaciones criminales asociadas al término «aborto» (voluntario). Aquella legislación, que tiene una connotación ideológica concreta, es cuestionada por gran parte de la población y está en trance de abrogación o de una profunda revisión, contraponiéndose a la legislación sobre protección a la mujer embarazada <sup>184</sup> y apoyándose en aquella no irrepro-

<sup>182</sup> DAMASIO, A., *op. cit.* (*Y el cerebro hizo al hombre*), pág. 416; Porque «claro que hay ideas criminales, claro que hay ideas punibles», precisa GARCÍA DE CORTÁZAR, F., *op. cit.* (*Paisaje después de la batalla*), pág. 3, que además llevan a una «demografía en negativo», así titula su artículo RETANAZA IZA, N., publicado en la revista *Época* del 11 de julio de 2010, pág. 64; «La aceptación social del aborto es, sin excepción, lo más grave que ha acontecido en este siglo que se va acercando a su final», afirma MARIAS, J.: «La cuestión del aborto», diario *ABC* del 10 de abril de 1994, pág. 82; «Más de la mitad de los españoles apoyan el aborto libre y la eutanasia» se indica en el periódico *20 Minutos*, del 12 de julio de 2010, pág. 8; Más del 50 por 100 de los médicos del sistema público se niega a practicar abortos por razón de conciencia», se indica en el diario *Eureka* del 11 de julio de 2010, pág. 10; «Treinta años de esterilizaciones y abortos forzosos. Un médico de EE.UU. denuncia la política de control de la natalidad de China en el Tibet», destaca el diario *El Mundo* del 12 de diciembre de 2011, pág. 33.

<sup>183</sup> MOSTERIN, J., *op. cit.* (*Ciencia viva*), pág. 263.

<sup>184</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. «Es exactamente "licencia para matar". Al hijo que va a nacer, a la persona "viviente" que llegará en un plazo fijo a la plenitud de la vida humana si no se le mata en el camino (...), lejos de ser el hijo "parte del cuerpo de la madre", un tumor que se puede extirpar, es "alguien", un "quién" irreductible al padre, a la madre, a todos los antepasados, a los elementos que integran el mundo y al mismo Dios, a quien podrá decir "No". El niño que nacer es una nueva realidad, distinta de todo», afirma MARIAS J.: «La más grave amenaza», *ABC*, del 4 de septiembre de 1994, «La Tercera», pág. 3; «El gobierno no puede compartir la afirmación de que la interrupción del embarazo sea la eliminación de un ser humano. Esta es la tesis que defiende el Ejecutivo de Rodríguez Zapatero en una respuesta parlamentaria a una pregunta escrita destinada a Bibiana Aído y presentada el pasado 15 de

chable jurisprudencia constitucional (a la que cita expresamente en su preámbulo) es paradójica en un doble aspecto. En primer lugar en cuanto que pretende mediante el recurso al lenguaje establecer una realidad diferente a lo que es la simple y pura privación de la vida dolosamente, al *continuum* que es el ser humano, en su comienzo existencial. En segundo lugar porque, de una parte, ¡reconoce y establece un derecho público subjetivo a la privación de la vida del «ser humano embrionario»!, o, si no se le reconociera el derecho a la vida del «ser humano embrionario», como hace la jurisprudencia constitucional, ¡reconoce y establece derecho subjetivo a causarle un daño irreparable!, y además ¡establece el derecho a las prestaciones sanitarias conducentes a dichas finalidades! Pero por otra parte y al propio tiempo, se modifica y no se deroga el tipo penal del aborto que se mantiene para «fuera de los casos permitidos por la ley», sancionándose su comisión con penas de privación de libertad, inhabilitación especial o de multa. Esto es, en nuestra legislación coexisten aborto-crimen y aborto-lícito o legal, sin una justificación objetiva y racional, más allá del pensamiento desiderativo.

Aquella legislación también aborda lo que, en terminología jurídica se han denominado (DWORKIN) «casos difíciles» («colisión de vidas», «aborto terapéutico» y «aborto eugenésico»), optando por el «sacrificio del *nasciturus*», en los que establece su no punibilidad. Sin hacer cuestión de los casos «difíciles», puede afirmarse que la Ley Orgánica 2/2010 resulta extraordinariamente permisiva del truncamiento de la vida del «ser humano embrionario», aunque no incida, de modo palmario, en la «banalización del aborto voluntario», y no se haya despenalizado totalmente su comisión.<sup>185</sup>

abril», indican CALLEJA, M. y PÉREZ, D., en el diario *ABC* del 6 de octubre de 2010, pág. 29; Según precisa el diario *La Gaceta* de 6 de diciembre de 2011, pág. 29, «El Gobierno balear deja de financiar a las clínicas abortistas. Los 540.000 euros que ha dedicado este año a dicha partida se destinarán a partir de ahora a apoyar a las embarazadas»; «El aborto es un fenómeno descontrolado en España, no nos podemos acostumbrar a estas brutales cifras cada año y además creciendo sin parar. Es hora de decir no más abortos», afirma BLANCO, B., en una entrevista efectuada por DANIELE, L., publicada en el diario *ABC* del 15 de diciembre de 2011, pág. 61; Un cambio de tendencia se manifiesta jurídicamente en las Leyes 14/2008 (Castilla y León), de 18 de diciembre, por la que se crea y regula una red de apoyo a la mujer embarazada, 6/2009 (Valencia), de 30 de junio, de protección de la maternidad, 11/2009 (Murcia), de 2 de diciembre, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada, 5/2010 (Galicia), de 23 de junio, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada, y 3/2011 (Comunidad de Madrid), de 22 de marzo, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada; *Vid.* VARELA, J.: «Derechos Humanos y Aborto», *Revista (Chilena) de Derecho Público*, núms. 47-48, 1990, pág. 197; En una relativa contradicción la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía indica, por una parte, que «las actuaciones de promoción de salud (...) irán destinadas a promover la salud física y mental, mejorando la competencia de las personas y acondicionando sus entornos, de forma que (a) El embarazo, el parto y el nacimiento puedan ser saludables y gratificantes, respetando las preferencias de la madre cuando el nivel de riesgo lo permita» (art. 68), y, por otra parte, que se dirigirán (...) a prevenir la aparición de problemas de salud física y mental mediante a) El fomento entre las mujeres en Andalucía de una planificación de su anticoncepción, facilitándoles los servicios para ello, así como la garantía de acceso a la anticoncepción de urgencia» (art. 70); Según anuncia el nuevo Gobierno de la nación se derogará la actual legislación reguladora del «aborto», anuncio que es recogido por la prensa diaria del 26 de enero de 2012, así el periódico *ABC*, portada y pág. 20, en el diario *La Gaceta*, portada y pág. 3, en el diario *El Mundo*, portada y pág. 10, en el diario *La Razón*, portada y pág. 12.

<sup>185</sup> El diario *La Razón* del día 10 de diciembre de 2011, pág. 40, da la siguiente noticia ejemplo de «banalización del aborto»: «Embarazo a los 16, en manos de un juez. Los padres de una menor italiana piden a un tribunal que la obligue a abortar porque "va a echar a perder su futuro"»; La disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2010 da nueva redacción al artículo 145 del Código Penal que queda redactado de la forma siguiente: «1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado; 2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses; 3. En todo caso, el juez o



La Ley Orgánica 2/2010, afirmando no obstante que «la vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz», y en patente contradicción con la misma, «normaliza legalmente» el aborto voluntario, al establecer que «se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo» (art. 12), con generalidad y sin restricciones, «dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren determinados requisitos (art. 14).<sup>186</sup> Además admite el aborto en los siguientes supuestos: a) «Por causas médicas cuando no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que bien exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada», bien «exista riesgo de graves anomalías en el feto» b) «Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida» c) «Cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico» (art. 15).<sup>187</sup> Al menos el primer supuesto de aquella tipología legislativa resulta de enorme amplitud (resultado una práctica normalización legislativa), cuando se toma en consideración la definición del derecho a la salud de la mujer embarazada [«El estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades», artículo 2 a), de la Ley Orgánica 2/2010]. A todo ello se añade que se garantiza, en todos los supuestos, tanto en los de «normalización legislativa» como en los supuestos tipificados, el «acceso de la prestación abortiva».<sup>188</sup>

tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevara a cabo a partir de la vigésimosegunda semana de gestación». Añadiéndose un nuevo artículo 145 bis al Código Penal, con la siguiente redacción: «1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el periodo de espera contemplado en la legislación; c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos; d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior; 2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimosegunda semana de gestación; 3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

<sup>186</sup> Que son los siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta ley; b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención. Los cuales se añaden a los «requisitos comunes» que la propia norma concreta de la siguiente manera: a) Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección; b) Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado; c) Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Si bien que se puede «prescindir del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2 b)» de la Ley 41/2002; d) En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Estableciéndose que «al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer», y que «se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo».

<sup>187</sup> Exigiéndose por la ley la concurrencia de los siguientes requisitos respectivamente en cada caso de los enunciados: a) «Y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen»; b) «Y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija»; c) «Y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención»; c) y d) «Y así lo confirme un comité clínico».

<sup>188</sup> Artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica 2/2010, fundamentalmente, así como los Reales Decretos 825/2010, de 25 de junio de 2010, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción

Tanto en el plano racional, como en el plano ético, la contraposición de argumentos (realmente argumentarios) «pro *life*» o «pro vida» vs. «pro *choice*» o «pro elección» está trufada de ideología.<sup>189</sup> Y no parece de recibo, habida cuenta que en absoluto se colocan en el mismo plano. Efectivamente, los primeros sustancialmente hacen referencia al presupuesto ontológico, que es la existencia misma, y al derecho básico que es el derecho a la vida, en tanto que los segundos utilizan posiciones éticas/morales o convicciones éticas/morales convencionales como justificaciones de sus posiciones, o de derechos ordinarios y, en el mejor de los casos, del derecho fundamental a la dignidad de la mujer.

La afirmación de que el derecho a la vida del «ser humano embrionario» no es ni puede ser absoluto, porque puede colisionar y contraponerse al derecho a vida de la madre («se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del *nasciturus*»), indica la citada jurisprudencia constitucional), envuelve una falacia, pues no nos encontramos con un conflicto normativo, sino en el ámbito de la «tranvilogía» y las emergencias morales,<sup>190</sup> que en términos jurídicos se traducen en los condicionales derrotables con connotaciones deónticas, mediando el operador de revisión «f».<sup>191</sup>

ción voluntaria del embarazo, y Real Decreto 831/2010, también de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo; «Crecen los abortos entre las mayores de 25 años», indica el diario *El Mundo* del 14 de diciembre de 2011, pág. 18, en el mismo sentido indica el diario *La Razón*, del 14 de diciembre de 2011, pág. 1 (portada), «La mentira de la "ley Aído": el aborto se dispara dos años después», tema que desarrolla, en págs. 38-39, según el diario *ABC*, del 14 de diciembre de 2011, pág. 1 (portada), «ni la píldora del día después ni la nueva ley frenan el aumento de abortos», materia que desarrolla en pág. 57; «El aborto aumenta entre las españolas», se indica en el diario *ABC*, suplemento «Familia» del 16 de diciembre de 2011, pág. 9.

<sup>189</sup> La extremada ideologización existente en torno al aborto se ha puesto de manifiesto en algo tan alejado del mismo como es la elección del jurado en el caso del proceso por cohecho impropio que se le imputa al expresidente de la Generalitat Valenciana, Francisco Camps. Como revela la presa diaria del 13 de diciembre de 2011. En ese sentido el diario *El Mundo*, pág. 6, indica que «las defensas bucearon en su (de los miembros del jurado) ideología, con preguntas como ¿Está usted a favor del aborto?»; En el mismo sentido el diario *La Razón*, pág. 20 indica: «¿Qué opina usted del aborto? Los 29 candidatos a jurado se sometieron ayer a una batería de preguntas de lo más variopintas. "¿Qué opina usted del aborto?" (...), fueron algunas de las cuestiones que planteó el abogado del PSCV, acusación particular en este caso. El objetivo no fue otro que descubrir el perfil de los aspirantes, su ideología, sus prejuicios y adivinar, de paso, su tendencia política»; Asimismo indica el diario *ABC*, pág. 28, que «sorprendió la "permisividad" del magistrado presidente (...), con algunas preguntas de la acusación referentes a cuestiones ajenas al delito de cohecho impropio por el que se juzga a Camps. Así (...) preguntó a los integrantes del jurado por cuestiones como si eran favorables al aborto»; Refiriéndose a una hipotética contraposición entre vida del *nasciturus* y vida de la madre, indica la STC 53/1993, de 17 de junio, que «se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni esta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquellos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no solo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos»; Según aquella resolución de la justicia constitucional, «la dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución».

<sup>190</sup> Vid. APPIAH, K.A., *op. cit.* (*Experimentos de ética*), págs. 1.125-30, con una referencia explícita al aborto, en pág. 117.

<sup>191</sup> Vid. ALCHOURRON, C.E.: «Separación y derrotabilidad en lógica deóntica», en *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid: Marcial Pons, 2002, págs. 141-153; Vid. DWORKIN, R.: «Los derechos en serio», Barcelona: Ariel, 1984/2002, págs. 160-161, que afirma que los derechos pueden ser absolutos y relativos, y que se puede definir el peso

### 3. El derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la vida, del «ser humano decadente»

El derecho a disponer de la propia vida conlleva el decidir sobre su continuidad, esa autonomía personal presupone el derecho incuestionable a la vida. En el caso del «ser humano decadente» no se plantea la cuestión de si acaso desaparece la «humanidad del ser» por extravío o pérdida del genoma humano. Por ello no se cuestiona la «humanidad del ser» cuando el «ser humano (decadente)» sufre la pérdida de la consciencia, del cerebro consciente.

Es el problema del «inconsciente» y los umbrales de intensidad de la conciencia que, en su manifestación más extremada, podría llevar a la conclusión de que la persona que duerme, y mientras duerme, pierde su «humanidad». Con más razón, podría decirse que el epiléptico en sus crisis (epilépticas) de «ausencia» y en los periodos de «automatismo» pierde su «humanidad». ¿Qué sucede cuando se pierde la coherencia mínima en el comportamiento?, ¿acaso puede afirmarse que esa persona pierde su condición de «ser humano»? ¿Pierde también su «humanidad» la persona cuando su cerebro llega a tal nivel de deterioro, por enfermedad o accidente, que se le mantiene con vida mediante el recurso a medios mecánicos? ¿Acaso cuando desaparece el sí mismo, desaparece el «ser humano»?

Una respuesta utilitarista basada en la reversibilidad o no de un estado de vida inconsciente o vegetativa para nada resuelve la problemática expuesta, y además resulta absolutamente insegura dada la constante evolución del conocimiento en medicina y farmacología.<sup>192</sup> Mientras se mantiene el genoma humano se es un «ser humano», se es una «persona» y, consecuentemente, se tiene derecho a la vida, que naturalmente presupone el derecho a la salud.

No es admisible el recurso a un «Auschwitz simbólico» para fundamentar una eutanasia activa o pasiva a partir de una determinada edad, por más que se afirme que en la naturaleza sea muy raro que un animal llegue a viejo. «Nuestro programa genético no incluye un gen para morir»,<sup>193</sup> ni consideraciones de orden economicista pueden llevar a esa misma conclusión, que constituiría un supuesto típico de políticas (incluso legislaciones, en su caso, como el caso paradigmático pero no el único, de las leyes de Núremberg) eliminacionistas o exterminacionistas, y sería extensible a cualquier otro supuesto imaginable.

---

de un derecho, «suponiendo que no sea absoluto», como su «poder para resistir una competencia» de otros derechos o determinadas políticas; Indica el diario *La Gaceta* del 26 de enero de 2012, pág. 3, que «el Gobierno ha trazado una línea roja: la primacía del derecho a la vida del nasciturus».

<sup>192</sup> «Había estado y no había estado allí al mismo tiempo, había despierto y su comportamiento fue, sin duda, parcialmente atento, presente corporalmente aunque ausente como persona. Al cabo de muchos años describí el estado de aquel paciente como "ausente sin irse", una descripción que aún hoy considero válida», afirma DAMASIO, A., *op. cit.* (*Y el cerebro creó al hombre*), pág. 252; Indica el diario *El Mundo* del 11 de diciembre de 2011, «Crónica», pág. 9, «A Chris los médicos le diagnosticaron estado vegetativo irreversible. Recomendado a sus padres que lo dejaran morir. Este domingo *The New York Times* contaba su "resurrección". El somnífero que resucita a los "muertos". Eran pacientes en estado vegetativo hasta que, por azar, un fármaco para el insomnio obró el milagro. Primero fue Louis, que incluso habló. Ahora es Chris. Un estudio mundial evalúa la terapia».

<sup>193</sup> Afirma TERRADAS, J., *op. cit.* (*Biografía del mundo*), pág. 350, que, de seguido, añade, «pero sí parece darse con la edad un creciente descuido de las tareas de mantenimiento, al disminuir la producción de enzimas correctoras de errores, antioxidantes y otros».

El «ser humano decadente», por mucho que sea su deterioro, por mucho que tenga las facultades mentales disminuidas, esté en el umbral de la muerte, inconsciente, o en estado vegetativo y conectado a una máquina «vital», es «humano» y es «persona», dada su identidad, que permanece incólume. Cualquier otra consideración constituiría un claro supuesto de «deshominización». Ser humano y persona son conceptos y nociones inescindibles.

En otra posición se afirma que no son personas «los humanos con una disminución mental severa, los pacientes de la enfermedad de Alzheimer en estado avanzado y los moribundos que sobreviven en los hospitales (a veces incluso años) en estado vegetativo persistente o en coma, conectados a máquinas que suplen sus funciones vitales».<sup>194</sup> Únicamente y precisamente por seguir siendo «ser humano y persona» se puede dar validez a los «testamentos vitales»<sup>195</sup> (expresión que no es sino un oxímoron), documentos de declaración de voluntades anticipas (otro oxímoron), pues en otro caso se produciría su ineficacia.

<sup>194</sup> MOSTERIN, J, *op. cit.* (*La naturaleza humana*), pág. 327, que precisa en la misma página que «la vida personal es más corta que la vida orgánismica, y la muerte personal ocurre con frecuencia antes que la biológica»; La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España mediante Instrumento de 9 de abril de 2008, y que entró en vigor en mayo de 2008, establece (art. 12), que los Estados firmantes «reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, y que reconocen «que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida».

<sup>195</sup> *Vid.* artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, artículo 9 de la Ley Foral (Navarra) 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, así como la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad, según la cual «cualquier persona mayor de edad que no haya sido judicialmente incapacitada para ello y actúe libremente tiene derecho a manifestar sus objetivos vitales y valores personales, así como las instrucciones sobre su tratamiento, que el médico o el equipo sanitario que le atiendan respetarán cuando se encuentre en una situación en la que no le sea posible expresar su voluntad», y que «la expresión de los objetivos vitales y valores personales tiene como fin ayudar a interpretar las instrucciones y servir de orientación para la toma de decisiones clínicas llegado el momento»; De especial interés es la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y la muerte; A nivel reglamentario son de citarse el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, y por una profusa legislación autonómica; Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, del Consell de la Generalitat, por el que se regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana, y el Decreto Foral (Navarra) 140/2003, de 16 de junio, por el que se regula el registro de voluntades anticipadas; *Vid.* la «Proposición de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida», presentada por el grupo Parlamentario Socialista, y publicada en el BOCG de 27 de diciembre d 2011; Sobre el concepto de testamento, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C.: «Principios de Derecho Civil», tomo séptimo, *Derecho de Sucesiones*, Madrid: Alájar, 2001, pág. 81.