

Fundamentación jurídica de la protección del nasciturus

1.- Sentencia del tribunal Constitucional (53/1985) que fundamenta la protección jurídica del nasciturus.

El proyecto de reforma es inconstitucional por estimar que vulnera los arts. 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 51.1 y 3 de la Constitución.

2.- "Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos" (París, 11 de noviembre de 1997)

Serán garantizados en la madre y el nasciturus, los aspectos que preserven sus condiciones de vida, alimentación, salud y educación.

Art. 1 DGH: El genoma es la base de la unidad fundamental de la familia humana. El genoma humano es patrimonio de la humanidad.

El patrimonio común de la humanidad.

El Proyecto de Declaración Universal para la protección del Genoma Humano redactado por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO en sus versiones, de Septiembre 1994, Marzo 1995 y Octubre 1996, afirma que el genoma humano es un componente fundamental del patrimonio común de la Humanidad, que necesita ser protegido para salvaguardar la integridad de la especie humana como un valor en sí mismo, y la dignidad y derechos de cada uno de sus miembros.

¿Qué es el patrimonio? La doctrina coincide al definir el concepto como la suma de los bienes susceptibles de ser estimables económicamente de una persona, de una colectividad o asignada a un fin como en el caso de las fundaciones.

3.- Evolución de la situación jurídica del nasciturus en España.

Casi todos los cuerpos legales, en nuestro Derecho histórico, recogieron la exigencia de un plazo de días, tomada del Derecho germánico influyente en las leyes de la época visigoda, y en alguno de los textos medievales, pero el Fuero Real y Las Partidas de Alfonso X "el Sabio" prescindieron de dicho plazo, ateniéndose al Derecho Romano.

El plazo aludido que había sido variado, vino a ser, en las Leyes de Toro, el sobrevivir después de nacer veinticuatro horas, que es el que ha pasado por conducto de la Ley del matrimonio civil de 1870 al Código Civil.

El Título II.- Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil, en su capítulo I.- De las personas naturales, establece en su artículo 29 que "el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30 siguiente".

Dentro de estas afirmaciones se puede ver cómo en el artículo 627 del vigente Código Civil "las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos, podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento". Prácticamente la Compilación de Navarra considera lo mismo en sus Leyes 64 y 154.

Este caso estaría comprendido entre los distintos supuestos del artículo 631 de nuestro Código Civil que obliga a las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, a procurar la notificación y anotación, si se trata de donaciones de inmuebles, en Escritura pública tal como exige el artículo 633 del Código Civil.

El mismo Código español vigente exige, en el artículo 30, que "para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".

Tanto el artículo 745.1 del Código Civil que declara incapaz de suceder, entre otras, a las criaturas abortivas, aunque hayan nacido, entendiéndose por abortivas "las que no reúnan las expresadas en el artículo 30 del Código Civil, ya dichas".

La fórmula de nuestro Código, lejos de dar una solución neta y precisa al problema del origen de la personalidad, parece hacer una amalgama de las diversas teorías y sistemas expuestos, ya que empieza asentando el principio de que "el nacimiento determina la personalidad"; después, se deja inspirar por el sistema ecléctico del Derecho común, al añadir que el concebido se tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones legales (artículo 29 CC), y desde otro punto de vista, en el artículo 30 del mismo Código, se muestra influido por la tesis de la viabilidad y en vez de determinar cuales son las características de un ser nacido para que sea viable, no interpreta exactamente la viabilidad, al exigir un determinado plazo de vida extrauterina, veinticuatro horas mínimas de supervivencia.

4. Constitución española, protección de la persona y de la familia:

Art. 10. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad.....Art. 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualesquiera otra condición o circunstancia personal o social.

Art. 15. Todos tienen derecho a la vida

Art. 39 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; 2. Los padres aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualesquiera que sea su estado civil...; 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales.

5.- Convención sobre los derechos del niño

PARTE I

Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, Convención sobre los Derechos del Niño la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores Convención sobre los Derechos del Niño u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

6.- Protección efectiva para el ejercicio de los derechos del menor

Las leyes de protección del menor han de prevalecer por encima de las leyes de extranjería y de refugio y asilo, teniendo especialmente en cuenta las disposiciones específicas de menores en estas leyes.

Las Administraciones Públicas facilitaran al menor la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos.

Las Administraciones Públicas realizaran políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. El contenido esencial de los derechos del menor no puede quedar afectado por la falta de recursos sociales.

La protección consistirá en la prevención y reparación de la situación de riesgo del menor.

Se establecerán los servicios adecuados para este fin con el ejercicio de la tutela y guarda inmediata

Legislación española

Art. 172 Código Civil: Protección del menor en situación de desamparo.

Art. 2 Ley 1/96: Primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Art. 10. Ley 1/96: los menores tienen derecho a recibir la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos.

Art. 11 Ley 1/96: Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos y articulará políticas integrales para el desarrollo de la infancia y de los derechos enumerados en la Ley. Se impulsarán políticas compensatorias para corregir desigualdades sociales y el menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos.

Art.11.2.a Ley 1/96: supremacía del interés del menor, principio rector de la actuación de los poderes públicos.

Art. 12 Ley 1/96: Actuaciones de protección, ejercicio de guarda y asunción de tutela por el ministerio de la Ley a fin de proteger el menor, así como prevención y reparación.

Art. 14 Ley 1/96: Atención inmediata al menor.

Art. 17 Ley 1/96: Actuación en situación de riesgo.

Art. 18 Ley 1/96: Actuación en situación de desamparo.

Legislación catalana

Art. 166 del Código de Familia Catalán: La Entidad Pública debe tomar medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados .

Art. 19 de la Ley 8/95: el menor y el adolescente en situación de desamparo tienen derecho a ser protegidos.

Art. 4 Decreto 2/97: Al menor extranjero que se encuentre en Catalunya en situación de desamparo se le aplicará la legislación civil catalana sobre medidas de protección.

Art. 5 Decreto 2/97: La Dirección General de Atención al Menor adoptará las medidas más adecuadas para llevar a cabo la protección efectiva de los menores desamparados y coordinará las actuaciones pertinentes a efectos de alcanzar la eficiencia y eficacia necesarias.

Legislación madrileña

Art.48, Ley6/95: en caso necesario, se facilitarán al menor, los recursos alternativos a su propia familia, que garanticen el medio idóneo para su desarrollo integral, adecuada evolución de su personalidad y atención educativa, procurándose mantener la convivencia entre hermanos

Art.50 Ley 6/95: Actuación en situación de riesgo social

Art. 51 Ley 6/95: Actuación en situación de desamparo

Art. 3 ley 5/96, competencias del Defensor del Menor

Art. 14 ley 5/96: supervisión de la actividad de las administraciones públicas en esta comunidad por parte del

Defensor del Menor

Art. 15 ley 5/96, coordinación del Defensor del Menor y Defensor del Pueblo en relación a quejas

7.- Aspectos sobre los derechos reconocidos a los menores en la Ley 1/1996.

Mencionados anteriormente en el punto anterior.

8.- Ley de protección jurídica del menor y de la Convención de los derechos del niño

El menor, no debe ser separado de sus padres sin la voluntad de los mismos

Se debe preservar el hábitat materno que es el primer vínculo madre-hijo, desde la concepción.

Preservar los derechos génicos de hábitat, alimentación, educación, afectividad,.....

El Estado debe garantizar estos derechos del menor y nasciturus, y socorrer a los padres en su deber.

El Estado debe garantizar un vínculo de apego seguro madre vs nasciturus o menor, que genere a su vez múltiples vínculos de apego seguro.

Debe garantizarse un equilibrio psico-afectivo madre-menor, igual a menor necesidad de protección del nasciturus y menor, mayor autonomía de la madre: a) necesidad de autonomía de la madre; y b) necesidad de protección del menor y nasciturus

9.- Constitución española

CAPÍTULO II DERECHOS Y LIBERTADES.

Artículo 14.

Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

SECCIÓN I. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS.

Artículo 15.

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra.

CAPÍTULO II.

DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA.

Artículo 39.

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

10.- Código Civil

TÍTULO II. Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil

CAPÍTULO PRIMERO. De las personas naturales

Art. 29 El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

Art. 30 Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

11.- Código Deontológico

Art. 4 el médico estará al servicio del hombre y sociedad...respetar la vida, la dignidad de la persona y el cuidado y salud del individuo y la comunidad

Artículo 4.1. La profesión médica está al servicio del hombre y de la sociedad. En consecuencia, respetar la vida humana y la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad, son los deberes primordiales del médico.

Artículo 4.2. El médico debe cuidar con la misma conciencia y solicitud a todos los pacientes, sin distinción por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 4.3. La principal lealtad del médico es la que debe a su paciente y la salud de éste ha de anteponerse a cualquier otra conveniencia.

Artículo 4.4. El médico nunca perjudicará intencionadamente al enfermo ni le atenderá de manera negligente; y evitará cualquier demora injustificada en su asistencia.

Art. 9.4 si el paciente exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzga inadecuado o inaceptable, el médico, tras informarle adecuadamente queda dispensado de actuar.

Art. 10.4 cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgoproporcionará información suficiente ... a fin de obtener, ... por escrito, el consentimiento específico.....

Art. 10.5 si el paciente no estuviera en condiciones de dar su consentimiento por ser menor, incapacitado o por la urgencia de la situación, y.... el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia

Art. 10.6 la opinión del menor será tomada en consideración ...en función de su edad y madurez

Art. 11 es derecho del paciente obtener un certificado médico o informe...su contenido será veraz...

Art. 21. el ejercicio de la medicina es un servicio basado en el conocimiento científico,...

Art. 22.1 no son éticas las prácticas...carentes de base científica...los procedimientos ilusorios...

Art. 23. el médico es un servidor de la vida humana

Art. 24.1. al ser humano embriofetal enfermo se le debe tratar de acuerdo con las mismas directrices éticas, incluido el consentimiento informado de los progenitores,.....

Art. 24.2. el médico únicamente podrá realizar una intervención que trate de modificar el genoma humano con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos.

Art. 24.3.no utilizará técnicas de asistencia a la procreación para la elección de sexo.

Art. 26.1. el médico tiene derecho a negarse por razones de conciencia a aconsejar alguno de los métodos de regulación, asistencia ...o a interrumpir el embarazo

Art. 26.2 el médico podrá comunicar al Colegio, su condición de objetor de conciencia

Art. 27.1 el médico tiene el deber de intentar la curación o mejora del paciente...

Art. 27.3 el médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente...

Art. 28.4 la donación entre sujetos vivos nunca es exigible

Art. 29 el avance de la medicina esta basado en la investigación....

Art. 30.1 el médico....jamás debe participar, secundar o admitir actos de tortura o malos tratos...

12. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49

Artículo 6:... 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 7: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Comentario

Art. 7 del Pacto de derechos civiles y políticos de Ginebra: si no hay consentimiento informado, se vulnera este art. = TORTURA = crimen de lesa humanidad que nunca prescribe.