

1. ¿GRATUIDAD O PRECIO? SOBRE EL CUERPO HUMANO COMO RECURSO*

María Casado**

¿De quién es el cuerpo? ¿De la persona interesada, de su entorno familiar, de un dios que nos lo ha entregado, de una naturaleza que lo quiere inviolable, de un poder social que de mil maneras se adueña de él, de un médico o de un juez que determinan su destino? ¿Y de qué cuerpo estamos hablando?

Estas preguntas remiten a tramas antiguas, pero que se renuevan sin cesar, con viejos y nuevos sujetos que se pelean por sus despojos. Entre tanto, el objeto en disputa se multiplica y descompone, busca la unidad y se fragmenta. Parecen vertiginosos juegos de espejos en los que se enfrentan el cuerpo físico y el cuerpo electrónico, el cuerpo material y el virtual, el cuerpo biológico y el político. El cuerpo es entendido cada vez más como un conjunto de partes separadas que nos devuelve a la hipótesis del *homme machine*.

Stefano Rodotà, «El cuerpo», en *La vida y las reglas****

1. Introducción

En una época en que «el nuevo evangelio es el consumo y el único rito reconocido vender y comprar»,¹ cabe preguntarse cuál es el papel del derecho y cuál el lugar de la bioética y si —con excusa de ejercer la

* Proyecto de investigación «BODYBIOLAW: Transferencias de material biológico de origen humano: aspectos sociales, jurídicos y bioéticos» (MINECO DER2014-57167-P).

** Universidad de Barcelona.

*** Ver el magnífico libro de S. Rodotà (2010), *La vida y las reglas*, Trotta, Madrid, que constituye una obra imprescindible en el tema que nos ocupa. La cita pertenece a la p. 93.

¹ Rodotà, *La vida y las reglas*, p. 15, Prólogo a cargo de J.L. Piñar Mañas.

autonomía de la voluntad— resulta admisible mercadear con los derechos fundamentales y con el propio cuerpo humano. Los Derechos Humanos son innegociables, y la dignidad y la libertad quedan fuera del mercado porque el derecho no debe ser copia de los esquemas mercantiles, ya que la pertenencia al mundo civilizado trae consigo la obligación de sostener los principios que han ido marcando progresivamente su desarrollo.² Esto tiene consecuencias ineludibles en el ámbito de la salud y en lo que se refiere a la consideración del cuerpo humano y sus componentes en un contexto de privatización creciente. Así como la persona no es un mero sujeto económico que se identifique por tomar decisiones según su capacidad patrimonial, tampoco las normas jurídicas son mera gestión de intereses cotidianos pues, como garantía de valores compartidos, se sitúan entre la moral y la política, que no debe ser una mera administración a la carta, ni permitir un «turismo bioético» que sortee las barreras normativas, utilizando las más favorables a la consecución de los deseos para grupos privilegiados. «El mercado, nuevo agente que se ha incorporado al debate —con un papel protagónico esencial— se rige por reglas y principios que nada tienen que ver con la ética ni con la bioética y que ejercen una influencia muchas veces decisiva sobre los poderes del estado.»³

2. La distancia entre las prescripciones y las prácticas

El marco normativo nacional e internacional coloca bajo un manto general de gratuidad y solidaridad las transacciones sobre el cuerpo humano y sus partes. En principio, puede decirse que, invocando la dignidad humana, pueden tener precio solamente las cosas y, por ello, el cuerpo humano y sus componentes están fuera del mercado. Pero este punto de partida, que es generalmente aceptado, entra en colisión abierta con la realidad de las prácticas que se llevan a cabo en el ámbito de la salud y de la investigación; ello es así dentro y fuera de nuestras fronteras. Hasta tal punto que, incluso en el plano teórico, se están llevando a cabo análisis que reformulan lo establecido para aceptar el lucro también en este campo.

² Rodotà, *La vida y las reglas*, pp. 44-51.

³ Bergel, S. (2007), «Bioética, cuerpo y mercado», *Revista Colombiana de Bioética*, vol. 2, núm. 1, enero-junio, p. 136.

Desde mi punto de vista es grave que exista un distanciamiento tal entre los hechos y su regulación, por ello considero preciso que la Bioética propicie una reflexión cuidadosa sobre los valores que subyacen en las diversas opciones enfrentadas, contribuya a fomentar un debate social informado sobre el modelo y oriente a las políticas públicas en la dirección adecuada.

El Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa establece en su artículo 2 la primacía del ser humano, indicando que «el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia» y, de forma inequívoca, en su artículo 21 instituye la prohibición del lucro: «el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro». A mayor abundamiento, el artículo 22, que se refiere a la utilización de las partes extraídas del cuerpo humano, prevé que «cuando una parte del cuerpo humano haya sido extraída en el curso de una intervención, no podrá conservarse ni utilizarse con una finalidad distinta de aquella para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados». El Consejo de Europa ha venido reiterando el principio de no comercialización a lo largo de los años en pronunciamientos de diverso carácter, como ejemplo bastan el Convenio del Consejo de Europa contra el Tráfico de Órganos⁴ y la Declaración sobre la prohibición de cualquier forma de comercialización de órganos humanos, de 2014.⁵ Las instituciones internacionales instan a los Estados a sancionar el tráfico de órganos.⁶ Asimismo, es importante mencionar que también la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece en su artículo 3.c la prohibición de lucro en los tráficos del cuerpo humano y sus partes. Por otro lado, la Declara-

⁴ Es de señalar que el Convenio fue firmado precisamente en Santiago de Compostela. Ver <<http://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=3415>>. Además, en España, la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio, añade al Código Penal (artículo 156 bis) el delito de tráfico ilegal de órganos humanos, que pretende dar respuesta tanto al tráfico interno (especialmente a través de Internet) como al llamado turismo de trasplante en clínicas de otros países.

⁵ La Declaración afirma en su tercer párrafo «... *les organes humains ne doivent pas faire l'objet d'un commerce, ni être source de profit ou d'avantages comparables pour la personne sur laquelle ils ont été prélevés ou pour un tiers*». Ver <Déclaration relative à l'interdiction de toute forme de commercialisation d'organes humains>.

⁶ Por ejemplo, la Resolución 63.22, del 21 de mayo de 2010, de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que establece los principios rectores sobre trasplantes de células, tejidos y órganos humanos.

ción Universal sobre Derechos Humanos y Bioética de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) indica en su artículo 21.5, al tratar sobre las prácticas transnacionales, que «los Estados deberían tomar las medidas adecuadas en los planos nacional e internacional para luchar... contra el tráfico ilícito de órganos, tejidos, muestras, recursos genéticos y materiales relacionados con la genética».⁷ También la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos de la UNESCO, al proteger los Derechos Humanos respecto de nuevas posibilidades de las tecnologías genéticas, propugna que el genoma es patrimonio de la humanidad, y su artículo 4 establece que el genoma, en su estado natural, no puede dar lugar a beneficios pecuniarios, además, trata de incentivar la cooperación científica para permitir a los países en desarrollo acceder a los beneficios de la biotecnología.

En la Unión Europea, el ordenamiento comunitario sitúa la preocupación por la donación voluntaria y no remunerada en estrecha relación con la calidad de las donaciones. La Directiva 2004/23/CE⁸ establece en su artículo 12.1, que los Estados miembros deben presentar a la Comisión —cada tres años— informes sobre la situación existente en relación con dicho principio; a partir de éstos, la Comisión debe comunicar al Parlamento y al Consejo cualquier medida adicional que considere necesaria en relación con las mencionadas donaciones. El informe presentado el 21 de abril de 2016 revela en su apartado 3.4⁹ que, si bien los Estados cumplen con la adopción de medidas para garantizar la donación voluntaria y no remunerada, es difícil evaluar de forma exhaustiva su cumplimiento; asimismo, advierte que algunas prácticas que se consideran compensación en un país pueden suponer pago en otro, ya que las diferencias de poder adquisitivo en cada uno de los Estados miembros pueden explicar que lo que en uno sea compensación en otro resulte un incentivo. El informe constata las dificultades derivadas del disímil seguimiento y control de los registros, e insiste en que la gratuidad es garantía de se-

⁷ Casado, M. (coord.) (2009), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y DDHH de la UNESCO*, Civitas, Cizur Menor.

⁸ Ver <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-80731>>.

⁹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativo a la aplicación de las Directivas 2004/23/CE y 2006/86/CE por las que se establecen normas de calidad y seguridad para las células y los tejidos humanos, Bruselas, 21 de abril de 2016. En especial, ver pp. 13-16.

guridad para proteger la salud humana, ya que si se permitiera pagar a los donantes éstos podrían sentirse tentados a ocultar datos relevantes de salud. Resulta interesante subrayar los datos del Eurobarómetro, según el cual sólo el 13% de los ciudadanos considera adecuado recibir compensaciones por donación.¹⁰

En el ordenamiento jurídico español, la gratuidad en la donación de órganos y tejidos humanos es un principio ético consagrado y se considera contrario a la dignidad del ser humano comerciar con elementos del cuerpo. La legislación propugna los principios generales de gratuidad y altruismo para la donación de órganos, células y muestras biológicas; la regulación específica establecida para los diversos campos —por ejemplo, la donación de óvulos— parte de la misma consideración. Lo cuestionable es que, una vez sentado ese principio, se aceptan «otras posibilidades», y los principios que parecían sólidamente establecidos, se van diluyendo en la práctica e, incluso, ya en la propia normativa de desarrollo, de rango inferior. De ahí la constatación de que el ordenamiento jurídico, una vez más, opera como pantalla que oculta la realidad —o, como mínimo, la embellece—. Esto sucede también en otros ámbitos —por ejemplo, la teórica igualdad entre mujeres y hombres—, pero, en el que aquí nos ocupa, el paulatino y casi imperceptible cambio de modelo que poco a poco parece irse legitimando, acarrea consecuencias culturales muy profundas.

Donación de óvulos

Ilustrativos ejemplos de lo que quiero poner de manifiesto son constatables sólo con una mirada a los carteles que aparecen en cualquiera de las facultades de las universidades de nuestro país a la búsqueda de donantes de óvulos¹¹ o semen. Con diseño de alto impacto publicitario, hacen énfasis en la idea de que donar óvulos es donar vida, a la vez que se revela la existencia de una «compensación», que actualmente se sitúa alrededor de los 1.300 euros. La mecánica es común a prácticamente la totalidad de los centros que se dedican a la repro-

¹⁰ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo..., p. 15.

¹¹ Ver Casado, M. y J. Egozcue (coords.) (2000), «Documento sobre donación de ovocitos», Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, <www.bioeticayderecho.ub.edu/documentos>.

ducción asistida, habiéndolos más o menos agresivos en sus campañas publicitarias.¹² Anuncios así los reciben —también vía móvil— las mujeres de la franja de edad y perfil deseado, lo que cuestiona el uso comercial de los datos personales, y en particular de los datos de salud que, como es sabido, son datos sensibles y que requieren una especial protección.

Dos cuestiones conviene destacar, ya desde el inicio: una, la publicidad está prohibida para promover donaciones y se establece claramente que las campañas para suscitarlas han de ser informativas y no publicitarias; dos, el monto de la compensación en momentos de crisis y desempleo como el que atravesamos ¿no es un pago encubierto? En su día, la Administración fijó el monto de la compensación tomando en cuenta los desplazamientos, gastos, etcétera, pero las clínicas han ido elevando la cantidad que ofrecen, pues reconocen que ha de ser «un poquito incentivadora» para conseguir «donantes». Hay que tener presente que, tal como advierte la antes mencionada Directiva 2004/23/CE sobre donación de tejidos, el pago de una cantidad elevada podría viciar el consentimiento de las jóvenes que acceden a la donación, puesto que el ánimo de lucro puede llevarles a infravalorar los riesgos físicos y psicológicos de la estimulación ovárica y la extracción de óvulos.¹³ Por otro lado, la globalización de las prácticas y la falta de registros de donantes, actualizados y conectados entre sí,¹⁴ propicia que puedan existir «donantes profesionales» e, incluso, que provengan de otros países con menor nivel de ingresos.¹⁵

¹² Ver algunas de las páginas web de los centros, que generalmente son más cuidadosas en su contenido que los anuncios en la calle, ya que están diseñadas para cumplir con la legalidad y a la vez dar a entender el resto: <www.institutomarques.com/donantes-ovulos.php>; <<https://ivi.es/donantes/>>; <<http://www.dexus.com/donante-ovulos>>; <<http://www.icinfertilidad.com/>>.

¹³ Ya en 1998, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida baremó la compensación en una cifra equivalente a unos 600 euros, y actualmente se recomiendan unos 900 euros; no obstante, esta cantidad ha ido subiendo en la práctica, con algunas divergencias entre las distintas CC. AA.; asimismo, se constatan variaciones entre las clínicas privadas y los hospitales públicos. Para más información ver Alkorta, I. (2003), *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Aranzadi.

¹⁴ Aunque obligatorios legalmente en España ya desde 1988.

¹⁵ En 2005, las denuncias de diversos países (Gran Bretaña, España...) dieron lugar a una resolución del Parlamento Europeo que condenaba el comercio de óvulos.

Gestación por sustitución

Otra de las discusiones que generan una fuerte polémica en este campo se refiere a la posibilidad de legalización de contratos de gestación por sustitución; este debate no sólo concierne al precio, sino que pone en juego la concepción de lo que significa ser madre y de cómo se construyen —o se disuelven— tales vínculos.

Existe actualmente una fuerte presión a favor de legalizar la maternidad subrogada tanto por parte de las clínicas de reproducción asistida como por las parejas homosexuales masculinas, que, tras el reconocimiento legal del matrimonio homosexual, argumentan que ésa es la única manera de conseguir ser padres biológicos —al menos uno de ellos—. Aunque sus defensores invocan que las gestantes se prestan de forma altruista y voluntaria a realizar este servicio, lo cierto es que existen numerosas evidencias de lo contrario.¹⁶ Aun si la gestante no cobra sino solamente a título de compensación, la red comercial existente alrededor es de lo más lucrativa; lo que a mi entender deja en el aire la cuestión, no desdeñable, de si resulta aceptable que todos hayan de lucrarse salvo la gestante.¹⁷

Los partidarios de que la normativa admita los contratos de gestación por sustitución invocan que es mejor regular una situación que «inevitablemente sucede en el mundo globalizado». Máxima que curiosamente no se invoca para otros campos como el tráfico de drogas, por ejemplo. Sin embargo, continúa siendo uno de los argumentos que con más fuerza esgrimen los partidarios de su autorización junto con el de que, si no hay ley, la gestante está desprotegida frente a los comitentes, ya que dependiendo de su capacidad de presión y conocimiento, estará en situación de vulnerabilidad o, en el extremo opuesto, conseguirá recibir cantidades de seis o más cifras.

Asimismo, algunos arguyen que la prohibición de los contratos de maternidad subrogada es paternalista para con las mujeres que deciden «libremente» sobre su cuerpo. Pero, a mi entender, primero debe tratarse de determinar con precisión qué requisitos han de tenerse en cuenta para calificar una decisión como libre. El mismo ar-

¹⁶ Ver, por ejemplo, <<http://californiafertilitypartners.com/spanish/infertility-treatment-options/gestational-surrogacy/>>.

¹⁷ Desde mi punto de vista, es también muy interesante la aceptación social de las agencias de intermediarios, que son un elemento clave para identificar gestantes *low y high cost*.

gumento de la libre decisión es el utilizado por los defensores de la venta de órganos, tejidos o servicios en el ámbito del cuerpo humano. No es aceptable apelar a la autonomía de las decisiones en condiciones de pobreza extrema, como se constata que sucede habitualmente en relación con la venta de órganos; en circunstancias así no hay alternativas, ni información de las opciones, ni precio justo para el «donante». Y no es necesario referirse a otros países, ya que pese al publicitado y exitoso modelo español de trasplantes, también aquí se han detectado intentos cuya consumación parece haber sido posible evitar. En opinión de Bergel,

quien concurre al mercado ofreciendo las partes del cuerpo o sus productos está en una situación de inferioridad en relación con el eventual adquirente, inferioridad que se acentúa según el género de la oferta (no es lo mismo ofrecer al mercado sangre o esperma —productos naturalmente renovables—, que ofrecer una córnea o un riñón). En todos los casos se explota la vulnerabilidad de quien ofrece partes o productos de su cuerpo, lo que torna doblemente repudiable la transacción, ya que a la afrenta a la dignidad humana se une la explotación de un estado de necesidad, que en algunas circunstancias somete al oferente a una mutilación inhumana. En un mundo caracterizado por múltiples desequilibrios en cuanto a la distribución de riqueza y posibilidades de realización del individuo, el tema adquiere una dimensión mayor ya que nadie ignora la condición de extrema pobreza en la que están sumidas grandes masas de población.¹⁸

Donación de órganos

He mencionado al inicio de estas páginas que sólo paseando y leyendo carteles en los recintos universitarios —o por las calles— la gratuidad de los tráficos sobre el cuerpo humano se pone en cuestión; si damos un paso más y leemos cierta prensa o hacemos una búsqueda en Internet, descubriremos ofertas de compra y de venta de riñones, óvulos, médula, partes del hígado..., con variados precios, que dependen del lugar de origen o de si el donante tiene un buen asesor y está en condiciones de «negociarlos». La cuestión del tráfico en los

¹⁸ S. Bergel, «Bioética, cuerpo y mercado»..., pp. 149-150.

trasplantes de donantes vivos es una de las más arquetípicas y estremecedoras pues, aun estando dotado de sanción penal y prohibido por convenciones internacionales, es evidente que la venta de órganos es una realidad.¹⁹ Más aún: algunos justifican que debería aceptarse, con determinados requisitos; según tal planteamiento, la lógica propietarista y del mercado legitima, una vez más, tales «elecciones racionales».

Las cuestiones morales suscitadas por los trasplantes de órganos procedentes de un donante vivo están vinculadas con los valores de la justicia y la solidaridad y con el hecho de la desigualdad social y económica; además, plantean problemas específicos que afectan a la autonomía, la seguridad, la salud, la calidad de vida y la privacidad de los donantes. La venta de órganos, fenómeno que se extiende rápidamente por el mundo, es una de las máximas expresiones de la desigualdad de recursos y de condiciones de vida.²⁰ Por eso, la extensión de la donación y trasplante de órganos debe acompañarse de un aumento de las medidas para evitar la venta encubierta de órganos. En este sentido, el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho que dirijo, emitió un posicionamiento en el que se advertía sobre los riesgos de comercialización encubierta en los trasplantes procedentes de donantes vivos; en él se señalaba que la venta de órganos es una práctica que «... menoscaba la dignidad humana porque convierte a la persona del vendedor (a su cuerpo, a su salud e incluso a su vida) en un medio al servicio del comprador; y también que, dada la vigente desigualdad de recursos entre las personas (a nivel local, pero sobre todo a nivel global), supone una versión particularmente odiosa de la explotación de unas personas por otras».²¹ A él me remito.

¹⁹ Ver <http://elpais.com/diario/2012/01/17/sociedad/1326754803_850215.html>, <<http://www.rtve.es/noticias/20120119/sanidad-creara-registro-unico-publico-donantes-medula-osea/490901.shtml>> y <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/01/16/actualidad/1326745598_760215.html>.

²⁰ Ver <<http://www.abc.es/20120615/espana/abci-delitos-internet-venta-organos-201206141937.html>>, <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/03/12/actualidad/1394632795_283474.html> y <http://www.larazon.es/historico/vendo-rinon-por-50-000-eur-el-negocio-de-la-donacion-de-organos-FLLA_RAZON_124686>.

²¹ Buisan, L.; García Manrique, R.; Mautone, M. y Navarro, M. (coords.) (2011), *Documento sobre trasplante de órganos a partir de donante vivo*, elaborado por el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho, Barcelona, ver <www.bioeticayderecho.ub.edu/documentos>.

Donación de sangre

Otro ejemplo al que resulta ineludible hacer mención es el de la sangre, cuya donación no remunerada había sido considerada un logro solidario en nuestro país y los del entorno, que permitió superar unas situaciones históricas de miseria y explotación extrema —los llamados vampiros, las colas de menesterosos vendiendo su sangre que ya nos relataba Víctor Hugo—. No obstante, el director de la compañía farmacéutica Grifols, primera del país especializada en plasma sanguíneo —que cotiza en bolsa y que ha sido designada por los papeles de WikiLeaks como punto de interés estratégico para Estados Unidos— se ha permitido proponer la compra de sangre a los parados para así abastecer las necesidades de su empresa y, además, «favorecerles», de forma que «donando periódicamente, puedan llegar a fin de mes».²²

Investigación con seres humanos, muestras biológicas y datos sanitarios

Pero si bien la venta de órganos es ilegal y los canales de acceso son semiclandestinos, otros ámbitos de comercialización de las partes del cuerpo humano se llevan a cabo a plena luz.²³ Existen ejemplos de tales prácticas asociadas a bancos de cordón umbilical, de medula ósea, de células madre o en investigación con seres humanos. Es interesante comprobar cómo entre los sistemas de comunicación de los estudiantes de medicina y ciencias de la salud, incluidos los paneles informativos de las facultades, existen anuncios que se dirigen a la captación de voluntarios sanos para ensayos clínicos invocando la «compensación» que se ofrece;²⁴ lo cual pone en cuestión el principio de gratuidad e, inclusive, la toma de decisiones libre e informada.

²² Tales declaraciones fueron recogidas ampliamente por los medios audiovisuales y escritos, a título de ejemplo puede verse: *El País*, 17 de abril de 2012: <http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/04/17/catalunya/1334651946_436308.html>, y también <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/04/30/actualidad/1335812150_848890.html>.

²³ Ver <<https://www.23andme.com/en-int/>>, <<http://www.clinicamenorca.com/test-genetico-vitagenes>> y <<http://www.elle.es/belleza/cara-cuerpo/news/a503353/rejuvenecimiento-facial-con-celulas-madre/>>.

²⁴ Se les invita a participar en ensayos con una remuneración variable que puede ser de 450 euros por cuatro días a la semana, que pueden incluir también pensión completa.

Si ampliamos el abanico y dirigimos la mirada a la donación de muestras biológicas de origen humano, aun sabiendo que la donación altruista implica la renuncia a derechos de explotación,²⁵ también encontraremos un mercado. Al valor monetario que la muestra biológica de origen humano adquiere, hay que sumar el de los datos de carácter personal asociados, en función del contexto en el que quieran usarse —las muestras y los datos—; lo que sucede, generalmente, sin conocimiento del sujeto fuente. La investigación biomédica y las pruebas genéticas permiten apreciar ampliamente que los tráficos del cuerpo humano no son gratuitos y solidarios. La denominada «tríada investigadores-pacientes-laboratorios» se presenta necesariamente imbricada, pero sin compartir intereses, ni expectativas, ni siquiera pautas de evaluación, pues mientras la investigación persigue la innovación, los pacientes desean obtener beneficios en terapias y bienestar y las empresas buscan resultados económicos crecientes a corto, medio y largo plazo.²⁶

Pero si todavía dudamos del cambio que se está llevando a cabo, podemos centrar la atención en la venta de los datos de salud —contenidos en historias clínicas informatizadas— que se sustenta en la reutilización de los datos que, a su vez, está basada en la anonimización de éstos. Dado que hoy queda fuera de toda duda que la reidentificación es técnicamente posible, es evidente que invocar a la anonimización como protección de los datos personales supone una pantalla biempensante más.

²⁵ «Artículo 7. Gratuidad. La donación y la utilización de muestras biológicas humanas será gratuita, cualquiera que sea su origen específico, sin que en ningún caso las compensaciones que se prevén en esta Ley puedan comportar un carácter lucrativo o comercial.» La donación implica, asimismo, la renuncia por parte de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo con dichas muestras biológicas. Ley 14/2007 del 3 de julio, de investigación biomédica, obtenido de <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12945>>.

²⁶ Cardozo de Martínez, Carmen A.; Sorokin, Patricia D. y Sotomayor, María Angélica (2015), «Bioética y derecho a decidir sobre el propio cuerpo, sus extensiones, productos y derivados: el discutible caso de las células HeLa», en *Medicina & Laboratorio*, vol. 21, núm. 11-12.

3. Dos modelos en pugna: dignidad y derechos vs. sociedad de mercado

El tratamiento que se atribuye al cuerpo humano, sus partes y componentes, es un tema central para la bioética. Históricamente, ha venido siendo una cuestión del mayor interés para la medicina, la antropología, la ética y la filosofía jurídica. En las diferentes culturas, la consideración que se atribuye al cuerpo humano es diversa, y aunque la distinción entre cuerpo y materia —con sus diversas denominaciones— hoy pueda considerarse caduca, es preciso reconocer que sigue impregnando buena parte de las concepciones más comunes y subyace a numerosos debates bioéticos sobre el tema.²⁷ La idea de que el cuerpo humano tiene una «dignidad especial» se suele reconocer como referida a la totalidad del mismo; las nociones de unidad e integridad se asocian a la dignidad del cuerpo humano, en tanto que es el ser humano —uno e indivisible— quien tiene dignidad y no precio.²⁸ Pero cuando se hace referencia a sus componentes y partes separadas, ese pacífico acuerdo desaparece y el estatus de los diversos componentes del cuerpo queda sometido a discusión.

En el marco actual de globalización neoliberal sin freno, el mercado pone precio y cosifica, y la ciencia y la tecnología se convierten en operadores indispensables. La doble acometida del mercado y de la tecnociencia divide y trocea órganos, tejidos, células, genes..., de forma que hablar de la dignidad de las partes del cuerpo humano resulta, como mínimo, problemático.²⁹

En este contexto se han ido perfilando dos tendencias respecto a la consideración que merecen el cuerpo humano y sus partes: la continental y la anglosajona. Si bien la primera opción fue la inicialmente dominante, poco a poco ha ido perdiendo primacía a favor de la segunda. Ya en 2000, Hottois³⁰ ponía de manifiesto la existencia de dos modelos opuestos que denominaba «euro-francés» y «anglo-norteamericano» y, en la línea de los trabajos del Consejo de Europa, reivindicaba la prioridad del primero —muy presente entonces en la bioética continental europea y en la latinoamericana—; consideraba

²⁷ Por ejemplo, ver <<http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/03/pocbc.pdf>>.

²⁸ Kant, I. (1990), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel, Barcelona.

²⁹ Hottois, G. H. (2001), «Corps humain», en Hottois, G. H. y Missa, N., *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Ed. de Boek Université, Bruselas, pp. 243 y ss.

³⁰ Hottois, «Corps humain»..., pp. 248-249.

al cuerpo humano fuera del comercio, apoyado en la noción de dignidad humana, denunciando al mismo tiempo la deriva mercantilista de la Unión Europea. Este enfoque se opone a dejar al cuerpo humano y sus partes al albur de un mercado dominado por el dinero, la tecnología y los deseos individuales. Ello supondría renunciar a una larga y valiosa tradición que se apoya en la prohibición de la instrumentalización del otro y en la consideración de que la utilización por un tercero de una parte del cuerpo humano, proviene de un «don» —es decir, de un acto gratuito de solidaridad—. ³¹ Por eso es el Estado —y no la técnica, ni el mercado, ni el dinero— el que debe mediar en esos intercambios, garantizando que los acuerdos sean transparentes y controlando que se atengan al «orden público» en todo momento.

Por el contrario, el planteamiento anglosajón se apoya en cierta interpretación del pensamiento de Locke, tal como ha sido desarrollado por los *libertaristas* que parten de la idea de que los individuos tienen derechos inalienables y que la propiedad es el más importante de ellos; lo que también valdría para el propio cuerpo que —así apropiado— deviene un bien objeto «libre de intercambio». Esta tradición individualista angloamericana, así como su concepción contractualista del ejercicio de la medicina, ha ido calando finalmente incluso en el pensamiento de nuestro entorno. Asimismo, se mezclan y confunden la libertad individual y los deseos —frecuentemente condicionados por el contexto de cada uno—, que se elevan a la categoría de derechos. Al mismo tiempo, «... la ideología del liberalismo económico resulta ser la regla del más fuerte y el darwinismo social, lo que ha convertido a la sociedad en un mercado que —destruyendo los vínculos sociales y la solidaridad— abandona la cohesión social a tecno-estructuras frecuentemente manipuladas por intereses privados». ³²

En síntesis, la regulación de los intercambios de los productos del cuerpo humano depende de la forma en que se percibe al propio cuerpo humano —cuerpo objeto / cuerpo sujeto— y posee diferente cariz según el concepto que cada sociedad tiene de la libertad y la auto-

³¹ Rodotà, «El don», *La vida y las reglas...*, pp. 139 y ss.

³² La oposición entre estas dos tendencias que afecta al bioderecho y la biopolítica —en estrecha relación con la bioeconomía— ha sido esquematizada de forma sugestiva por Hottois («Corps humain»..., pp. 212-213), al decir que el ciudadano americano es propietario de su cuerpo, mientras que el ciudadano francés sólo es el ocupante de un cuerpo que pertenece al Estado.

mía de la voluntad, así como de la responsabilidad. Si se considera que el cuerpo es una propiedad del sujeto, el límite a la libertad es la posibilidad de regeneración del producto, y la información el requisito para un consentimiento válido. Pero, si se parte de una relación de identidad entre cuerpo y sujeto, incluso las partes separadas del cuerpo humano merecen una consideración distinta que obliga a tomar en serio la noción de gratuidad. Ciertamente, las tecnologías biomédicas han convertido al cuerpo humano y sus componentes en materias primas para la industria, pero es preciso que eso no implique una nueva fuente de discriminación y explotación. Si bien no resulta razonable asimilar las partes del cuerpo humano a su globalidad, a la inversa, tampoco es deseable convertirlas jurídicamente en meras «cosas». Quizá convenga instaurar regímenes específicos para los «productos de origen humano» que, en razón de sus diferentes caracteres simbólicos, tampoco cabrían en un concepto único.³³

En el año 2000 todavía podía sostenerse que estábamos ante dos caminos, en 2016 resulta claro que la evolución ha llevado aparejada una tendencia a la «reificación» del cuerpo humano de la mano de la técnica y, más aún, del mercado; «divinidad» que hoy no sólo regula la economía sino las relaciones humanas y la sociedad misma.³⁴ Se ha ido produciendo un paulatino cambio del modelo de la mano de las incitaciones financieras, de la educación —persuasión— de la publicidad, o por una racionalización utilitaria de la misma investigación y la idea de «aprovechar» lo que no se usa (por ejemplo, con la «reutilización» de los datos sanitarios en poder de la administración por parte de terceros público-privados, y la instauración del «consentimiento presunto»). Puede constatarse que el planteamiento mercantilista del cuerpo humano —y del derecho mismo— está ganando la partida. Esto es evidente no sólo por la proliferación de hechos lamentables de los que se tiene conocimiento cotidianamente. También en las fundamentaciones filosóficas que sirven de apoyo y que, partiendo del pragmatismo, transitan de los hechos a las prescripciones, y del «ser» se encaminan al «deber ser», incurriendo en una elemental falacia naturalista.

³³ Hermitte, M. A. (2001), «Commercialisation du corps et de ses produits», en Hottois, G. H. y Missa, N., *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Ed. de Boek Université, Bruselas, pp. 207 y ss.

³⁴ Sandel, M. (2013), *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Debate, Barcelona.

4. Un apunte sobre la justicia y la consideración del cuerpo como recurso

Si la dignidad es —o ¿era?— el mayor de los valores; la competitividad, la rentabilidad y el lucro no pueden pasar por encima ni reemplazarla. En tal sentido, como indica Felber, hay que maximizar el bien común superando al capitalismo en su actual versión sociedad de mercado, pues si el bien supremo es uno mismo y engañamos a los demás en todo, estamos perdiendo nuestra dignidad.³⁵ Ninguna sociedad puede prosperar ni ser feliz si la mayoría de sus miembros son pobres y desdichados.³⁶ Los síntomas de empobrecimiento colectivo son visibles a nuestro alrededor porque resultan explícitas las riquezas privadas y la miseria pública. En los últimos veinte años el Estado de bienestar ha sido arrojado por la borda y crece sin cesar la brecha de la desigualdad, no sólo entre los países, sino también dentro de los países.³⁷

Las normas legales reflejan acuerdos sociales expresándolos en términos jurídicos. Es decir, que si el sistema es realmente democrático, expresan los consensos producidos en torno a lo que se considera justo y equitativo en cada sociedad, para cada campo específico. Más allá de las normas de derecho positivo, es preciso constatar que el desarrollo conceptual de los derechos humanos representa en sí mismo una teoría de la justicia, aplicable a la distribución de bienes y valores en lo que concierne a la salud,³⁸ puesto que tiene un carácter exigible y atañe a la distribución equitativa en el mundo global y local.

La referencia a la justicia es central en la distribución de bienes y, especialmente, cuando hay un problema de escasez como es el caso de la disponibilidad de los órganos y tejidos humanos. El eje del debate requiere dilucidar el lugar de la responsabilidad individual —que se dice perdida— y el de responsabilidad colectiva, y determinar si supone una pérdida de autonomía y del proyecto personal, como plantean los *libertaristas*, o más bien es la consecuencia del

³⁵ Felber, C. (2012), *La economía del bien común*, Deusto, Barcelona.

³⁶ Smith, A. (2011), *La riqueza de las naciones*, Alianza, Madrid.

³⁷ Judt, T. (2011), *Algo va mal*, Taurus, Madrid.

³⁸ Martínez Bullée-Goyri, Víctor (2013), «Sobre los derechos humanos y la justicia», en González, Juliana y Linares, Jorge (coords.), *Diálogos de bioética. Nuevos saberes y valores de la vida*, FCE / UNAM, México.

carácter social del ser humano.³⁹ Así, resulta del todo relevante responder a la pregunta de qué es lo que nos debemos unos a otros y cuáles son las obligaciones del Estado al respecto de la disponibilidad y la asignación de recursos sanitarios teniendo en cuenta que las partes y componentes del cuerpo están entre ellos.

La ética pública está vinculada a una determinada política y remite a una serie de supuestos antropológicos sobre la naturaleza humana y a otros supuestos sobre la acción —sociológicos—. Asistimos a una especie de crepúsculo del deber en el que el lenguaje de la virtud y el bien común han sido sustituidos por el lenguaje de la felicidad individual y la buena conciencia del ciudadano solidario. El neoliberalismo suprime la noción de Estado ético considerando como opción preferible la de un Estado mínimo que concibe la política de forma instrumental y en que la ética queda relegada al ámbito interno del proyecto del individuo soberano y su libertad.⁴⁰

Según el clásico de Daniels,⁴¹ los principales criterios para asignar recursos en salud son tres: el mercado, los derechos y las necesidades. Para aquellos que son defensores del primero, los bienes —incluso los servicios médicos— deben distribuirse de acuerdo con la oferta y la demanda, ya que siendo los individuos los principales actores en ese modelo, buscarán los medios adecuados para conseguir sus propias metas. El segundo modelo, que es el constitucionalizado en nuestro país, en la Unión Europea y en muchos otros de nuestro ámbito cultural,⁴² se enfrenta al problema de los recortes y la quiebra de los derechos económicos y sociales ante la actual crisis global.⁴³ El último de los mencionados criterios argumenta en torno a las llamadas necesidades básicas, sobre las cuales se ha discutido ampliamente en el ámbito de la filosofía, el derecho y la economía en las últimas décadas. Incluso se han empleado como fundamento de los

³⁹ Ver la interesante polémica de Schmidtz, D. y Goodin, R. (2000), *El bienestar social y la responsabilidad individual*, Cambridge University Press, Madrid.

⁴⁰ Rodríguez Alba, J. (2010), «Ideología y política en la ética pública. La cuestión del Estado ético», en Peña, L. y Ausin, T. (coords.), *Ética y servicio público*, Plaza y Valdes / Dilemata, Madrid, p. 273.

⁴¹ Daniels, N. (1995), *Just Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge.

⁴² Por ejemplo México, como bien expone el capítulo a cargo de Paulette Dieterlem (2013), «Bioética y justicia distributiva», en González, Juliana y Linares, Jorge (coords.), *Diálogos de bioética. Nuevos saberes y valores de la vida*, FCE / UNAM, México.

⁴³ Ver García Manrique, R. (2014), *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, El Viejo Topo, Barcelona.

derechos humanos, ya que si estas necesidades no son satisfechas es imposible que las personas alcancen cualquier propósito o meta en la vida, ni personal ni socialmente.⁴⁴

El contexto de crisis económica ha permitido un acelerado proceso de privatización de lo público y de aumento de la desigualdad de forma tal que los Estados, en lugar de proteger a sus ciudadanos, se pliegan a los sistemas financieros privados que rigen la economía global. En países que contaban con un buen sistema público de salud, como por ejemplo España, el proceso de creciente privatización de la medicina es un intento de apropiación de los recursos públicos por intereses privados que tiene notables efectos sobre la desigualdad y, asimismo, tiene un efecto sobre los valores ya que la comercialización —el mercado— tiene el efecto de «corromper» determinados valores y prácticas, tesis central en el pensamiento de Sandel sobre esta cuestión.⁴⁵

El deber moral primordial de no dañar a las personas se relaciona con la igual consideración de los intereses de todos y cada uno; es decir, con la justicia. Lo que implica determinar si los tráficos del cuerpo humano deben o no ser gratuitos y cuáles son las razones que apoyan nuestra decisión. Considero que vale la pena dar los pasos necesarios para entablar un debate real que no cierre en falso una cuestión en la que hay profundos desacuerdos. Y que —constatando los actuales desacuerdos— enfrente los argumentos en un debate leal que vuelva factible establecer pactos basados en aquello que sí tenemos en común. Pero un debate es algo más que afirmaciones con las que simpatizar o que aborrecer: es necesario tomarse el trabajo de argumentar. Si falla la cultura del debate de ideas, es preciso construirla, pues sin ella la democracia no puede gozar de buena salud y los ciudadanos no pueden disfrutar de un «buen vivir» —o de la vida buena.

Si en una sociedad la división es profunda y se carece de debate real sobre lo que acaece, la democracia se convierte en la tiranía del número; para evitarlo, es necesario encontrar principios compartidos lo suficientemente sustanciales para articular un debate bioético y político que resulte provechoso.⁴⁶ Como señala Dworkin, los principios comunes tienen que ver con el valor y con las responsabilidades de la

⁴⁴ Dieterlem, «Bioética y justicia distributiva»..., pp. 365-367.

⁴⁵ Sandel, *Lo que el dinero no puede comprar...*

⁴⁶ Dworkin, R. (2008), *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós, Barcelona. En sentido coincidente, ver su obra, *El dominio de la vida* (1996), Ariel, Barcelona, clave para la argumentación en bioética.

vida humana y atañen a los dos principios básicos de la dignidad humana: que toda vida es intrínseca e igualmente valiosa, y que toda persona es individual e inalienablemente responsable de identificar y realizar el valor de su propia vida. Estos principios pueden servir como base común para cualquier argumentación bioética y filosófico-política.

Si cada vida tiene una importancia intrínseca igual, no podemos tratar la vida de ningún ser humano como si fuera una cuestión de escasa trascendencia; si lo hacemos, nos degradamos a nosotros tanto como a ella. El Estado debe satisfacer ciertas condiciones morales para gozar de legitimidad política y ejercer la autoridad y el poder coactivo; para eso debe tratar a todos sus ciudadanos con igual consideración —no sólo con consideración—. ⁴⁷ Por ello, la brecha entre ricos y pobres —y la misma existencia de extrema pobreza— son indefendibles y no cabe aceptar una «sociedad de mercado», ni un Estado de mínimos que simplemente garantice las transacciones, ni un Estado al servicio de poderosos intereses privados que le dictan las reglas en un contexto de comercialización de la vida, en el que la desigualdad no tiene visos de corregirse y que en materia de salud es especialmente odiosa.

⁴⁷ Dworkin, *La democracia posible...*