

Capítulo I

Interpretación constitucional y Bioderecho

DR. MANUEL CARRASCO DURÁN

*Profesor titular de Derecho Constitucional y
Secretario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*

1. LA NATURALEZA DE LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

El dato más llamativo de la jurisprudencia constitucional sobre aspectos relativos a las normas que regulan fenómenos conectados con la Bioética, es decir, al conjunto normativo que denominamos Bioderecho, es que, normalmente, y salvo excepciones, ha operado una desconstitucionalización del régimen jurídico de dichos fenómenos.

Parece evidente que prácticas como la eutanasia o suicidio asistido, la interrupción voluntaria del embarazo y el uso de técnicas de reproducción asistida involucran la facultad de las personas de tomar opciones vitales conforme a preferencias éticas libremente escogidas y a derechos que tienen una estrecha conexión con la idea de la dignidad individual. Sin embargo, al tratar sobre problemas relativos a prácticas como las citadas, la jurisprudencia normalmente trata de compensar los derechos fundamentales afectados en cada caso con una serie de valores e ideas morales que les sirven de contrapeso, con lo cual, el resultado es que aquella deja a las leyes discrecionalidad casi absoluta para establecer el régimen jurídico de este tipo de fenómenos. En efecto, en una situación en la que a derechos que apuntan a ampliar el ámbito de facultades que pueden ejercer las personas en relación con nuevos fenómenos de la técnica que afectan a su vida, a su intimidad y a su salud se contraponen valores objetivos que operan en una dirección contraria, la jurisprudencia termina dejando al legislador discrecionalidad para optar, a la hora de regular tales prácticas, por los criterios sostenidos por la mayoría política de cada momento en torno a qué elemento, derechos o límites, debe primar en la regulación, lo que hace que la jurisprudencia constitucional

admira tanto regulaciones que permiten de manera abierta tales prácticas, como regulaciones que las prohíben o las limitan drásticamente, pasando por otras regulaciones intermedias. En otras ocasiones, la jurisprudencia tiende, incluso, a negar la vinculación de tales prácticas con los derechos fundamentales del individuo.

Este resultado, sin embargo, supone, ante todo, una desfundamentación de los derechos involucrados en este tipo de prácticas. Como es conocido, la cualidad de fundamental de un derecho viene determinada, esencialmente, por la resistencia de su contenido esencial a la ley, que necesariamente debe respetar dicho contenido, el cual, además, tiene eficacia directa para su ejercicio por parte de los ciudadanos. Dejar a la ley discrecionalidad para regular un fenómeno da lugar al mismo resultado que se produciría si en dicho fenómeno no hubiera en juego derechos fundamentales. Finalmente, la desfundamentación del Biodecho supone, también, su desconstitucionalización, ya que la Constitución penetra en este ámbito material a través de los derechos fundamentales afectados por las prácticas que este sector del ordenamiento jurídico contempla.

La argumentación jurídica solamente tiene carácter verdaderamente constitucional si, en primer lugar, los derechos son contrapesados con valores o bienes realmente derivados de la Constitución, ya que en caso contrario se devalúa, en la realidad, el valor constitucional de los derechos, al admitir que queden limitados por elementos no reconocidos por la Constitución. Además, la contraposición entre derechos individuales y valores o bienes objetivos que se empleen como límites a aquellos debe tener lugar de acuerdo con técnicas de argumentación de naturaleza constitucional. En relación con este último punto, desempeña un papel muy importante para determinar la validez constitucional de un límite interpuesto por una ley a un derecho fundamental la aplicación del principio de proporcionalidad, en sus tres facetas de adecuación o idoneidad, es decir, el límite debe ser útil para conseguir evitar la quiebra de un valor o bien reconocido por la Constitución, necesidad, lo que quiere decir que el límite solamente es admisible si no existen medios que conseguirían la finalidad pretendida con un grado menor de sacrificio del derecho fundamental afectado, y proporcionalidad en sentido estricto, lo que significa que la sociedad debe recibir de la aplicación del límite beneficios que compensen la merma que supone al individuo la limitación o privación del ejercicio de un derecho fundamental en una determinada situación. Esto hace que regulaciones que impidan o limiten drásticamente el acceso a prácticas en las que estén involucrados derechos fundamentales deban ser examinadas con un rigor especial desde una argumentación que quiera denominarse como constitucional.

Comenzaremos poniendo de relieve los resultados a los que llega una construcción doctrinal de naturaleza constitucional en relación con el reconocimiento del derecho al consentimiento informado, para, posteriormente, remarcar las distintas conclusiones que se derivan cuando se utiliza una argumentación que no tiene verdadera naturaleza constitucional para tratar fenómenos como el suicidio

asistido, la interrupción voluntaria del embarazo o el acceso a técnicas de reproducción asistida.

2. EL DERECHO AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Un ejemplo de razonamiento constitucional es el que la jurisprudencia aplica actualmente al derecho del paciente al consentimiento informado, que implica el derecho de aquel a rechazar un tratamiento médico. En la jurisprudencia de los Estados Unidos, la decisión del Tribunal de Apelaciones de Nueva York en el caso *Schloendorff* (1914) marca el comienzo de la doctrina según la cual la mera intervención de un médico sin el consentimiento del paciente supone una agresión (*assault*), por la que se pueden reclamar legalmente daños¹, de manera que se da un paso más allá de la jurisprudencia anterior, que venía condenando a los médicos sólo si la intervención causaba algún daño físico al paciente. La sentencia del caso *Schloendorff* se basó no sólo en el derecho a la integridad física (*bodily integrity*) del paciente, sino también en su derecho a la autodeterminación (*right to self-determination*). Finalmente, el Tribunal Supremo ha admitido que el derecho al consentimiento informado (*informed consent*²) deriva del derecho a la libertad (*liberty interest*) reconocido en la Constitución en la 14ª Enmienda [caso *Washington v. Harper* (1990)³] o en el *liberty interest* y el derecho a un juicio justo de la Sexta Enmienda [caso *Riggins v. Nevada* (1992)⁴]. La sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos más significativa sobre esta materia es la relativa al caso *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* (1990)⁵, que afirma que la persona tiene un derecho fundado en la Constitución a rechazar tratamientos médicos no deseados que se deduce de su derecho fundamental a la integridad física y del *liberty interest* vinculado al derecho al debido proceso (*due process of law*) en la Enmienda 14ª. Como señala la sentencia:

«La noción de integridad física ha sido vinculada a la exigencia de consentimiento informado requerida generalmente para tratamiento médico... El corolario lógico de

1. «Every human being of adult years and sound mind has the right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages» [*Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N. E. 92 (1914)].

2. El término «informed consent» aparece por primera vez en 1957, en la sentencia que decide el caso *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees* [317 P.2d 170 (Cal. App. 1957)].

3. 494 U.S. 210 (1990).

4. 504 U.S. 127, (1992). En *Bee c. Greaves* (1984), el Tribunal de Apelaciones del Décimo Circuito entendió que la administración forzosa de sustancias psicotrópicas a un recluso caía dentro del ámbito de la *privacy* protegido por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y sólo podía ser llevada a cabo si iba en ello un interés irresistible (*compelling interest*) del Estado, 744 F.2d 1387 (10th Cir. 1984).

5. 497 U.S. 261 (1990).

la doctrina del consentimiento informado es que el paciente posee en general el derecho a no consentir, es decir, a rechazar un tratamiento... El principio de que una persona capaz tiene un derecho a la libertad constitucionalmente protegido para rechazar tratamientos médicos no queridos puede ser derivado de nuestras sentencias anteriores⁶».

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo de Nevada autorizó en noviembre de 1990, en el caso *McKay v. Bergstedt*⁷, la retirada del respirador de un joven tetrapléjico, razonando que el derecho del individuo a decidir tiene más valor que el interés del Estado en preservar la vida. De igual forma, es significativa la controversia judicial que rodeó el caso *Schiavo*, tanto por su importancia jurídica como por la repercusión social del caso⁸.

6. «The notion of bodily integrity has been embodied in the requirement that informed consent is generally required for medical treatment... The logically corollary of the doctrine of informed consent is that the patient generally possess the right not to consent, that is, to refuse treatment... The principle that a competent person has a constitutionally protected liberty interest in refusing unwanted medical treatment can be inferred from our prior decisions.»

En el caso, se discutía si era conforme con la Constitución que la ley del Estado de Missouri exigiera «clear and convincing evidence» de que la interrupción del tratamiento médico es la voluntad personal de los pacientes para permitir a los representantes de aquellos otorgar su consentimiento válido a dicha interrupción, en el caso de que la enfermedad que sufren los pacientes los haya llevado a una situación que les impida expresar su deseo de que el tratamiento que están recibiendo para mantenerlos con vida sea interrumpido. La sentencia consideró que puede derivarse de la Constitución el derecho del paciente a no consentir tratamientos no deseados, pero, al mismo tiempo, entendió también que, en el caso de que el consentimiento se otorgue por representación, eran conformes con la Constitución las precauciones expresadas en la ley discutida, dirigidas a asegurar que la decisión de no continuar el tratamiento realmente se correspondía con la voluntad del paciente.

La demanda mediante la que se pretendía retirar a la señora Cruzan los aparatos de hidratación y alimentación que la mantenían con vida fue desestimada porque los demandantes no llegaron a probar de una forma clara y convincente que dicha decisión se correspondía con un deseo de la señora Cruzan. Sin embargo, posteriormente se aportó prueba adicional que condujo a una resolución judicial que entendió que había evidencia clara y convincente de que los deseos por aquella expresados cuando aún era capaz iban en el sentido de querer que los tubos le fueran desconectados.

7. 801 P.2d 617 (1990).

8. La señora Schiavo había permanecido en estado vegetativo desde 1990. En 1998, su marido obtuvo resolución judicial que autorizaba al equipo médico que la atendía a retirarle los medios que la mantenían con vida. Los padres de la señora Schiavo iniciaron una batalla judicial en el curso de la cual se produjeron varias resoluciones judiciales que desestimaron siempre sus pretensiones. El Congreso de Florida llegó a aprobar una ley en octubre de 2003 que permitía al Gobernador decidir por encima de ciertas sentencias judiciales y cuyo motivo era tratar específicamente el caso de Schiavo, que había sido desconectada de los aparatos que la alimentaban por segunda vez el 15 de octubre de 2003 (anteriormente, los aparatos habían sido desconectados en 2001, pero la orden judicial correspondiente fue revocada dos días después por otro tribunal). Esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Florida el día 23 de septiembre de 2004. El 18 de marzo de 2005 le fueron retirados por orden judicial los tubos de nutrición e hidratación a Theresa Schiavo, que murió el 31 de marzo. El 21 de marzo de 2005, el presidente George Bush promulgó una ley para tratar el caso Schiavo, que no evitó el desenlace. Este asunto es importante porque tuvo una solución distinta al

En España, las sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 y 11 de mayo de 2001 han considerado el consentimiento informado como «un derecho humano fundamental», que toma su base del «derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo» y que está fundamentado «en la misma Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupa el artículo 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias». Para estas sentencias el consentimiento informado es «consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia». Si bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue oscilando entre las decisiones que, siguiendo la doctrina clásica, exigen que la intervención no consentida del médico sea la causa de un daño sufrido por el paciente para reconocer a este el derecho a ser indemnizado y otras que, conforme a una doctrina más actual, entienden que la falta de información constituye, por sí misma, «un daño moral grave en sí mismo, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención», aunque el daño físico sufrido por el paciente no sea imputable a la intervención no consentida del médico (STS de 4 de abril de 2000)⁹.

Para el Tribunal Constitucional, el rechazo de un tratamiento, al suponer la oposición del paciente a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, supone ejercitar «un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 de la Constitución)¹⁰». El caso que mayor repercusión ha tenido en la opinión pública ha sido el de Inmaculada Echevarría, una persona afectada por una distrofia muscular progresiva, que solicitó la retirada del respirador que la mantenía viva desde hacía nueve años. El 1 de marzo de 2007 la Junta de Andalucía decidió aceptar dicha petición.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de abril de 2002, en el caso *Pretty contra Reino Unido*, ha entendido también que «la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente si es adulto y sano mentalmente se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos en el artículo 8.1 del Convenio» (fundamento jurídico 63).

caso Cruzan. De hecho, la señora Schiavo no había dejado escritas instrucciones acerca de su voluntad en caso de que se produjera esta situación, pero su marido aseguró que nunca hubiera querido ser mantenida con vida de manera artificial, en un estado vegetativo y sin esperanza de recuperación.

9. J. GUERRERO ZAPLANA (2004), 173-226.

10. STC 154/2002, FJ 9.

Esta vinculación del derecho al consentimiento informado con derechos fundamentales del paciente supone que las leyes deben necesariamente reconocer la facultad de ejercer tal derecho y que solamente podrán limitar aquel en el caso de que, en situaciones determinadas, su ejercicio afecte a derechos fundamentales de otras personas o a bienes o valores cuya protección encuentre un fundamento constitucional¹¹.

Por ejemplo, en el caso de los Testigos de Jehová o de adeptos a otras sectas que rechazan por motivos religiosos determinados tratamientos¹², los órganos judiciales, normalmente, autorizan someter a dichos tratamientos a menores de edad, precisamente en interés de ellos y dada su falta de capacidad, aun cuando conste la oposición de sus padres, si bien las decisiones varían según los factores concurrentes en cada caso, como pueden ser la mayor o menor urgencia de la intervención, el mayor o menor riesgo para la vida del menor si no se produce la intervención médica o el grado de madurez del menor, si este manifiesta su deseo de no someterse a los tratamientos incompatibles con sus creencias religiosas¹³.

11. De este modo, el artículo 9 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, establece que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley y cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o moral del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. El mismo artículo establece los casos en los que es posible el consentimiento por representación.

12. Más radical es el caso de los seguidores de la Christian Science (Church of Christ Science), que rechazan todo tratamiento médico en general, de manera que sólo algunos de sus adeptos admiten analgésicos contra el dolor, o el de los seguidores de la Iglesia del Tabernáculo (Faith Tabernacle Church), que no aceptan las vacunaciones obligatorias.

13. La STC 154/2002 es significativa de cuál es la frontera entre el tratamiento forzoso y el respeto a la libertad religiosa. En el caso están implicados unos padres y su hijo, que eran Testigos de Jehová. Los médicos habían diagnosticado la necesidad de practicar una transfusión de sangre al niño. Los padres y el niño se negaron a la práctica de la transfusión y el hospital donde primeramente fue ingresado aquel pidió una autorización a un Juez para poder llevar a cabo la transfusión. Sin embargo, los médicos no pudieron ejecutar la orden del Juez debido a la fuerte oposición del niño. Finalmente, tras una larga serie de episodios, el niño fue ingresado en otro hospital, donde los médicos llevaron a cabo la transfusión de sangre conforme a otra decisión judicial, pero la gravedad del estado en el que se encontraba el niño en aquel momento hizo que dicha transfusión no tuviera efecto y aquel muriera. Los padres fueron condenados como culpables de un delito de homicidio por el Tribunal Supremo, debido a que no consintieron en autorizar la transfusión, ni intentaron convencer a su hijo de que accediera a que le practicaran aquella, si bien los padres tampoco habían tratado de impedir la práctica de la transfusión. El Tribunal Constitucional entendió, en el fundamento jurídico 15 de dicha sentencia, que «la expresada exigencia a los padres de una actuación persuasiva o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa y va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor.»

En definitiva, la constitucionalización del *status* del paciente en su relación con el médico ha generado un cambio en la forma tradicional de administrar la medicina. El hecho de fundar la capacidad de decidir de los pacientes en sus derechos fundamentales ha impuesto el cambio del modelo tradicional de práctica médica basado en el principio objetivo de beneficencia por otro basado en el principio subjetivo de autonomía individual del paciente. Ciertamente, el modelo basado en la autonomía del paciente sigue chocando con algunas resistencias entre los médicos, pero el hecho de que el consentimiento informado encuentre su raíz en los derechos fundamentales hace que el derecho del paciente a que los tratamientos que se le apliquen respeten los términos de su consentimiento prevalezca sobre la inercia derivada de los modos tradicionales de aplicar la medicina. Este hecho, además, obliga a plantear las controversias derivadas de la negativa de los pacientes a recibir determinados tratamientos en términos de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y bienes y valores constitucionales garantizados por el Estado y a aceptar limitaciones al derecho del paciente al consentimiento informado solamente cuando obedezcan a la necesidad de proteger alguno de tales derechos, bienes y valores y se muestren como proporcionadas en relación con el fin que las motiva.

3. EL DERECHO A DECIDIR SOBRE LA PROPIA MUERTE

Al contrario que ocurre con el derecho al consentimiento informado, la práctica jurídica no ha dado aún el paso de reconocer *status* de fundamental al derecho de las personas a decidir sobre su propia muerte. Son significativas las siguientes palabras de la STC 120/1990:

«Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho¹⁴.»

Por lo tanto, el individuo solamente podrá ejercer su derecho a decidir sobre su propia muerte en los términos en los que lo permita la legislación vigente. El derecho de la persona a decidir sobre su muerte no deriva del derecho a la vida reconocido

14. STC 120/1990, FJ 7.

por la Constitución, como ha reafirmado la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de abril de 2002 (caso *Pretty contra Reino Unido*).

La STC 120/1990, siguiendo lo establecido por la STC 53/1985, considera la vida como un bien objetivo o valor fundamental, presupuesto de todos los derechos, que puede ser impuesto a la persona, incluso, contra su voluntad. Más aún, las actuaciones del individuo tendentes a causarse su muerte pueden ser objeto de límites especiales, que no serían aplicables a personas en situación normal, cuando aquél se ve sometido a una relación de especial sujeción, es decir, cuando aquél se encuentra internado en un establecimiento público y, por lo tanto, tiene que respetar las reglas de orden y disciplina propias de dicho establecimiento, como ocurre en el caso de los presos¹⁵. Como resultado, el preso es libre de declararse en huelga de hambre, como había sucedido en el caso resuelto por la sentencia citada, pero la Administración puede, al mismo tiempo, alimentarlo forzosamente, incluso aunque la técnica de alimentación forzosa afecte a su integridad física y frustre el logro del objetivo pretendido por aquél.

Finalmente, la situación del preso en su relación con la Administración, en estas situaciones, queda privada de su *status* de fundamental y, por lo tanto, sometida al contenido concreto que en cada momento adopten las normas reguladoras del orden interno y la disciplina del centro penitenciario. La situación es muy diferente a la que se deriva de la constitucionalización del derecho al consentimiento informado

No obstante, los principales problemas en esta materia han surgido en relación con la eutanasia. A este respecto, debe distinguirse la eutanasia pasiva, bien sea por omisión de determinados procedimientos terapéuticos que sólo conseguirían prolongar artificialmente la vida y retrasar innecesariamente una muerte segura, bien mediante la desconexión o supresión de procedimientos técnicos extraordinarios incapaces de evitar la muerte; la eutanasia activa indirecta, consistente en la aplicación de medicamentos o tratamientos paliativos del dolor que pueden adelantar la muerte; y la eutanasia activa, que consiste en la producción de la muerte mediante un comportamiento positivo, en la fase terminal de una enfermedad mortal o en supuestos de padecimientos incurables e insoportables¹⁶. El primer caso es solamente una consecuencia del derecho a rechazar un tratamiento médico, que deriva del derecho al consentimiento informado, como hemos examinado anteriormente. Los otros dos casos entran en lo que se suele denominar como «suicidio asistido», que, normalmente, está penalizado en el Código Penal en los distintos países.

15. La sentencia trata sobre el recurso de varios presos de la banda terrorista que se declararon en huelga de hambre para demandar la agrupación de todos los presos de una banda en un mismo centro penitenciario.

16. M. GARCÍA ARÁN (1995), 13-14.

El hecho de que no se derive de la Constitución un derecho fundamental a decidir sobre la propia muerte¹⁷ en situaciones de grave padecimiento físico y psíquico hace que la regulación de la eutanasia quede a expensas de lo que establezcan las leyes.

La jurisprudencia de los Estados Unidos no ha dado el paso de constitucionalizar un derecho a la eutanasia. Por ejemplo, no existe en la sentencia del caso *Cruzan* un pronunciamiento sobre un derecho constitucional a decidir sobre la propia muerte. La sentencia funda su pronunciamiento favorable a la existencia de un derecho fundado en la Constitución a rechazar tratamientos no deseados en nociones como el derecho a la integridad física y el consentimiento informado, pero no menciona las ideas de autonomía o autodeterminación individual. El mismo Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su sentencia en el caso *Washington v. Glucksberg*¹⁸, ha entendido como conforme con la Constitución la ley del Estado de Washington que consideraba culpable de un delito de intento de suicidio a la persona que causara o ayudara a otra persona a intentar el suicidio, frente a la demanda de médicos de Washington que alegaban que la ley les prohibía prescribir medicación para acelerar la muerte de tres enfermos graves que habían expresado su deseo de morir. La sentencia, paradójicamente, admite que «la decisión de cometer suicidio con la asistencia de otro puede ser exactamente tan personal y profunda como la decisión de rechazar tratamiento médico no querido», pero al mismo tiempo expresa que «aquella nunca ha gozado de similar protección legal», y concluye añadiendo que «de hecho, los dos actos son considerados clara y razonablemente como muy diferentes». Un razonamiento similar sirve al Tribunal Supremo en el caso *Vacco v. Quill*¹⁹ también para revocar la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Nueva York que sostuvo que una ley de dicho Estado violaba el derecho a la igual protección (*equal protection*) porque permitía a los pacientes rechazar tratamiento médico que pudiera salvarles la vida, pero consideraba delito ayudar a otra persona a cometer suicidio.

En nuestro país, debe citarse, especialmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 13 de noviembre de 1996 sobre el caso Ramón Sampederro, en la que, basándose en los argumentos de la STC 120/1990, decidió que aquel no tenía derecho a que se le administrara un medicamento para terminar con su vida, ya que no podía ejercer un derecho a la propia muerte.

17. Algunos de los Estatutos de Autonomía recientemente aprobados reconocen como derecho el testamento vital y la dignidad ante el proceso de la propia muerte, como, por ejemplo, los Estatutos de Cataluña y Andalucía, si bien no llegan a reconocer un derecho al suicidio asistido. La legislación penal es competencia del Estado y el Código Penal penaliza el suicidio asistido (arts. 149.1.6 de la Constitución y 143 del Código Penal).

18. 521 U.S. 702 (1997).

19. 521 U.S. 793 (1997).

Las sentencias anteriores admiten, pues, la diferencia que las leyes establecen entre el derecho a rechazar un tratamiento y el suicidio asistido, pero, al hacerlo así, razonan solamente en términos legales. Por el contrario, si hubieran razonado en términos constitucionales se habrían visto obligadas a preguntarse sobre si dicha diferencia estaba justificada, teniendo en cuenta que, como admite la sentencia en el caso *Washington v. Glucksberg*, ambas conductas están basadas en razones personales y profundas. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, lo que interesa es, precisamente, el vínculo del suicidio asistido con la libertad ideológica y la autonomía de la persona, no el tipo de intervención que supongan dichas actuaciones. Consideramos que, desde la perspectiva constitucional, es más correcto hablar de un eventual derecho a decidir sobre la propia muerte que de un derecho a morir, ya que es la libertad y autonomía de la persona lo que está en juego.

En el aspecto legislativo, fue el Estado de Oregón el primer lugar del mundo donde se legalizó la eutanasia, lo cual se llevó a cabo mediante la *Oregon Death with Dignity Act*, que fue aprobada en referéndum el 8 de noviembre de 1994 por el 51,3% de los votantes y que entró en vigor, tras una complicada controversia jurídica, el 27 de octubre de 1997. La Ley autoriza a los médicos a prescribir sustancias letales a los pacientes en fase terminal con seis meses de esperanza de vida que lo soliciten, si bien son los propios enfermos los que deben suministrarse tales sustancias. Un referéndum que promovía la derogación de la Ley fue rechazado en 1997 por el 60% de los votantes. Finalmente, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha decidido en 2006 que el Ministro de Justicia no puede anular leyes de los Estados que determinen qué constituye uso apropiado de medicamentos que no estén prohibidos y, de este modo, ha confirmado la aplicación de la *Oregon Death with Dignity Act*²⁰.

Sin embargo, el primer país del mundo en legalizar la eutanasia activa fue Holanda en 2001, aunque esta práctica llevaba años siendo «tolerada» en dicho Estado. De hecho, en 1984 el Tribunal Supremo holandés admitió ya la posibilidad de no sancionar algunos actos de eutanasia, y en 1993 fue aprobada una ley que, aunque no llegaba a despenalizarla, contemplaba su aplicación en determinados casos. Finalmente el Senado holandés aprobó el 10 de abril de 2001 la Ley de Terminación de la Vida a Petición Propia y Auxilio al Suicidio, que exime de responsabilidad penal a los médicos que practiquen la eutanasia siempre que un enfermo en fase terminal lo decida libremente y esté sometido a un sufrimiento insoportable sin expectativas de mejora²¹. También Bélgica, mediante la Ley relativa a la Eutanasia, de 23 de septiembre de 2002, despenalizó la eutanasia para los adultos en ciertos casos y bajo estrictas condiciones. Ambos países preparan en la actualidad una regulación de la eutanasia para niños y personas dementes.

20. Caso *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006).

21. La ley entró en vigor el 1 de abril de 2002.

La eutanasia estuvo también permitida durante un tiempo en el Territorio del Norte de Australia, mediante la *Right of the Terminally Ill Act*, que fue aprobada el 25 de mayo de 1995 y entró en vigor en julio de 1996, pero que el Parlamento federal derogó el 24 de marzo de 1997.

El suicidio asistido está permitido en Suiza por el artículo 115 del Código Penal. En este país, una sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2007 ha extendido esta facultad a los enfermos psíquicos con autorización médica.

Sin embargo, en los anteriores casos el reconocimiento del derecho a decidir sobre la propia muerte se ha quedado en el nivel legislativo²². De la misma forma en que han reconocido la posibilidad de acceder a determinadas prácticas de eutanasia, los países anteriores podían también haber dejado sin regular este tema, como ocurre en la mayoría de los países. El único caso de reconocimiento constitucional del derecho a la eutanasia se debe a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que en la sentencia de 20 de mayo de 1997 ha establecido que:

«La decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente²³.»

La consecuencia de la sentencia anterior es clara: el Código Penal no puede penalizar el auxilio al suicidio de los pacientes que se encuentran en la situación descrita, y la norma que la penalizara sería contraria a la Constitución. Dicho en otros términos, de la constitucionalización del derecho a acogerse al suicidio asistido (u «homicidio por piedad», utilizando la terminología al uso en Colombia) en tales casos se deriva la obligación del Estado, incluso del poder legislativo, de respetar la práctica de este derecho²⁴.

22. Es más frecuente el reconocimiento de la facultad de dictar los documentos de voluntades anticipadas o de instrucciones previas, mediante los que las personas pueden manifestar anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo, con objeto de que dicha voluntad se cumpla en el momento en que lleguen a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente (vid. art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Los documentos de voluntades anticipadas o instrucciones previas han sido regulados, además, por las Comunidades Autónomas. Sobre este tema, vid. J. GUERRERO ZAPLANA (2004), 113-163.

23. Sentencia C-239/97, de 20 de mayo de 1997. Vid. http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC239_97.HTM

24. La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia declaró conforme con la Constitución el artículo 326 del Código Penal colombiano, que regula el llamado «homicidio por piedad», pero «con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues

La práctica que prohíbe el suicidio asistido en los casos de enfermos terminales o sin esperanza de curación sometidos a graves padecimientos utiliza la vida como un valor objetivo que la sociedad puede imponer a una persona, incluso contra su voluntad. Con ello, hace una interpretación incorrecta de la Constitución. Por una parte, la Constitución reconoce el derecho a la vida como derecho subjetivo, que, como tal, debe considerarse renunciable, como ocurre con los demás derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física (¿podría sancionarse a un joven que se hace un *piercing* argumentando que la integridad física de las personas es un valor objetivo fundamental?) o el derecho a la intimidad (¿podría sancionarse a una actriz que revela detalles de su vida íntima en una entrevista en televisión sobre la base de que la garantía de la intimidad de las personas es un valor objetivo fundamental?).

Por otra parte, la práctica de prohibir el llamado suicidio asistido da preferencia objetiva al valor vida, pero no tiene en consideración el dato evidente de que los enfermos terminales o sin esperanza de curación sobreviven en condiciones que afectan a su derecho a la integridad física y moral e, incluso, a su derecho al honor y a la intimidad, cuando están sometidos a graves padecimientos causados por su dolencia o por los aparatos médicos con los que son tratados. Por otra parte, tal práctica hace prevalecer el valor de la vida, en sentido objetivo, sobre el valor de la dignidad de la vida.

Pertenece, por el contrario, al individuo la opción de decidir a cuáles de sus derechos fundamentales da prioridad en una situación en la que su decisión no afecta a terceras personas. No es función del Estado decidir sobre la base de valoraciones éticas o filosóficas decidir qué derechos o valores tienen prioridad sobre otros cuando la decisión solamente afecta al individuo involucrado en el caso²⁵.

Ciertamente, no puede admitirse un concepto de los derechos fundamentales como absolutamente renunciables, dando por supuesto que el consentimiento para su violación siempre es libre. El Estado no puede debilitar o eliminar la protección de tales derechos²⁶. Sin embargo, la decisión en los casos en los que el derecho a la vida entra en conflicto grave con otros derechos fundamentales que derivan directamente del respeto debido a la dignidad humana debe ser dejada al individuo, que debe optar por los derechos fundamentales que desee ejercer con preferencia en dichas situaciones concretas con arreglo a sus propias opciones vitales libremente formadas.

La práctica de prohibir el suicidio asistido acoge una interpretación de la vida como mero dato fisiológico, cuando, al pensar en la vida humana, debe tenerse en

la conducta está justificada», y, seguidamente, decidió «exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna.»

25. M. MORENO ANTÓN (2004), 69.

26. M. GARCÍA ARÁN (1995), 23.

cuenta, como dice Engelhardt, que las personas en sentido estricto son seres autoconscientes, libres en sus elecciones, capaces de juicio moral²⁷. La vida humana es la unión del dato fisiológico que define a un ser que vive con el dato espiritual que supone el hecho de ser capaz de tener voluntad y decisión libres. Para entender la vida humana es necesario reconocer a la persona como individuo, capaz de querer y decidir de forma libre según opciones ideológicas individuales propias y escogidas libremente. Es la individualidad de la persona lo que protegen derechos tales como los que garantizan la libertad ideológica, la intimidad y el honor, y, al mismo tiempo, el respecto a dicha individualidad es el fundamento de la dignidad humana.

En este sentido, la interpretación del derecho a la vida debe integrarse con otros principios fundamentales como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, así como con los derechos fundamentales más directamente vinculados a la garantía de la dignidad humana.

4. EL DERECHO A INTERRUMPIR EL EMBARAZO

Como norma general, tampoco se ha reconocido *status* de fundamental al derecho a interrumpir el embarazo. Por ejemplo, la STC 53/1985 parte de la base de que el *nasciturus* no es titular del derecho constitucional a la vida, pero constituye un bien jurídico cuya protección se encuentra en la Constitución, debido a que encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado por el artículo 15 de la Constitución. Esto implica, con carácter general, dos obligaciones para el Estado: 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. Al mismo tiempo, la sentencia reconoce que la vida del *nasciturus* puede entrar en conflicto con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer. De este modo, tiene en consideración el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE) y al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE), y admite que «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». Finalmente, la sentencia reconoce la constitucionalidad de los tres supuestos de despenalización de la interrupción voluntaria que actualmente reconoce el Código Penal (grave

27. H. T. ENGELHARDT (1995), 15.

peligro para la vida o la salud de la embarazada, embarazo debido a violación y graves taras físicas o psíquicas del feto), debido a que, tras una ponderación, encuentra derechos fundamentales de la madre que se ven afectados en cada uno de dichos supuestos y que, a su juicio, la ley puede legítimamente preferir sobre la vida del *nasciturus*. Con ello, sin embargo, deja a la discreción de la ley la determinación de los supuestos en los cuales la interrupción voluntaria del embarazo está permitida y, *a contrario*, la de aquellos en los que está sancionada.

En este caso, se produce un claro contraste con la jurisprudencia de los Estados Unidos. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1973 (caso *Roe v. Wade*²⁸) estableció que la ley de Texas que prohibía el aborto, excepto en caso de peligro de muerte para la madre, era inconstitucional debido a que limitaba el derecho a la privacidad sin que existiera un *compelling state interest* que justificara dicho límite, y, por tanto, violaba la cláusula que garantiza el derecho al debido proceso (*due process*).

En *Roe v. Wade*, el Tribunal sostuvo que, al ser el acceso al aborto un derecho constitucional derivado del derecho a la intimidad, los Estados solamente podían intervenir si el aborto fuera pretendido después de seis meses de embarazo. Durante los últimos tres meses de embarazo, el feto es considerado viable y, por lo tanto, su vida es objeto de protección, por lo que los Estados podrían regular o prohibir el aborto más allá de los seis meses de embarazo. No obstante, el ámbito de esta doctrina fue extendido en *Doe v. Bolton* (1973)²⁹, caso en el cual el Tribunal Supremo entendió que una mujer tiene un derecho constitucional al aborto a partir del sexto mes de embarazo si el médico, en su mejor juicio clínico y a la luz de la edad de la paciente y de sus circunstancias físicas, emocionales, psicológicas y familiares encuentra que ello es «necesario para su salud física o mental»

En la sentencia *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992), el Tribunal Supremo ha confirmado la vigencia de la jurisprudencia establecida en el caso *Roe v. Wade*. Así, esta sentencia declaró que las decisiones relativas a la propia salud son inherentes a la propia libertad personal y que constituyen una de las más básicas decisiones de la persona humana, que involucra a la autonomía personal y a la integridad corporal y que revela una visión íntima y un profundo carácter personal. Sin embargo, al mismo tiempo, dicha sentencia estableció que eran conformes con la Constitución los artículos de la ley de Pennsylvania enjuiciada que establecían determinados requisitos para que la mujer pudiera interrumpir su embarazo, al entender que no podía deducirse que dicha ley tuviera el propósito de poner trabas para la mujer que procura un aborto³⁰. En el caso *Stenberg v. Carhart* (2000) el Tribunal declaró nula una ley que restringía el acceso a ciertos procedimientos de aborto practicables en el segundo trimestre

28. 410 U.S. 113 (1973).

29. 410 U.S. 179 (1973).

30. 505 U.S. 833 (1992).

de embarazo (procedimientos de aborto parcial o *partial birth abortion*) basándose en que la ley violaba el derecho a utilizar el método de aborto más seguro, no planteaba excepciones a la prohibición en el caso de que estuviera en juego la salud de la mujer y era inaceptablemente vaga y, por ello, podía ser interpretada potencialmente en el sentido de incluir una prohibición de los abortos más frecuentes entre los practicados en el segundo trimestre de embarazo, obstaculizando, de tal modo, el derecho de las mujeres a elegir³¹.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo en *Gonzales v. Carhart*³² (2007) sostuvo que la *Partial-Birth Abortion Ban Act*, que el Congreso había aprobado en 2003 y que varios Tribunales de Apelaciones habían rechazado posteriormente, era conforme con la Constitución. El Tribunal consideró que, en este caso, los demandantes no pudieron demostrar que la Ley fuera una norma vacía por su vaguedad, o que impusiera trabas indebidas al derecho de la mujer a abortar basadas en la amplitud del ámbito de la norma o en el hecho de que no contemplara una excepción a la prohibición de tal práctica en el caso de que se encontrara en riesgo la salud de la mujer. Aunque, con esta sentencia, el Tribunal no llegó a revertir expresamente su jurisprudencia anterior en esta materia, puede tomarse aquella como un primer paso en una dirección de vuelta desde su anterior posición en torno al derecho al aborto, especialmente si se comparan sus pronunciamientos con los contenidos en la sentencia sobre el caso *Stenberg v. Carhart*.

5. EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

Se trata de otra materia cuya regulación ha sido dejada a la discrecionalidad de los Estados. Es significativa la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de marzo de 2006 (caso *Evans contra Reino Unido*), que entiende en su fundamento jurídico 62 que «ya que el recurso al tratamiento por fecundación *in vitro* suscita delicadas preguntas de orden moral y ético, que se inscriben en un contexto de rápida evolución de la ciencia y de la medicina, y que las cuestiones planteadas en este caso se refieren a ámbitos en los que no existe una clara concordancia de opiniones entre los Estados miembros, el Tribunal considera que procede conceder al Estado demandado un amplio margen de apreciación³³.» En la sentencia del mismo Tribunal de 18 de abril de 2006 (caso *Dickson*

31. 530 U.S. 914 (2000).

32. 550 U.S. (2007).

33. En el caso, la demandante y su pareja consintieron someterse a un tratamiento de fecundación *in vitro* antes de que a aquella le fueran extirpados sus ovarios en el curso de una intervención contra un tumor precanceroso. El tratamiento dio lugar a la fertilización de seis embriones, pero la pareja se separó antes de la implantación a la demandante de dichos embriones y el hombre retiró su consentimiento para tal intervención. La demandante recurría la Ley británica de la Fertilización Humana y Embriología de 1990, que impedía llevar a cabo la fecundación *in vitro* si uno de los miembros de la pareja retiraba su consentimiento para ella, pero la sentencia hace

contra Reino Unido), en un caso en que la Administración impidió a una reclusa británica acceder a un tratamiento de inseminación artificial, se señala que «la restricción impugnada (...) se refiere a la negativa por parte del Estado a tomar medidas excepcionales para permitir algo (la posibilidad de concebir un hijo estando preso) que no existe ya como un derecho general» (fundamento jurídico 30), que «los Estados Contratantes gozan de un amplio margen de apreciación» (fundamento jurídico 31), que «se debe tener en cuenta el justo equilibrio que ha de mantenerse entre el interés general de la comunidad y los intereses de la persona» (fundamento jurídico 32), y que el acceso a técnicas de reproducción asistida por parte de los presos puede ser limitado para «el mantenimiento de la confianza del público en el sistema penitenciario y el bienestar del hijo concebido como resultado de la inseminación artificial y, por lo tanto, el interés general de la sociedad en su conjunto» (fundamento jurídico 33).

Ciertamente, el fundamento jurídico 57 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de marzo de 2006 ha admitido que el derecho al respeto de la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales cubre, así mismo, «el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo», pero, a tenor de la jurisprudencia establecida en las dos sentencias anteriores, no parece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos esté aún en condiciones de establecer que las personas tienen un derecho fundamental a utilizar técnicas de reproducción asistida. Por el contrario, dada la jurisprudencia anterior, si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuviera que pronunciarse sobre esta cuestión en general, probablemente diría que se trata de una cuestión que ha recibido distintas respuestas en los Estados que han ratificado el Convenio y sobre la que no existe un consenso a escala europea, y que, por esta razón, es un tema en el que hay que reconocer un amplio margen de discrecionalidad a los Estados a la hora de regularlo.

Esta doctrina hace que la posibilidad de acceder a los nuevos medios de reproducción artificial dependa del contenido de las leyes que la regulan³⁴. El caso más extremo en Europa occidental de limitación a la posibilidad de acudir a técnicas de reproducción asistida es el de la Ley italiana 40/2004, de 19 de febrero, de Normas en materia de procreación medicalmente asistida, que sólo permite la inseminación artificial a esposos heterosexuales, establece que tanto los óvulos como las células madre deben provenir necesariamente de la misma pareja en cuestión y nunca de una tercera persona o de un banco de semen, prohíbe fecundar más embriones de los que se vayan a transferir a la mujer, obliga a que sean implantados todos los embriones que produzca el laboratorio (no más de tres),

pronunciamientos más generales, que desbordan el caso concreto y que se refieren, en general, a las facultades que tienen los Estados para regular este tipo de tratamientos.

34. Sobre el tema, en general, M. CASADO (1997), 37-44.

impide examinar las células para identificar posibles defectos genéticos y prohíbe conservar los embriones y crear o destruir embriones para la experimentación³⁵.

Es seguro que entenderíamos que una ley que prohibiera tener hijos de la manera natural a determinados grupos de personas sería contraria a los derechos a la libertad ideológica y a la intimidad que reconoce la Constitución, interpretados conforme a las exigencias derivadas del respeto a la dignidad humana, e, incluso, podría ser contraria a la prohibición constitucional de discriminación, dependiendo del motivo por el que se estableciera dicha prohibición. Sin embargo, el hecho es que, en la situación actual, en que existe una diversidad de medios de reproducción, prohibir la reproducción artificial significa impedir tener descendencia a quienes se encuentran afectados por alguna causa que no les permita ser padres por la vía natural o simplemente no desean emplear los medios naturales para tener descendencia. Además, la prohibición de acudir a técnicas de reproducción artificial significa que el Estado decide optar por determinadas ideas morales que distinguen cuáles son los medios de reproducción lícitos y cuáles los ilícitos, o cuáles son los tipos de familias o de padres lícitos y cuáles no lo son, mientras que, en un Estado democrático, corresponde a los individuos la libertad para optar por las ideas morales que prefieran y de actuar conforme a ellas, sin que el Estado deba interferir en esta esfera de libertad ideológica e intimidad de las personas.

El derecho a la reproducción deriva de los derechos a la libertad ideológica y a la intimidad de las personas. Entendemos que, en materia jurídica, no hay diferencia entre la reproducción natural y la reproducción asistida, sino un derecho a la reproducción, que tiene fundamento constitucional, y que puede ser ejercido, hoy en día, mediante distintas técnicas. Es un error actuar en este tema como si en la actualidad sólo hubiera una forma de reproducción y la reproducción asistida fuera «otra cosa».

Ciertamente, los derechos fundamentales no son ilimitados, pero razonar desde la óptica de los derechos fundamentales significa admitir que aquellos sólo pueden ser limitados cuando afecten a los derechos fundamentales de otras personas o a bienes o valores objetivos que la Constitución proteja y que el Estado, por lo tanto, esté obligado a garantizar. El Estado puede decidir qué técnicas de reproducción artificial admite y cuáles prohíbe, con el fin de garantizar derechos tales

35. Un referéndum mediante el que se pretendía eliminar estas restricciones a la inseminación artificial y a la experimentación con embriones fracasó los días 12 y 13 de junio de 2005, debido a que no se alcanzó el quórum necesario de la mitad más uno de votantes, en relación con el censo electoral. Hay que tener en cuenta que la Iglesia Católica, encabezada por el papa Benedicto XVI, hizo una llamada a la abstención en este referéndum. Para una perspectiva de Derecho comparado sobre la legislación de las técnicas de reproducción asistida en Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Alemania, Reino Unido y Francia, J. VEGA GUTIÉRREZ (2000). En España, la regulación actual de esta materia se debe a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Asistida.

como los relativos a la integridad física y moral o a la salud de quienes deban sufrir las intervenciones que dichas técnicas conllevan, para proteger valores como la dignidad humana o para proteger la salud y los derechos de los menores de edad. Esto lleva a la cuestión de cómo controlar las leyes del Estado que, desde la base de tales derechos y valores, limitan el uso de técnicas de reproducción artificial³⁶.

Realmente, es necesario reconocer un amplio margen de discrecionalidad a los Estados para determinar los medios a través de los cuales consideran conveniente proteger los derechos, bienes y valores reconocidos por la Constitución. La opción de elegir las técnicas de protección de tales derechos, bienes y valores es una cuestión de discrecionalidad política, por lo que caben distintas soluciones a este respecto. Sin embargo, los Tribunales Constitucionales, aun respetando de manera amplia el margen de discrecionalidad política de que disponen los Estados en esta materia, vienen exigiendo, al menos, dos requisitos a las medidas que limiten derechos fundamentales: un fin legítimo y proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación que la que se halla la persona a quien dicha medida se impone. Por lo tanto, entendemos que una medida que impida el acceso de determinadas personas a técnicas de reproducción artificial solamente puede ser entendida como conforme con la Constitución cuando, realmente, se halle motivada por la finalidad de proteger derechos, bienes o valores reconocidos en la Constitución y cuando sea proporcionada. A su vez, el requisito de la proporcionalidad significa que la medida debe ser idónea, es decir, apta para conseguir el fin que persigue, necesaria, lo que quiere decir que cuando sean posibles medidas alternativas para la protección de tales derechos, bienes o valores debe escogerse aquella que, siendo apta para conseguir el fin perseguido, limite en menor grado a los derechos fundamentales afectados, y proporcionada en sentido estricto, lo que significa que el sacrificio que sufre la persona cuyos derechos fundamentales se ven limitados debe estar compensados por los beneficios que la sociedad obtenga debido a la aplicación de dicha medida.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha establecido que las medidas que limiten derechos fundamentales deben ser sometidas a *standards of strict scrutiny*, lo que significa que las restricciones sólo estarán justificadas cuando exista una *compelling state interest* que las motive y cuando no existan alternativas menos restrictivas para proteger tales intereses. Por el contrario, cuando se trata de medidas que limitan otros tipos de derechos, el criterio de contraste utilizado por el Tribunal Supremo es la existencia de un

36. En un caso distinto, pero con puntos comunes, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia decidió el 2 de mayo de 2006 [caso *Abigail Alliance v. Von Eschenbach*, 445 F.3d 470 (2006)] que los pacientes que sufren enfermedades terminales tienen un derecho constitucional a acceder a medicamentos experimentales que hayan pasado la Fase I del test de la FDA (Food and Drug Administration), pero no hayan recibido aún la aprobación final en el momento en el que se desea acceder a ellos. No obstante, los argumentos en los que el tribunal basó su decisión son muy discutibles.

legitimate interest, lo que supone un criterio mucho más amplio que el encarnado por el *compelling state interest*.

Sin embargo, la prohibición generalizada de acudir a técnicas de reproducción aplicada a todas las personas que no encajan en un determinado modelo de padres y de familias parece una medida claramente contraria a los derechos fundamentales a la libertad ideológica y a la intimidad de las personas que desean convertirse en progenitores. En primer lugar, no parece proporcionado entender que es necesaria la prohibición de todas estas técnicas para garantizar derechos, bienes o valores tales como la dignidad humana, el derecho a la salud, el derecho a la integridad física y moral de las personas. Y, en segundo lugar, una prohibición tan general refleja la preferencia del Estado por un determinado concepto ético acerca del valor de la vida y la reproducción y del modelo de familia y de padres³⁷.

En este sentido, la STC 116/1999 señala, al menos, que el hecho de que las técnicas de reproducción asistida permitan la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o de que esté o no esté vinculada matrimonialmente, no vulnera el núcleo esencial de la familia, ya que «no existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación... ni, como queda dicho el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial» (fundamento jurídico 13). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se plantea si podría declarar inconstitucional una ley en el caso de que vinculara el derecho a utilizar técnicas de reproducción asistida a personas integradas en familias que siguieran el modelo tradicional.

6. CONCLUSIONES

Puede deducirse de cuanto hemos expuesto que el conjunto de normas que, gráficamente, denominamos Bioderecho parece aún hoy en día sustancialmente resistente a la penetración de una verdadera argumentación basada en el valor jurídico de los derechos fundamentales como criterio para resolver las controversias jurídicas que tienen lugar en su seno. El resultado es una desfundamentación de los derechos implicados en fenómenos y prácticas regulados por

37. Una problemática distinta plantea el caso de que la propia Constitución regule y limite el uso de técnicas de reproducción asistida. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el artículo 119.2.c) de la Constitución de Suiza, que establece que "el recurso a métodos de reproducción asistida por la medicina no estará autorizado más que en los casos de esterilidad y de peligro de transmisión de enfermedad grave no curable por otro medio, y nunca para desarrollar ciertas cualidades en el niño o en casos dedicados a la investigación científica; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer sólo estará autorizado en los casos previstos por la ley; no se podrán desarrollar fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión un número de óvulos humanos superior a los que puedan ser implantados inmediatamente."

el conjunto de normas que integran esta disciplina y, como consecuencia, una desconstitucionalización global de la propia disciplina en su conjunto.

En unos casos, como ocurre en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre la interrupción del embarazo, esta desfundamentación se debe a que la argumentación jurídica habitualmente construida tiende a abstraer de las normas constitucionales valores objetivos de distinto signo que se contraponen unos a otros, dando lugar a la discrecionalidad del legislador a la hora de elegir a cuáles valores otorga preferencia sobre los demás. Se trata de un tipo de argumentación que no tiene en cuenta el distinto significado que tienen, por una parte, tales valores, y, por otra parte, los auténticos derechos fundamentales del individuo, y que, por ello, abre la puerta a que las leyes limiten de manera inadecuada los derechos que se derivan de las normas biojurídicas.

En otros casos, la argumentación jurídica no ha percibido adecuadamente la conexión que las nuevas facultades que brindan al individuo los avances en medicina e investigación tienen con el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Es lo que ocurre en relación con el derecho al acceso a técnicas de reproducción asistida, en especial cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deriva del hecho de que no se haya llegado a un consenso sobre el tratamiento jurídico de este tema la discrecionalidad de las normas nacionales para regularlo, e, incluso, con el derecho a decidir sobre la propia muerte.

Los datos anteriores han derivado en la no utilización de los estándares habituales que utiliza la argumentación constitucional cuando debe juzgar sobre la compatibilidad con la Constitución de los límites a los derechos fundamentales, como serían el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional europea o el *strict scrutiny* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Uno de los principales factores que ha contribuido a este proceso que hemos denominado de desfundamentación o desconstitucionalización del ámbito material cubierto por el Bioderecho ha sido la reticencia de la jurisprudencia constitucional a utilizar como elemento para confrontar la constitucionalidad de límites opuestos por las leyes a los derechos fundamentales en este campo el derecho a la libertad ideológica. En efecto, la jurisprudencia, cuando admite cierto grado de conexión de los problemas atinentes al Bioderecho con los derechos fundamentales, se limita a utilizar como criterio los derechos que se refieren a los bienes individuales más directamente afectados por tales límites, como la vida o la integridad física, pero se resiste a reconocer el vínculo de las posibilidades de actuación que permiten a las personas los avances en medicina e investigación con la libertad de las personas a elegir y decidir autónomamente sobre sus propias actuaciones conforme a opciones vitales adoptadas de forma libre e individual, como facultad integrante de su libertad ideológica y de su intimidad.

Resulta necesario, por lo tanto, constitucionalizar la interpretación de la situación del individuo en relación con estos avances y técnicas de investigación. Esto significa, en primer lugar, hacer expresa la conexión que las nuevas facultades que ofrecen a los individuos tales avances y técnicas de investigación tienen con los derechos reconocidos por la Constitución, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y, sobre todos ellos, a la libertad ideológica. Y, en segundo lugar, interpretar los conflictos surgidos en este nuevo marco desde técnicas constitucionales, lo que significa entender que los derechos fundamentales que el individuo puede ejercitar en el nuevo marco médico y técnico solamente pueden ser limitados cuando afecten a derechos fundamentales de terceros o a valores y bienes objetivos derivados de la Constitución y cuando tales limitaciones tengan como finalidad real proteger tales derechos, valores y bienes y sean proporcionadas³⁸.

Junto a ello, interpretar la posición de los individuos desde los derechos fundamentales supone aceptar que las decisiones éticas sobre el ejercicio de tales derechos corresponden a los individuos y que el Estado no puede imponer una determinada concepción ética que limite las facultades que aquéllos pueden ejercer como contenido de sus derechos fundamentales. En este sentido, los derechos fundamentales surgen como garantías de sentido contramayoritario, es decir, como instrumentos para defender espacios individuales de libertad frente a las decisiones del poder público, incluso aunque las instituciones públicas sean representativas de la mayoría de la sociedad. Los derechos fundamentales, pues, marcan un espacio de decisión y de acción que el individuo puede oponer, incluso, frente a las ideas extendidas en la mayoría de la sociedad. E, igualmente, los derechos fundamentales se erigen, en la actualidad, en un instrumento de emancipación de la individualidad de la persona en el marco de sus relaciones con otras personas particulares. Este marco de autodeterminación individual reconocido por los derechos fundamentales puede ser deducido del derecho a la libertad ideológica, ya se utilice como criterio autónomo de control este derecho, ya se prefiera considerar que este margen de autodeterminación va ínsito a todos los derechos reconocidos en la Constitución.

En fin, el reto que debe plantearse la jurisprudencia es el de aplicar los derechos fundamentales para resolver controversias referidas a nuevas realidades que, hoy en día, se mantienen, sustancialmente, fuera del ámbito de la aplicación

38. E. ROCA I TRIAS (2004), 39, al examinar las Declaraciones internacionales sobre esta materia, señala que "la metodología con que se afronta la solución del problema consiste en la implementación de los derechos humanos, ya sea explicitando unos derechos hasta el momento no identificados, como ocurre con el consentimiento informado, ya sea aplicando aquellos que se hallan positivizados a las situaciones que genera la Biotecnología, del tipo que sea. Ciertamente también, algunas veces se juridifican principios éticos y las decisiones de los Tribunales los utilizan como principios generales del derecho. Un claro ejemplo de ello se encuentra en la ampliación del concepto de dignidad humana en los Tribunales españoles."

de tales derechos. Y, junto a ello, resulta necesaria la existencia de una normativa legal que regule las nuevas facultades que ofrecen al individuo los avances en la medicina y en la investigación dentro del marco constitucional, limitándolas solamente en el caso de que entren en conflicto con los derechos fundamentales u otros bienes y valores derivados directamente de la Constitución³⁹.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, F., «Decisiones al final de la vida: aspectos éticos, asistenciales y jurisdiccionales», en DE LA MATA BARRANCO, I. (ed.); *Cuadernos de Derecho Judicial. Decisiones al final de la vida*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 22-75.
- CASADO, M. (ed.), *Materiales de Bioética y Derecho*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- CASADO, M., «Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho», *Papers: revista de sociologia*, 53 (1997), 37-44.
- CASADO, M., «Los derechos humanos como marco para el derecho y la Bioética», en ROMEO CASABONA, C. M. (ed.); *Derecho biomédico y Bioética*, Comares, Granada, 1998, págs. 113-135.
- CATALÀ I BAS, A. H., «La calidad de vida como elemento integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad», *Revista General de Derecho*, 670-671 (2000), 9.157-9.182.
- ENGELHARDT, H. T., *Los fundamentos de la Bioética*. Paidós, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, M., «Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El consentimiento*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 37-60.
- FERREIRÓS MARCOS, C. E., «Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, 5 (2002), 563-846.
- GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA ARÁN, M., «Eutanasia y disponibilidad de la propia vida», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la vida e integridad física*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 9-40.
- GROS ESPIEL, H., «Constitución y Bioética», en ROMEO CASABONA, C. M. (ed.); *Derecho biomédico y Bioética*, Comares, Granada, 1998, págs. 137-150.
- GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Madrid, 2004.
- P. LEÓN SANZ, *La implantación de los derechos del paciente*, Eunsa, Pamplona, 2004.
- MARÍN GÁMEZ, J. A., «A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado», *Revista General de Derecho*, 610-611 (1995), 8.237-8.257.

39. En el mismo sentido, E. ROCA I TRIAS (1998), 183.

- MARTÍNEZ MORÁN, N., «Persona, dignidad humana e investigaciones médicas», en MARTÍNEZ MORÁN, N. (ed.); *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, Comares, Granada, 2003, págs. 3-43.
- MORENO ANTÓN, M., «Elección de la propia muerte y derecho hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir», *Derecho y Salud*, 12 (2004), 61-84.
- MOURE GONZÁLEZ, E., «Los retos jurídicos que plantea la biotecnología», *Derecho y Salud*, 13 (2005), 257-283.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones», en GUERRERO ZAPLANA (ed.); *Cuadernos de Derecho Judicial. La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, págs. 319-417.
- REY MARTÍNEZ, F., «El criterio interpretativo de los Derechos fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 C. E.)», *Revista General de Derecho*, 537 (1989), 3.611-3.632.
- ROCA I TRIAS, E., «La función del Derecho para la protección de la persona ante la Biomedicina y la Biotecnología», en ROMEO CASABONA, C. M. (ed.); *Derecho biomédico y Bioética*, Comares, Granada, 1998, págs. 165-185.
- ROCA I TRIAS, E., «Biotecnología y normas jurídicas», *Derecho y Salud*, 12 (2004), 25-42.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., «Los derechos constitucionales de los pacientes: derecho a la vida y a la integridad física», *Derecho y Salud*, 14 (2006), 167-204.
- ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ceura, Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, C. M. (ed.), *Derecho biomédico y Bioética*, Comares, Granada, 1998.
- ROMEO CASABONA, C. M., «La relación entre la Bioética y del Derecho», en ROMEO CASABONA, C. M. (ed.); *Derecho biomédico y Bioética*, Comares, Granada, 1998, págs. 151-164.
- ROMEO CASABONA, C. M. (ed.), *Biotecnología y Derecho. Perspectivas de Derecho Comparado*, Comares, Granada, 1998.
- ROMEO CASABONA, C. M. (ed.), *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- ROMEO CASABONA, C. M., *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Comares, Granada, 2002.
- ROMEO CASABONA, C. M., «Los desafíos jurídicos de las biotecnologías en el umbral del siglo XXI», en MARTÍNEZ MORÁN, N. (ed.); *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, Comares, Granada, 2003, págs. 45-65.
- ROMERO COLOMA, A. M., *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid: Montecorvo, 2002.
- RUIZ DE LA CUESTA, A. (ed.), *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.

- RUIZ VADILLO, E.; «El consentimiento informado ante los tribunales», *Actualidad de Derecho Sanitario*, 51 (1999), 344-345.
- SAIZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ-CARO, F. y ABELLÁN, F., Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas, Comares, Granada, 2003.
- TARODO SORIA, S., «La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano», *Derecho y Salud*, 14 (2006), 229-250.
- VARSÍ RASPIGLIOSI, E., «La Bioética y el Derecho genético. Elementos Básicos del Derecho Constitucional y del Derecho civil que deben tomarse en cuenta en una futura normatividad», http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/aportes/APORTES-APORTE-DE-ENRIQUE-VARSÍ---ROSPIGLIOSI.HTM.
- VEGA GUTIÉRREZ, J., «La ley española de reproducción asistida y el contexto europeo», <http://www.bioeticaweb.com/content/view/263/48/>