

Implicaciones éticas y jurídicas de la gestación post mortem: el “cadáver incubadora”

ANTONIO MANUEL RODRÍGUEZ RAMOS
Universidad de Córdoba

- Pero, ¿dónde quieres que vaya?
- A cualquier parte. Derecho, siempre adelante (...)
- Derecho, siempre delante de uno, no se puede ir muy lejos.

Antoine de Saint-Exupéry. El Principito.

I. LA GESTACIÓN POST MORTEM: OTRO EJEMPLO DE LA DEROGACIÓN POR EL SER HUMANO DE LAS LEYES NATURALES

Aunque los años diluyen la memoria, todavía recuerdo a mi maestra en el parvulario recitando aquello de «el ser humano nace, se reproduce y muere». Lo que se aprende a esa edad ni se olvida ni se discute, se toma por dogma como el padrenuestro. Me equivoqué. Porque hoy es posible que el concebido ni siquiera alcance la condición de nasciturus, si tuvo el infortunio de quedar como embrión sobrante en una fecundación in vitro, y luego acabar congelado, destruido, manipulado... Tampoco es cierto que siempre se precisen dos seres humanos de diferente sexo para que la concepción de un embrión prospere. Podría parecer un caso de éstos la autorización que se concede a la «mujer sola» para ser fecundada artificialmente y dar a luz un huérfano “legal” de padre (art. 6 de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en adelante LTRA). En rigor, se trata de una ficción jurídica, porque biológicamente esta “mujer sola” necesita del gameto masculino de un donante “anónimo” (arts.

5.5 y 8.1 LTRA). Esto es así no porque lo exija la biología, sino porque lo ordena la ley, al prohibir expresamente la reproducción humana asexual mediante clonación, sea por división del embrión, sea por trasplante nuclear (art. 20.2.B. k, l, LTRA; art. 161.2 Código Penal).

Lo que sí parece inderogable por el hombre es su necesaria mortalidad². Distinto es que después de muerto el ser humano pueda fecundar o gestar, reproducirse en definitiva. La fecundación artificial con semen del varón ya fallecido es autorizada legalmente en determinadas circunstancias (art. 9 LTRA)³. El otro ejemplo de dar vida tras la muerte, goza de una relevante actualidad: la gestación en madre muerta.

El último día de 1.999, nació en el Hospital de Gijón el niño Luis Manuel Lorenzo Mesa, hijo de Milagros Lorenzo Mesa, de 34 años, natural de Luanco (Asturias). La madre permaneció en situación de muerte clínica durante las últimas seis semanas de gestación. ¡Salven a mi hijo!, fue la última voluntad de Milagros al ingresar en el Hospital de Cabueñes, aún consciente, aquejada de una infección generalizada de la sangre, fallo respiratorio, grave problema cardíaco y deterioro neurológico progresivo. El 13 de noviembre de 1.999 entró definitivamente en fase de muerte

¹ Otra cosa será ventilar si el nacido así es «idéntico» o no al primero, al ser «genéticamente igual». Sobre el particular, *vid.* SÁDABA, J.-VELÁZQUEZ, J.L. *Hombres a la carta. Los dilemas de la bioética*. Temas de hoy, Madrid, 1.998, pp. 65 y ss.

² En lo que sí ha avanzado la ciencia una enormidad es en prolongar la vida hasta límites insospechables, llegando algunos a aceptar como posible la hipótesis extropiana del «ultrahumano», del hombre más allá del hombre, mediante el uso de modernas técnicas de manipulación genética a partir del conocimiento de nuestro genoma, y, asómbrese, ¡de trasplantes de cabeza, por la denominada «nanotecnología» (que tiene a la biorreparación por microchips de las células dañadas), e incluso por teleportación cuántica! *vid.* *Muy interesante*, n°. 228, mayo 2000, pp. 46 y ss.

³ Art. 9.2 LTRA: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, producido tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”.

El art. 9.3 LTRA extiende esta facultad al "varón no unido por vínculo matrimonial".

⁴ Para mayor detalle, vid. EL MUNDO DEL SIGLO XXI, correspondiente a los días 2, 4 y 20 de enero, y 11 de marzo de 2.000. Por supuesto que no es el único caso conocido de gestación *post mortem*. El 5 de octubre de 1.992 Marion Ploch estrelló su coche contra un árbol entre Feucht y Altdorf (Alemania). Al ingresar en el hospital se le descubrió un feto de trece semanas. Tres días después del accidente se comprobó la muerte cerebral de Marion. El 16 de noviembre tuvo un aborto espontáneo y el feto nació muerto. El 19 de abril de 1.993 en Nort Oakland (San Francisco, Estados Unidos) murió de un disparo Trisha Marshall, embarazada de diecisiete semanas. Clínicamente muerta, un respirador artificial mantuvo su cuerpo caliente hasta el 3 de agosto, día en que naciera mediante cesárea su hijo Darius. Analiza éticamente ambos supuestos SINGER, F. *Repensar la vida y la muerte (El derrumbe de nuestra ética tradicional)*, Paidós Transición, Barcelona, 1.997, pp. 23 y ss.

⁵ *Repensar la vida y la muerte...*, cit., pp. 215 y 216.

⁶ Toda esta controversia filosófica está tomada de GAFO, I. "Gen-ética". Ponencia dictada en el Simposio Internacional *Un siglo de genética (1.900-2.000)*, Fundación Ramón Areces, coord. Juan Ramón Lacadena, Madrid, 22 de marzo de 2.000.

cerebral. Desde entonces, el equipo médico mantuvo las constantes vitales de Milagros de forma artificial para salvar a su hijo. Minutos después de practicar la cesárea, los médicos certificaron la defunción de la madre⁴.

Así las cosas, la regla parvularia de antaño tendría que enseñarse hoy con este enunciado: «El ser humano no necesariamente nace, se reproduce y muere, o de ocurrir, no necesariamente en ese orden». Ante este panorama de hechos consumados, los pilares de la Ética tradicional se tambalean como sacudidos por un terremoto. ¿Y los jurídicos?

1. Hacia una Ética "nueva"

Para muchos es urgente plantear una nueva Ética que dé respuesta a los dilemas que plantea la revolución biotecnológica. Las opiniones se disparan hacia todos los sentidos. Peligrosamente revolucionaria es la postura mantenida por SLOTERDIJK, Catedrático de Filosofía en la Universidad de Karlsruhe, tendente a la elaboración de una nueva "moral" favorable, entre otras lindezas, de la "selección prenatal", fundada en la muerte del humanismo, en el gobierno moral de la antropotecnología y en la redacción de un Código antropotécnico que defina una "biopolítica" universal basada en las técnicas genéticas. HABERMAS, SPAEMANN o SAFRANSKI critican duramente las propuestas éticas de SLOTERDIJK, temiendo que el diseño del nuevo hombre quede en manos de una oligarquía eugenésica: ¿Cuáles serían los procedimientos y los criterios de selección humana? ¿Quiénes los dictarían? ¿Cómo podrían legitimarse? Otros como SINGER afirman la vigencia de una nueva Ética, sencillamente porque se han hundido los fundamentos que sustentaban la vieja⁵. Ciertamente que la nueva Ética no implica la total abolición de la antigua, sino más bien la reelaboración de ésta. La tesis de la "vieja moral fortalecida", mantenida entre otros por JONAS, se mueve diariamente sobre arenas movedizas, medrosa ante tanto maremagnum de innovación científica, lle-

gando a cuestionarse incluso la visión antropocéntrica de la Ética tradicional⁶.

2. El Derecho Civil enfermo

Si quebrantados están los moldes éticos, qué decir de los jurídicos. Hace un siglo sólo MENDEL hubiera apostado por esta derogación humana de las leyes naturales. Nadie pone en duda la enorme trascendencia de la revolución biotecnológica sobre el comienzo y el fin de la vida humana. Y nadie debe dudar que todas las combinaciones biológicamente posibles deben tener su trasunto jurídico. Con ese fin se redactaron una serie de leyes ad hoc a los Códigos tradicionales. Sin embargo, la irrupción de estas normas especiales para disciplinar los avances de la biotecnología, en algunas ocasiones, más que leyes "solución" son leyes "problema". Claro que todos estos descubrimientos y avances científicos precisan de una regulación adecuada, nueva a todas luces. Pero al redactarla debió tenerse en cuenta el sistema de fuentes establecido, empezando por el mismo ordenamiento positivo vigente.

Antes de la entrada en vigor de estas leyes especiales, pocos estudiaron el impacto que sufriría el Derecho codificado, especialmente el Derecho civil. Hasta tal extremo lo dicho es verdad, que han quedado en entredicho sus propios principios fundadores. ¿Qué debe entenderse hoy por "persona"? ¿Cuándo empieza? ¿Debe separarse en el tiempo el binomio "personalidad-capacidad"? ¿Cuándo termina? De esta forma son numerosos los artículos del mismo Código civil que podrían haber enfermado de incoherencia (v. gr. arts. 29, 30, 125, 627, 814, 837, 924, 929, 959, 1.804, etc.). Incluso el propio sistema de elaboración jurídica padece de idéntica patología. Si los científicos han conseguido derogar las leyes naturales, ¿qué podría esperarse de las débiles leyes humanas!

La teoría tridimensional del Derecho resulta a todas luces insuficiente para solventar estos escollos. Ciencia del

Derecho, Sociología del Derecho, Filosofía del Derecho, articulan sus estudios combinando los tres clásicos elementos: norma, hecho y valor⁷. Algunos avances biotecnológicos, hechos al fin y al cabo, ya disfrutan de la valoración axiológica dada por una nueva Ética. Muchas de las normas aún vigentes, en consecuencia, han quedado antiguas. No obedecen a los mismos principios informadores. Biotecnología y Derecho se relacionan inversamente: mientras más avanza la Biología, más retrocede el Derecho. La distancia entre ambos se duplica a cada segundo que transcurre en balde. La velocidad de progreso de la ciencia requiere una reacción urgente e inmediata del jurista: la Ciencia del Derecho no puede esperar a que el hecho se produzca. Debe adelantarse a los acontecimientos. Como la teoría universal, el proceso de normativización concreta necesita un cuarto elemento: el tiempo. La concreción del valor a norma debe comenzar y asentarse sobre los hechos ocurridos, y además sobre los hechos razonablemente previsibles en un futuro cercano. Hablamos, en suma, de una Teoría tetradimensional del Derecho.

En contra de lo que pueda parecer, GARCÍA BELLIDO afirma que "la Biología es limitada, finita"⁸. Lo difícil consiste en señalar los límites de la Biología. Como techo se formulan "utopías utópicas", acaso posibles en un futuro más que imprevisible (deber ser del no ser). Pero junto a ellas existen unas "utopías posibles" (deber ser de lo que va a ser). A ellas, y a las nuevas realidades conocidas, debe dar respuesta el Derecho. ¿Cómo? ¿Con qué método?

Es un acierto el estudio multidisciplinar al que se suelen someter estas materias. Creo, sin embargo, que el Bioderecho no disfruta del peso que debiera en estas estructuras investigadoras, y cuando sí se le concede suele anclarse en las leyes especiales, olvidando el Derecho codificado, el único que obedece a unos principios rectores, a un sistema, compacto, global y con vis expansiva. El reto consiste en encontrar una Teoría General del Bioerecho, aun-

que a mi juicio, no apriorísticamente, sino siguiendo un método original y recíprocamente "inductivo-deductivo":

- Se comienza rastreando el Derecho "enfermo" a causa de la biotecnología y las leyes especiales;
- Se interrelacionan las normas dañadas para desentrañar los principios a las que obedecen;
- Se cotejan dichas normas y principios con las normas y principios concordantes en las leyes "especiales", y de esta forma elaborar los nuevos principios del Derecho civil;
- En este punto deben tenerse en cuenta las propuestas bioéticas sobre las nuevas realidades y los hechos pre-visibles en un futuro cierto.
- Se contrastan las soluciones propuestas con el resto del Ordenamiento Jurídico vigente para evitar que las nuevas normas deroguen otras tácitamente;
- Al fin, se aquilatan los Principios Generales del Bioerecho, y se colman así las enormes lagunas dejadas en la materia.

Ello supone aceptar la derogación de las leyes naturales (el hombre no necesariamente nace, se reproduce y muere, o lo hace pero no necesariamente en ese orden), y de otro lado no esperar a la llegada del hecho para su regulación jurídica, sino ir por delante de ellos, negando la máxima de HORACIO "leges sine mores vanae sunt", y abriendo las puertas a un "Derecho utópico", a unas leyes "metaferendae", un paso por delante de la sociedad, más real e imprescindible que nunca.

Pienso con IHERING que «en Derecho, como en todo, lo existente será reemplazado por lo nuevo; todo lo creado está llamado a desaparecer». Lo que hay que procurar hoy en día, dada la vorágine de los descubrimientos cientí-

⁷ REALE, M. *Teoría tridimensional del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1.997, p. 122.

⁸ GARCÍA BELLIDO, A. "Genética del Desarrollo: ayer y hoy". Ponencia dictada en el Simposio Internacional *Un siglo de genética (1.900-2.000)*, Fundación Ramón Areces, coord. Juan Ramón Lacadena, Madrid, 21 de marzo de 2.000.

⁹ Aunque el certificado de defunción se emitió tras el nacimiento, paradójicamente la redacción de la noticia en la prensa escrita no deja lugar a dudas sobre la muerte cerebral de la madre. Como ejemplo léanse las siguientes reseñas tomadas del diario EL MUNDO: jueves, 20 de enero de 2000: "Mejora la salud del bebé que nació de una madre muerta en Asturias" (...); "El niño nacido en Gijón cuya madre se encontraba clínicamente muerta desde seis semanas antes del alumbramiento"; martes, 4 de enero de 2000: (...) "mantuvieron 47 días clínicamente muerta para salvar a su hijo haciendo de incubadora natural"; domingo, 2 de enero de 2000: "Vida después de la muerte. Su madre estaba clínicamente muerta desde el 13 de noviembre. Los médicos la habían mantenido artificialmente con vida (?) con el único propósito de cumplir su última voluntad; dar a luz un hijo. De hecho, minutos después de extraerle del vientre de Milagros Lorenzo, el equipo médico certificó la defunción de ésta"; domingo, 2 de enero de 2000: "Nace el hijo de la mujer asturiana que llevaba 47 días clínicamente muerta. Minutos después, Milagros murió" (?); sábado, 11 de marzo de 2000: "Dado de alta el niño que nació de una mujer clínicamente muerta (...) la mujer que permaneció en situación de muerte ética durante seis semanas para poder salvar la vida de su bebé".

¹⁰ Tampoco es cosa. Opina lo contrario LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil*, t. I, p. 204. Como ocurriera con el embrión extrauterino fecundado *in vitro*, a la doctrina civil le repugna patrimonializar el principio y el fin de la vida humana. A lo sumo, el cadáver se corresponde con un *tertium genus* de difícil calificación jurídica. Más complicada si cabe que la del embrión, pues para muchos éste ya es persona, mientras que es unánime la opinión de negarle tal naturaleza al cadáver.

¹¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "Art. 32 Cc." *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz

ficos, es que ese nuevo Derecho no muera recién nacido. Por eso coincido con ALCALÁ-ZAMORA en que «en materia legislativa, como en los proyectos de urbanización, más vale pecar por audaces que por tímidos, porque los Códigos se hacen para regir en el futuro, y es absurdo edificar éste sobre los moldes de un pasado deficiente en extremo». Planteemos este nuevo Derecho sobre nuevas bases. Pero hagámoslo sin perder el norte, dentro de un sistema lógico, codificado, fundado en unos nuevos Principios Generales del Derecho, acordes con las nuevas formulaciones éticas.

II. LA GESTACIÓN TRASLA DENOMINADA MUERTE CEREBRAL: ¿GESTACIÓN POST MORTEM O TERMINAL?

Un claro ejemplo de la dialéctica "vieja-nueva Ética", y de su reflejo en el ámbito de lo jurídico, en este Derecho "enfermo", lo constituye el caso que nos ocupa. Si al parecer ya estaba muerta la madre⁹, ¿por qué esperar al nacimiento del hijo para certificar su defunción? ¿Para no vulnerar acaso la regla parvularia? Y siendo así ¿A qué momento se refiere la muerte? ¿A la cerebral? ¿A la orgánica? ¿Hay muertes retroactivas? ¿Acaso la muerte cerebral no es muerte? ¿No estaba muerta entonces? ¿Puede dilatarse ad libitum la fecha de la muerte? ¿Alguien ha pensado en la enorme trascendencia jurídica que ello acarrea? ¿Cuándo se abre la sucesión? ¿Cuándo termina una renta vitalicia?

La cuestión previa consiste en determinar cuándo para el Derecho civil finaliza la vida humana. Si conforme al criterio legal establecido, la madre se hallaba muerta al momento del nacimiento del hijo, estamos ante una verdadera "gestación post mortem", con los problemas éticos y jurídicos subsiguientes; si estaba viva, el hecho debiera calificarse como "gestación terminal", sin mayores reparos.

1. El tránsito de persona a cadáver

"La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas" (art. 32 Cc). Llegada la muerte, la persona se convierte en cadáver y su patrimonio en herencia. Esto es así porque se pierde la aptitud para titular derechos y obligaciones. El cadáver carece de personalidad jurídica, sencillamente porque le falta la premisa mayor: no es persona¹⁰. Consecuencias jurídicas derivadas de estos postulados generales son, entre otras, la apertura de la sucesión (art. 657 Cc), la disolución del matrimonio (art. 85 Cc), la extinción de la deuda alimenticia entre parientes (art. 150 y 152.1º Cc), la extinción de la patria potestad (art. 169.1º), la extinción de la tutela (art. 276.3º), la disolución del régimen económico matrimonial (art. 1.392.1º Cc), la extinción de la pensión compensatoria si el fallecido era acreedor de la misma (art. 101 Cc), la extinción del usufructo (art. 513.1º Cc), la extinción del uso y habitación (art. 529 Cc), la extinción del albarcego (art. 910 Cc), la extinción del mandato (art. 1.732.3º Cc), la extinción de la sociedad (art. 1.700.3º Cc), la extinción del comodato, en determinadas circunstancias (art. 1.742 Cc)¹¹, la extinción de la renta vitalicia (arts 1.802 a 1.808 Cc).

Vista la enorme trascendencia jurídica que tiene la muerte para el Derecho, el momento que señala el tránsito de persona a cadáver debe ser natural, indubitado, cierto, único, automático e instantáneo. Por eso el art. 81 LRC obliga a que en la inscripción de fallecimiento conste "la fecha, el lugar y la hora en que acontece la muerte". No se puede dejar al albur de la voluntad de nadie. Se está vivo o muerto, no hay término intermedio. Es una ley del todo o nada¹². El Derecho debe acotar con todo detalle este trance, en aras de la seguridad jurídica y de la igualdad de todas las personas ante la ley. Es inadmisibles que puedan existir diferentes muertes jurídicas, a la carta según las necesidades de cada caso: una para trasplantes, otra para gestaciones, por ejemplo. Pero ¿cuál es esta muerte uniforme y cuándo se produce?

El art. 32 Cc calla. La Ley y el Reglamento del Registro Civil aluden genéricamente a la "existencia de señales inequívocas de muerte para proceder a la inscripción de la defunción" (art. 85 LRC y 274 RRC). Parece evidente que el Derecho común se abstiene, delegando la decisión en el dictamen pericial médico¹³. Y aquí nacen las dudas. Problemáticas como la de los trasplantes en personas sin conciencia o la gestación con muerte cerebral, abren un amplio margen "legal" para decidir cuando conviene afirmar la muerte clínica, ética o jurídica de una persona. Pero la muerte es un hecho, no una opinión¹⁴. El principio de la indisponibilidad de la vida impide tanto adelantar ese momento, como dilatar la situación terminal en exceso¹⁵. ¿Y cuál es ese momento decisivo? Para la ciencia médica ese punto de inflexión como tal no existe. Más bien la muerte se trata de un "proceso", de modo que la medicina no puede descubrir el instante en que se deja de estar vivo para estar muerto, sino "elegirlo"¹⁶.

Si lo que caracteriza al ser humano es su capacidad de conciencia, su pérdida irreversible debiera acarrear la muerte de la persona. A mediados de los años sesenta empieza a generalizarse y asumirse entre médicos, juristas y filósofos que la muerte del individuo se corresponde con el cese irreversible de las funciones cerebrales superiores, incluidas las reguladas por los diversos núcleos corticales, del puente, cerebelo y tronco encefálico¹⁷. Para hacer constar con todas las garantías que se ha llegado a este extremo, se realizan primero unas pruebas neurológicas, y tras ellas unas confirmatorias, entre las cuales destaca el silencio electroencefalo-gráfico. A ellas hace mención la Disposición Derogatoria única del RD 2.070/1.999, de 30 de diciembre¹⁸, que derogó el art. 10 del RD 426/1.980 de 22 de febrero, de trasplantes de órganos, a cuyo tenor:

"Los órganos para cuyo trasplante se precisa de la viabilidad de los mismos sólo pueden extraerse del cuerpo de la persona fallecida previa comprobación

de la muerte cerebral, basada en la constatación y concurrencia, durante treinta minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos:

1. Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia.
2. Ausencia de respiración espontánea.
3. Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis.
4. Electroencefalograma "plano", demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral.

Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema nervioso central.

El Certificado de defunción basado en la comprobación de la muerte cerebral será suscrito por tres Médicos, entre los que deberán figurar un Neurólogo o Neurocirujano y el Jefe del Servicio de la unidad médica correspondiente o su sustituto. En aquellos casos en los que esté interviniendo la autoridad judicial, podrá figurar, asimismo, un Médico forense designado por aquélla.

Ninguno de los Facultativos a que se refiere este artículo podrán formar parte del equipo que vaya a proceder a la obtención del órgano o efectuar el trasplante.

La norma no parece dejar resquicio alguno a la duda: sólo una muerte, la cerebral, debidamente comprobada con todas las garantías, y posteriormente certificada.

Los problemas se suscitan frente a las situaciones en las que se roza la muerte por defecto, o se sobrepasa en exceso. Es difícil constatar la muerte cerebral por defecto en personas con algunos síndromes como el EVP (en los que la lesión cerebral no afecta a la totalidad del cerebro), o en los anan-

Alabart, t. I, v. 3, 2ª ed., EDESA, Madrid, 1.993, p. 32.

¹³ ICETA GAVICAGOGEGASCOA, M. "Muerte cerebral y trasplante", *Bioética y Ciencias de la Salud*, n.º 0, junio-1.994, p. 7.

¹⁴ Criterio que califica LETE DEL RÍO, J. M., como de "indudable acierto". Vid. *El derecho de la persona*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1.996, p. 54. Creo que en los tiempos que corren, esta calificación tendría que ser corregida.

¹⁵ SINGER, *Repensar la vida y la muerte...*, cit., p. 63.

¹⁶ En parecido sentido, DALLA TORRE, G. *Le frontiere della vita (Ética, Bioética e Diritto)*, Edizioni Studium, Roma, 1.997, p. 181.

¹⁷ SINGER, *Repensar la vida y la muerte...*, cit., p. 53.

¹⁸ ICETA, "Muerte cerebral y trasplante", cit., p. 7. Sólo el Consejo de Ética Danés (1.987) seguía manteniendo en Europa el clásico concepto de muerte como "cese total e irreversible de la circulación y respiración", hasta que en 1.990 se adhirió al criterio comúnmente admitido de la muerte cerebral.

¹⁹ "Por el que se regulan las actividades de obtención y utilización de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplantes de órganos y tejidos" (B.O.E. de 4 de enero de 2.000)

¹⁸ SINGER, *Repensar la vida y la muerte...*, cit., p. 65.

²⁰ AGUIRRE LÓPEZ, J. "Bioética y trasplantes", *Materiales de Bioética y Derecho*, coord. María Casado, Cedecs, Barcelona, 1.996, p. 236.

²¹ Cuesta pronunciarse acerca de la conveniencia o no de depositar esta decisión en los padres o representantes legales, cuando el paciente es menor de edad o incapaz de hecho o derecho. Con acierto, TORRES DE VIGUERA señala algunas situaciones límite: ¿Qué ocurriría si existen discrepancias entre el padre o la madre a quién el médico consulta en una situación de urgencia? ¿Pueden los padres subrogarse en el consentimiento del hijo? ¿Y si los padres están separados o divorciados? Ponenca "Discrepancia médico-paciente; El respeto a la autonomía del paciente y la objeción de conciencia del médico; Testamento vital y consentimiento subrogado", *II Jornadas de Bioética*, Córdoba, junio-1.993.

²² "(...) La asistolia, parada cardíaca, tras la muerte comprobada neurológicamente, se produce en horas o días (máximo 9 días) pese a todo intento de mantenimiento artificial de la función circulatoria". En estos términos se pronunció la Sociedad Española de Neurología, 6 de septiembre de 1.982. Cfr. ICETA, "Muerte cerebral y trasplante", cit., p. 9.

²³ En los casos de muerte a causa de paro cardiocirculatorio, acompañada de muerte cerebral, "deben iniciarse inmediatamente unas medidas de preservación del cadáver, pues de lo contrario comenzaría la necrosis de los órganos del cuerpo, convirtiéndose en inviable su trasplante". AGUIRRE, "Bioética y trasplantes", cit., p. 237.

cefálicos (caracterizados por la ausencia de hemisferios cerebrales o de desarrollo rudimentario). Ciertamente la muerte cerebral acorde con los parámetros precitados, si aún no ha llegado, terminará siendo segura. Siguiendo el criterio legal, este proceso irreversible de muerte legítima el empleo de los órganos de las personas afectadas para su trasplante en otras. La decisión de tenerlos por muertos, especialmente en el caso de los anancefálicos, permitiría su inhumación (cuando todavía respira de forma natural!

Parecido es el caso, aunque por exceso, del muerto cerebral al que se le asiste artificialmente para conservarlo caliente (la denominada "homeostasia"). Aunque ayudado por medios técnicos, claro que el sujeto respira. Pero, ¿está vivo? De ordinario, la práctica médica sólo certifica la defunción de una persona cuando además de diagnosticarle muerte cerebral, le desaparece todo signo de homeostasis. Siendo así, hasta el cese de toda actividad orgánica no hay muerte, de manera que pudiera darse "la pesadilla de hospitales hacinados de vivos sin conciencia"¹⁹. Admitiendo esta última tesis, fundada en que esta "muerte" cerebral no es muerte aún, la extracción de órganos para ser trasplantados a enfermos que los necesitan, en rigor, se realizaría sobre "vivos". En palabras de AGUIRRE LÓPEZ, "hoy día en España, la mayor parte de órganos trasplantados proceden de un donante en situación de muerte cerebral, dadas las dificultades legales que para algunos profesionales supone la técnica de extracción de órganos en parada cardíaca"²⁰. En consecuencia, no debiera decirse "muerte" cerebral. Llámese cese cerebral, inactividad, catarsis, o como se quiera, pero no muerte. O dígase que que se le extraen órganos a los todavía vivos, siempre que cumplan con unas determinadas circunstancias legales que, por ejemplo, no llenan los anancefálicos. Puede que repugne a algunos este planteamiento lógico, real como la vida (o la muerte) misma, partiendo de la necesidad de añadir la parada cardíaca a la muerte cerebral. Este es el precio de la vieja

Ética. Al otro lado sólo queda la incongruencia.

A mi juicio, una de las claves reside en no prolongar inútilmente la vida orgánica a los pacientes que presenten un electroencefalograma plano. Es inhumano. Éticamente, indigno. Jurídicamente, intolerable. Sería tanto como jugar "lícitamente" con el Derecho. Porque si la fecha y hora de la muerte de una persona (cerebral más orgánica), conocida la enorme trascendencia jurídica que ello conlleva, la va a escoger aquel de quien dependa la decisión de desconectar el respirador, no cabe duda que podría dilatarla a su propia conveniencia. Podría alterar libérrimamente el orden sucesorio, por ejemplo. ¿En manos de quién debe recaer esta decisión? ¿De los médicos? ¿De los jueces? ¿De los pacientes?²¹

Si la llamada "muerte" cerebral arrastra irremisiblemente consigo la muerte orgánica del individuo, ambas deberían caminar de la mano²². Como norma, la una desembocará en la otra sin remisión, y cuando esto ocurra, más temprano que tarde, se certifica la defunción de la persona. Pero la cuestión se hace harto discutible cuando concurren circunstancias especiales que "legítimen" una dilatación artificial del proceso natural de la muerte, como cuando se pretende utilizar los órganos para un trasplante²³, o como en el caso de la madre "muerta" de Cabueñes. O incluso cuando tales circunstancias legitimadoras no concurren, y la prolongación de la vida orgánica, además de artificial, resulta artificiosa. De nuevo se abren las puertas al peor enemigo del Derecho: la incertidumbre.

Admitamos como punto de partida que la muerte es un proceso, y que "la muerte cerebral arrastra consigo la muerte orgánica". Ahora bien, mientras la orgánica puede retrasarse artificialmente (salvo opinión más autorizada), no conozco mecanismo alguno que hagan lo propio con la muerte cerebral. En otras palabras, la muerte cerebral se corresponde con un hecho cierto, natural,

irreversible y no manipulable por el hombre. En buena lógica, la muerte cerebral queda fuera de toda suspicacia, puede darse con toda precisión y es perfectamente acreditable. Es el criterio seguido legalmente para autorizar la extracción de órganos con fines trasplantatorios (Disp. Derog. Única RD 2.070/1.999, de 30 de diciembre). Aún más, el único criterio legal conocido, ante la llamada por respuesta de los arts. 32 Cc y concordantes de la Ley y Reglamento del Registro Civil.

No quiero entrar en controversias de índole médico o filosófico²⁴. Por eso no me opondré ahora a los que piensan que la muerte cerebral necesita de la orgánica para terminar con la vida de la persona, convirtiendo de este modo a la muerte cerebral en una muerte a medias. Pero sí afirmo que la muerte cerebral es el criterio jurídicamente más acertado para fijar el final de la personalidad. Y siendo así, comprobada la muerte cerebral el sujeto está muerto, es ya cadáver. De otra forma, a los médicos, a los jueces, ¡a los parientes! se les otorga una potestad exorbitante: decidir sobre la apertura de la sucesión, sobre el fin de un matrimonio, del régimen económico conyugal...

Desgraciadamente, quizá el Derecho no esté preparado aún para asumir lo que él mismo ha creado. Y lo que es peor, puede que la sociedad tampoco. Valga como ejemplo el caso de la madre de Cabueñes.

2. La madre ¿muerta?

Léase con atención como EL MUNDO de 2 de enero de 2.000 describe lo ocurrido tras practicarse la cesárea a la madre de Cabueñes: "Milagros fue trasladada nuevamente a la UCI. Los médicos realizaron las pruebas pertinentes en el servicio de Cuidados Intensivos para posteriormente certificar su defunción (...) El pequeño no podía recibir ningún tipo de estímulo de su madre debido a la situación de muerte cerebral en la que se encontraba Milagros, pero sí que te-

nía estímulos externos. Según comentó la doctora Adela Fernández, las personas que se encargaban del caso hablaban con él y lo acariciaban para suplir esa unión entre madre e hijo durante los meses de gestación".

Parece admitirse con toda naturalidad que la madre permaneció muerta durante la gestación, aunque sólo se certificó su fallecimiento tras el parto. No hubo mayores controversias jurídicas. Ni éticas, porque al fin y al cabo, por más que aparente lo contrario, la madre que dio a luz estaba "legalmente" viva. Para mantener la moralidad de la situación se dilató artificialmente la "vida" de la madre, y eso pudo costar que las circunstancias de la sucesión, sean personales o patrimoniales, hubieran variado. Fueron unas pocas semanas. Podrían haber sido años. En esta ocasión medió una causa que justificó el mantenimiento artificial de cierta homeostasis en la paciente. Pero, ¿y si se prolonga artificialmente esta "vida" sin mediar justa causa? ¿Y si durante ese tiempo de prolongación vital artificiosa e injustificada se modifica sustancialmente la vocación hereditaria, o la situación patrimonial del futuro causante? ¿Para donar órganos estaría muerta y para gestar no? ¿Puede permitirse el Derecho correr el riesgo de tanta incertidumbre?

Del mismo modo que el legislador decimonónico no pudo prever la posteridad del causante a causa de una fecundación post mortem con semen del varón fallecido, tampoco pudo imaginar que, siendo la madre la gestante, el hijo pudiera nacer tres meses después de su muerte. Muchas de las previsiones legales de antaño no se acomodan a la realidad social vigente, no encajan en los supuestos de hecho²⁵. Pero ello no es excusa para no resolver los problemas, para huir de ellos por temor a que estallen las traviesas éticas y jurídicas que sostienen el sistema. La gestación post mortem es un buen ejemplo de ello. Se prefiere que muera después del parto para no estropear la cadena ética y parvularia "el hombre nace, se reproduce y muere", ya rota en la fecundación

²⁴ Por ejemplo, "ciertas comunidades, a causa de sus creencias, no aceptarán una definición basada en los centros cerebrales superiores, como muchas no aceptan actualmente la definición de muerte basada en todo el cerebro (...) numerosas sectas ni siquiera aceptan la definición usual de muerte de todo el cuerpo". TRINSTAM ENGELHARDT, H. *Los fundamentos de la bioética*. Paidós, Barcelona, 1.995, p. 273.

²⁵ V. Gr. "De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta" (Arts. 959 a 967 Cc). Puede ser viuda o no, o incluso ser ella misma la causante. Del mismo modo debiera decirse cuando "queda o pueda quedar encinta".

²⁶ De similar parecer es BUSTOS PUECHE, J. E. *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 45 y ss.

²⁷ Para mayor detalle, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, A. M. *La ceguera del legislador a la luz de la genética*. Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 2.000, pp. 65 y ss.

²⁸ En el mismo sentido, DURÁN Y LALAGUNA, P. *Los límites del Derecho*. Comares, Granada, 1996, p. 161. También hay mecanismos civiles para la protección del *nasciturus*, añadidos a los anteriores. Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, C. *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*. MacGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 91 y ss.

post mortem y en la condición precaria del embrión extrauterino. ¿Por qué no va a ser ético que nazca el hijo después de muerta la madre? ¿Resulta ilegal acaso? Lo abominable hubiera sido preferir que el feto no viera la luz, y ese no fue el caso.

A mi juicio la única muerte relevante a efectos legales es la cerebral. A partir de ese instante se desencadena el torrente de secuelas jurídicas, y el paso de persona a cadáver. Otra cosa es que no pueda ni deba permitirse la inhumación hasta pasadas 24 horas de la muerte orgánica: o que se pueda y se deba administrar respiración artificial tras la muerte cerebral, cuando ello redunde en beneficio de otro interés jurídico prevalente, como cuando se precisa y se consiente alguno de sus órganos para ser trasplantado a otra persona enferma, o en este caso, en el que ha de salvarse la vida del feto. Y esto habría ocurrido aunque la voluntad de la mujer hubiera sido la contraria, aunque no hubiera manifestado nada, o los familiares se opongan en firme o no presten su consentimiento.

En la gestación post mortem chocan dos intereses jurídicos relevantes, dos bienes jurídicos protegidos, pero el de mantener en vida al feto es palmariamente de superior categoría. De una parte está el interés jurídico de otorgar la protección debida al cadáver, que ya no es persona, creo que tampoco cosa, en cualquier caso, carente de personalidad jurídica. De otro lado, el *nasciturus*. Siguiendo estrictamente la jurisprudencia contenida en la archifamosa Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1.985 de 11 de abril, "el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental". Esto es así porque, conforme a la legalidad española vigente, el feto es sólo "una persona con personalidad jurídica". La mayor de sus garantías al ser entronizada en el universo de lo jurídico es, como no podía ser de otra forma, la proclamación y la defensa de su vida. Pero ello no significa que el embrión sea titular

de este derecho, pues para ello precisaría de la capacidad jurídica de la que carece hasta que nazca con los requisitos del art. 30 Cc²⁹. La personalidad jurídica del *nasciturus* sólo le proporciona la defensa de la vida, no la titularidad del derecho²⁷. Evitando toda controversia al respecto, lo que no cabe duda es que en el feto hay vida "creciente"; en la madre con muerte cerebral, incluso admitiendo que también la hubiera (que no la hay), sería sin lugar a dudas "claudicante". Y la protección de la vida se dispensa con mecanismos de Derecho Público, cogente, indisponible²⁸. Por esa razón, admitiendo que nos halláramos ante una gestación post mortem, ni siquiera cabe elección: sólo interesa salvar la vida del que va a nacer, del único vivo.

Esta solución no implica admitir necesariamente que la madre en "muerte cerebral" esté viva para la ley. Creo que jurídicamente no es conveniente, aunque filosóficamente pudiera afirmarse que sólo la muerte orgánica unida a la cerebral determine el fallecimiento del individuo. Precisamente por eso hay que esperar a que aquella se produzca para la inhumación. Incluso para proceder al oportuno asiento en el Registro Civil, aunque se practique con fecha retroactiva, esto es, la correspondiente a la muerte cerebral. Dado el carácter determinante e irreversible que para el fin del individuo tiene la muerte cerebral, además de la certeza jurídica y probatoria que aporta, me inclino a pensar que ese debiera ser el criterio jurídico adoptable en lo sucesivo. Para no dejar resquicio a la duda, esta opinión tendría que corroborarse con una reforma legal que distinga la muerte cerebral como desencadenante de la generalidad de los efectos jurídicos propios de la defunción, salvo el enterramiento. O quizá no. Recuérdese que es la misma Ley de trasplantes la que introduce este concepto, y que es jurídicamente inadmisibles que haya muertes a la carta, para unos casos sí y para otros no.

Imaginemos por un instante que se toma a efectos jurídicos y registrales,

como única muerte a la "cerebral". El caso de Cabuñes no sería el de una gestación "terminal", sino el de una gestación post mortem. ¿A qué dilemas jurídicos y éticos se enfrentaría en el caso de la gestación post mortem?

1. La determinación de la filiación del nacido de madre muerta no plantea problema jurídico alguno. La Orden de 10 de noviembre de 1.999 sobre cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil²⁹ zanjó cualquier problema al respecto, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo vertida en la Sentencia de 21 de septiembre de 1.999, que declaró inaplicable por inconstitucionalidad sobrevenida el párrafo primero del art. 47 LRC, extensible a todos sus concordantes (en concreto la referencia marginal al art. 162.2º RRC), por permitir interpretaciones reglamentarias que hacían depender de la voluntad de la madre la circunstancia registral de la maternidad³⁰.

2. Como regla general, para proceder a la inscripción de la defunción en el Registro Civil se precisa:

- Declaración de quien tenga conocimiento cierto de la muerte, que deberá presentarse antes del enterramiento y ser formulada inmediatamente de la muerte (82-84 LRC y 273 RRC).
- Certificación médica de la existencia de señales inequívocas de muerte para proceder a la inscripción (85 LRC)³¹.

La inmediatez en la declaración conlleva la inscripción inmediata, proclamar la muerte de quien todavía respira en el hospital, del "cadáver incubadora", y reabre la vieja polémica del plazo de enterramiento³².

Pero esta "inmediatez" puede salvarse si la inscripción se realiza mediante sentencia u orden de la Autoridad judicial, a partir de acta extendida por la persona competente, por concurrir una

de las circunstancias excepcionales contenida en los arts 19 LRC, 71 a 75 y 277 RRC): "fallecimiento en (...) lazareto, cárcel, cuartel, hospicio, hospital u otro establecimiento público análogo (...) podrá practicarse cualquiera que sea el tiempo transcurrido (...) "³³. Pero incluso en este caso, creo que en el acta habría de figurar la fecha de la muerte cerebral, de manera que tampoco se levantaría una especial polémica jurídica.

III. ALGUNAS CONCLUSIONES

La revolución biotecnológica debe ir acompañada de un cambio en las posiciones éticas tradicionales, y en sus correspondientes soluciones jurídicas. Pero quizá este cambio no implique una revolución a la fuerza. Los postulados éticos son en esencia los mismos de la vieja ética, aunque fortalecida, rejuvenecida, corregida sólo en lo que la biotecnología deja al albur de la incertidumbre. Sin abandonar en exceso el antropocentrismo, y desde posturas humanistas, quizá tendría que de admitirse desde ya, sin reparos, que el hombre puede dar vida después de muerto. Para ver si esta modificación en el convencimiento moral clásico acarrea una inmediata revisión de lo jurídico, hemos comprobado con antelación si existe normativa vigente al respecto y si está enferma de incongruencia. Para el caso de la gestación post mortem, creo sinceramente que esa reforma no es urgente. No digo que no sea precisa, sólo afirmo que con las leyes actuales es perfectamente defendible, aún más, jurídicamente aconsejable, mantener la muerte cerebral como "momento" relevante a efectos civiles y registrales. Nada impide la inscripción del fallecimiento previamente a la del nacimiento. Tampoco hay problema registral para el recién nacido. Proclamar la muerte de la madre supone su inmediata conversión jurídica en cadáver, lo que coloca sin duda en posición prevalente al feto, no importando al caso si existe o no consentimiento de aquella o de sus familiares al respecto. La protección de la vida del

²⁹ B.O.E. núm. 280, de 23 de noviembre de 1.999, y corrección de errores B.O.E. núm. 287, de 1 de diciembre de 1.999.

³⁰ Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, núm. 1.857, pp. 273 y ss.

³¹ A tenor del art. 274 RRC, "el facultativo que haya asistido al difunto en su última enfermedad o cualquier otro que reconozca el cadáver enviarán inmediatamente al Registro parte de defunción, en el que además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación, constará que existen señales inequívocas de muerte, su causa y, con la precisión que la inscripción requiera, fecha, hora y lugar de fallecimiento y menciones de identidad del difunto, indicando si es conocido de ciencia propia o acreditada y, en este supuesto, documentos oficiales examinados o mencionados de identidad de la persona que afirme los datos, la cual también firmará el parte".

³² En vista de la declaración, de la certificación y de las comprobaciones procedentes y no existiendo indicio de muerte violenta, el encargado practicará la inscripción y expedirá la correspondiente licencia para dar sepultura al difunto en cuanto hayan transcurrido veinticuatro horas desde el momento de la muerte (arts. 83 LRC y 276 RRC).

³³ Para nada obsta el plazo de un mes que señala el art. 278 RRC de validez del acta. A mi juicio este plazo se limita a la mera transcripción. Pasados los treinta días, será preciso previo expediente instado por el Registrador competente (art. 73 RRC). De parecida opinión es SARMIENTO RAMOS, J. "Art. 19 LRC", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. IV, v. 2º, EDESA, Madrid, 1.996, p. 203.

que está por nacer queda muy por encima del respeto debido al cadáver. Siendo así, el caso de Cabueñes no es el de una gestación terminal: debió calificarse como de una gestación post mortem.

el de un cadáver incubadora, jurídica y éticamente sin reproches. Es tan fácil como admitir que una película ha terminado aunque el proyector siga funcionando.